Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 182 • agosto 2021

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 29 • vol. 182 • agosto 2021

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação
Salo de Carvalho

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Salo de Carvalho

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

Editores-executivos:

Supervisor de Publicações: Willians Meneses

Auxiliar de publicações: Helen Christo

CONSELHO EDITORIAL

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

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Alexandre Pandolfo (Faculdade Mario Quintana – Porto Alegre/RS)
Ana Carolina Carlos (Uni-Barcelona – Espanha)
Ana Gabriela Braga (UNESP – Franca/SP)
Andreas Eisele (Ministério Público de Santa Catarina – MPSC – Florianópolis/SC)
Andrei Zenkner Schmidt (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Andrey Andreolla (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI- Erechim/RS)
Bruno Heringer Jr. (Fundação Escola Superior do Ministério Público – Porto Alegre/RS)
Bruno Rotta Almeida (Universidade Federal de Pelotas - Pelotas/RS)
Carolina Costa Ferreira (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB - Brasília/DF)
Chiavelli Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Cleunice Valentim Bastos Pitombo (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Douglas Carvalho Ribeiro (Universität Hamburg - Alemanha)
Emerson Oliveira do Nascimento (Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL)
Emília Merlini Giuliani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Érica Babini Lapa do Amaral Machado (Universidade Católica de Pernambuco -UNICAP – Recife/RS)
Felipe da Veiga Dias (UNISC – Santa Cruz do Sul/RS)
Humberto Soares de Souza Santos (Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Júlio César Faria Zini (Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG – Belo Horizonte/MG)
Leandro Ayres França (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz (Universidade de Lisboa – Portugal)
Luciano Góes (Universidade de Brasília – UnB - Brasília/DF)
Luiz Antonio Borri (Unicesumar – Londrina/PR)
Luiz Gabriel Batista Neves (Universidade Federal Da Bahia - UFBA – Salvador/BA)
Marco Antonio de Abreu Scapini (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Marco Aurélio Nunes da Silveira (Universidade Federal do Paraná UFPR – Curitiba/PR)
Maria Cláudia Girotto do Couto (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Mariana de Assis Brasil e Weigert (UNILASALLE – Canoas/RS)
Olinda Vicente Moreira (Defensoria Pública da União – Brasília/DF)
Paula Isabel Bezerra Rocha Wanderley (Centro Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA – Caruaru/PE)
Paulo Vinicius Sporleder de Souza (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Priscila Akemi Beltrame (Faculdades Integradas Campos Salles - São Paulo/SP)
Roberta Eggert Poll (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Roberto Augusto de Carvalho Campos (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Rosmar Rodrigues Alencar (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP – São Paulo/SP)
Ruiz Ritter (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
Taysa Matos do Amparo (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Thiago Colnago Cabral (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ)
Tiago Joffily (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás UEG – Goiânia/GO)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Adriano Teixeira (Fundação Getulio Vargas de São Paulo FGVSP – São Paulo/SP)
Airto Chaves Junior (Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI – Itajaí/SC)
Alaor Leite (Universidade Humboldt – Berlim/Alemanha)
Alexandre Marques Silveira (Faculdade Meridional – IMED - Passo Fundo/RS).
Alexandre Wunderlich (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS – Porto Alegre/RS)
André Pereira Crespo (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB - Brasília/DF)
Ângelo Roberto Ilha da Silva (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Porto Alegre/RS)
Anizio Pires Gavião Filho (Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP – Porto Alegre/RS)
Antonio Eduardo Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro - FND/UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Bruno Amaral Machado (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB - Brasília/DF)
Daison Nelson Ferreira Dias (Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS – Porto Alegre/RS)
Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Fernando Oscar Castelo Branco (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP – São Paulo/SP)
José Carlos Cardoso Souza (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP – São Paulo/SP)
José Francisco Dias da Costa Lyra (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI - Erechim/RS)
Leonardo Costa de Paula (Universidade Federal do Paraná - UFPR – Curitiba/PR)
Marília de Nardin Budó (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Miguel Reale Júnior (Universidade de São Paulo - USP - São Paulo/SP)
Salah H. Khaled Jr (Universidade Federal do Rio Grande – FURG – Rio Grande/RS)
Thiago Aguiar de Pádua (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB - Brasília/DF)
Valeria Vegh Weis (Universität Berlin – Alemanha)

BASES DE DADOS INDEXADAS:



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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 182 • agosto 2021

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN.1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 182 • agosto 2021

Presidência
Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

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

Diagramação eletrônica: Thomson Reuters
Impressão e encadernação: Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27

© edição e distribuição da

Thomson Reuters Brasil Conteúdo e Tecnologia Ltda.

Juliana Mayumi Ono
Diretora Responsável

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

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

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

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

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

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

Acesse o nosso *eComm*
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [08-2021]
Profissional
Fechamento desta edição: [18.06.2021]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2021/2022

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA
Marina Pinhão Coelho Araújo
1º VICE-PRESIDENTE
Alberto Zacharias Toron
2º VICE-PRESIDENTE
Fábio Tofic Simantob
1º SECRETÁRIO
Bruno Salles Pereira Ribeiro
2º SECRETÁRIO
Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
3º SECRETÁRIA
Ester Rufino
1º TESOUREIRO
Rafael Serra Oliveira
2º TESOUREIRO
Renato Stanziola Vieira
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
1ª Diretora: Maria Carolina de Melo Amorim
2º Diretor: Leonardo Palazzi
3º Diretor: Vinícius Assumpção

CONSELHO CONSULTIVO

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

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE - BOLSAS E CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS
Camila Torres
AMICUS CURIAE
Alberto Zacharias Toron
BIBLIOTECA
Ludmila Bello
BOLETIM
Daniel Zaclis
CONCURSO DE MONOGRAFIAS e MONOGRAFIAS
Ana Cristina Gomes
CONVÊNIOS NACIONAIS
Luan Moyanos
CONVÊNIO INTERNACIONAIS
Eneas Romero
CURSOS
Bruna Angotti e Mariangela Lopes
CURSOS COIMBRA
Marcelo Almeida Ruivo
GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS
Debora Motta
INICIAÇÃO CIENTÍFICA - LABORATÓRIOS
Daiane Kassada
JORNAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Fernanda Prates
JUSTIÇA PENAL JUVENIL E INFÂNCIA
Mariana Chies Santiago Santos

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Salo de Carvalho
SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marta Saad
SISTEMA PRISIONAL
Guilherme Junqueira
TRABALHOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira

EQUIPE DO IBCCRIM

NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Diretoria
EQUIPE
Marília Jahnel
Jonas Santos

NÚCLEO ADMINISTRATIVO

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO
Roberto Seracinskis
EQUIPE
Andrea Pereira dos Santos
Vanessa dos Santos Lima
Victor de Souza Nogueira

NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Helen Christo

NÚCLEO DA BIBLIOTECA

EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Natalí de Lima Santos

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

EQUIPE
Adriana Peres Almeida Santos
Rhafaela Resende
Rodrigo Pastore

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO
Andreza Martiniano da Silva
EQUIPE
Ana Paula da Silva
Hegle Borges da Silva

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

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 182 • agosto 2021

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais
JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo
MILISA CRISTINE ROMERA

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

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Bruna Mestriner e Mirna Adel Nasser

Produção Editorial
Coordenação
ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

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

Analista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

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

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

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: Bianca Satie Abduch, Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Ariel Villalba e Cinthia Riveros

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

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

Gerente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

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

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

Sumário

Direito Penal

Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will* e *free won't* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação

Benjamin Libet: from Bereitschaftspotential to free will and free won't dualistic theory and its repercussion on mens rea evaluation

Ângelo Roberto Ilha da Silva e Daison Nelson Ferreira Dias 17

A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal

The strength of the proportionality test in criminal law: or proportionality as a constitutional limit to the state criminal policy program

Anizio Pires Gavião Filho e José Francisco Dias da Costa Lyra 69

O direito penal comparado na era da política criminal transnacional: ressignificação, subversão e resistência

Comparative criminal law in the era of transnational criminal policy: reframing, subversion and resistance

Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa e Salah H. Khaled Jr. 105

A criminalização do não recolhimento de ICMS próprio declarado: considerações sobre as novas diretrizes do STJ e do STF

The criminalization of the non-payment of the tax on sales and services (ICMS) calculated in its own regime which has been declared: considerations on the new guidelines set by the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court

Fernando Oscar Castelo Branco e José Carlos Cardoso Souza 121

Processo Penal

O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*)

The prejudice of "prejudice's rule": the inconstitutionality of pas de nullité sans grief (article 563 of the Brazilian federal Criminal Procedure Code)

Airto Chaves Junior, Leonardo Costa de Paula e Thiago Aguiar de Pádua 163

Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato

Extra and contra legem provisions in cooperation agreements: Qualitative Analysis of the "Lava Jato Operation" Agreement Terms

Antonio Eduardo Ramires Santoro 191

Criminologia

Nuvem de poeira: a experiência das vítimas ocupacionais e ambientais da indústria do amianto em Osasco-SP

Dust cloud: the experience of the occupational and environmental victims of asbestos industry in Osasco-SP

Alexandre Marques Silveira e Marília de Nardin Budó 229

"Nunca pratiquei crime, *só* Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher

"I have never committed a crime, just *Maria da Penha Law": custody hearings and facing violence against women*

André Pereira Crespo e Bruno Amaral Machado 261

¿Qué es la selectividad penal?

What is criminal selectivity?

Valeria Vegh Weis 293

Direito por quem o faz

Nota técnica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM sobre a revogação da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) e atualidade dos debates em curso na Câmara dos Deputados 319

Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil

Legal opinion about the National Security Law and defense of the rule of law in Brazil

Miguel Reale Júnior e Alexandre Wunderlich 333

Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro

The protection of the Rule of Law through the Criminal Law: foreign experiences and the Brazilian challenge

Alaor Leite e Adriano Teixeira 385

Índice Alfabético-remissivo

Autores 461

Temas 465

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 469

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 481

Condições para Submissão (*Check List*) 487

Direito Penal

Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will* e *free won't* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação

Benjamin Libet: from Bereitschaftspotential to free will and free won't dualistic theory and its repercussion on mens rea evaluation

Ângelo Roberto Ilha da Silva

Pós-Doutor pelo Programa de Pós-Graduação em Neurociências da UFMG (2020). Doutor pela Faculdade de Direito da USP (2001). Professor do PPGD (doutorado e mestrado) e do Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da UFRGS. Sócio-fundador do Instituto Eduardo Correia, no qual é cocoordenador do núcleo neurociências e (in)imputabilidade. Membro do IBCCrim. Membro permanente do seminário de teses criminais Integrante do núcleo de neurociências da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul. Procurador Regional da República na 4ª Região e coordenador das execuções dos acordos de colaborações premiadas perante o Supremo Tribunal Federal como membro auxiliar do Gabinete do Procurador-Geral da República.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7385563650932406].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-6477-2435].
angeloilha@uol.com.br

Daison Nelson Ferreira Dias

Mestre em Neurociências pela PUCRS (2011). Mestrando em Direito pela UFRGS. Integrante do núcleo de neurociências da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3964728703007415].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9487-095X].
daison.dias@ufrgs.br

Recebido em: 08.03.2021
Aprovado em: 18.05.2021
Última versão dos autores: 27.05.2021

Áreas do Direito: Penal; Fundamentos do Direito

Resumo: O presente artigo tem por escopo examinar a questão que tem sido posta como propiciadora da crise (para alguns) da culpabilidade enquanto juízo de reprovação. Segundo alguns

Abstract: The aim of this paper is to examine the issue that has been posed (for some) as a cause for crisis about culpability as a judgment of criminal reproval. According to some criticism,

Silva, Ângelo Roberto Ilha da; Dias, Daison Nelson Ferreira. Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will* e *free won't* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 182. ano 29. p. 17-68. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

críticos, o fundamento material da culpabilidade teria sido denegado pela neurociência experimental a partir dos resultados das pesquisas sobre livre-arbítrio realizadas por Benjamin Libet. Este artigo busca esclarecer a questão a partir de uma extensiva revisão da obra do neurocientista, desde seus experimentos sob orientação do neurofisiologista Ralph Waldo Gerard às pesquisas que trataram especificamente sobre o livre-arbítrio. Com a amplitude dos dados aportados pela linha de pesquisa de Libet, mantida por sete décadas, bem como com o cotejo das discussões que se estabeleceram em âmbito internacional sobre as suas descobertas, este artigo apresenta uma avaliação da repercussão da obra de Libet na teoria jurídica do crime, particularmente no que se refere ao fundamento material da culpabilidade.

Palavras-chave: Livre-arbítrio – Libet – Livre não querer – Comportamento humano – Direito penal.

the material fundamentals to be plead guilt were denied by experimental neurosciences from the results of research on free will conducted by Benjamin Libet. We seek to clarify the issue from an extensive review of the whole work of the neuroscientist, from his experiments under the advisory of neurophysiologist Ralph Waldo Gerard to his research that dealt specifically with free will. With the breadth of data provided by Libet's research, maintained for seven decades, as well as with the international scientific discussions that have been established on his discoveries, this article presents an assessment of the repercussion of Libet's work on legal theory crime, particularly with regard to the material fundamentals of guilt.

Keywords: Free will – Libet – Free won't – Human behavior – Criminal law.

Sumário: 1. Introdução. 2. A obra de Benjamin Libet. 2.1. Qual a neurotecnologia utilizada pelo neurocientista para compor o banco de dados empíricos que viria a consubstanciar suas conclusões mais tarde translacionadas ao Direito Penal?. 2.2. Qual a relação entre atividade cerebral (vias neuronais associadas ao comportamento humano) e consciência?. 2.3. Qual o conceito de consciência com o qual Libet construiu suas observações?. 2.4. Qual o conceito de free will?. 2.5. Qual o conceito de free won't?. 2.6. Teoria dualista free will e free won't na obra de Libet. 3. Comportamento humano à luz da teoria de Libet e da teoria jurídica do crime. 3.1. Imputabilidade. 3.2. Consciência potencial da ilicitude. 3.3. Exigibilidade de conduta diversa. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Em 1999, o neurocientista Benjamin Libet publicou um artigo intitulado *Do we have free will*?, no qual aborda sua teoria sobre a liberdade de vontade no comportamento humano. A contrário senso do que versa o conteúdo do artigo, Libet se tornou uma das referências mais citadas como pesquisador cujo trabalho em neurociências "comprovaria" a inexistência do livre-arbítrio no comportamento humano.

Por essa razão, uma tradução com notas do original *Do we have free will*? foi publicada[1] em uma das revistas mais prestigiadas em Filosofia e áreas interdisciplinares – *Veritas*, Revista de Filosofia da PUCRS –, no escopo de contribuir com os esforços destinados a

1. SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. Nós temos livre-arbítrio? *Veritas*. Porto Alegre, v. 66, n. 1, p. 1-14, jan.-dez. 2021.

mitigar os equívocos decorrentes da interpretação da versão inglesa entre os que se iniciam no prolífero campo da Neurociências Aplicada ao Direito, em especial, ao Direito Penal. A tradução do artigo tomado como referência principal tem sua importância indiscutível, mas é necessário avançar e interpretar não apenas um recorte, na forma de uma única publicação, mas o significado da obra de Benjamin Libet.

Nesse sentido, este trabalho destina-se à investigação dos aspectos centrais da contribuição da neurociências por meio das seguintes questões de pesquisa sobre a obra de Libet: i) qual a neurotecnologia utilizada pelo neurocientista para compor o banco de dados empíricos que viria a consubstanciar suas conclusões mais tarde translacionadas ao Direito Penal? ii) qual a relação entre atividade cerebral (impulsos transmitidos pelas vias neuronais associadas ao comportamento humano) e consciência? iii) qual o conceito de consciência com o qual Libet construiu suas observações? iv) qual o conceito de Libet para *Free will*? v) qual o conceito de Libet para *Free won't*? e, por fim, vi) em que tradição filosófica se enquadra a *Teoria Dualista Free Will e Free Won't* na obra de Libet?

Estas questões podem ser respondidas a partir de uma análise crítica das publicações de Benjamin Libet, avaliadas em suas características principais, no que pertinente ao Direito, na forma de uma tabela que se constitui como parte integrante do presente artigo. A técnica utilizada pelo neurocientista, nominada *Beraitschaftpotential*, tem origem alemã e merece considerações sobre o modo pelo qual é capaz de detectar os eventos com manifestação elétrica cerebral. Além disso, dada a construção da teoria em língua inglesa, é fundamental que se esclareça a diferença entre os institutos da *consciência* (*consciousness* e *awareness*) cujos sentidos se imiscuem quando da tradução indiscriminada da palavra *consciousness* para *consciência* (linha xx da tabela 01). Isso porque, no Brasil, o significado de consciência está mais próximo do que a literatura inglesa nomeia *metacognition*. A partir do entendimento desses pressupostos, prossegue-se à análise do que fora definido por Libet como *Free will* e, mais tarde, como *Free won't*.

Por fim, observa-se as linhas do que se definiu, na espécie, como uma teoria dualista, baseada em pressupostos da filosofia de René Descartes, o que aponta o próprio Benjamin Libet, ao discriminar duas fontes independentes entre si de controle do comportamento humano: o cérebro e a mente. Com a ampliação dos dados objetivos, decorrentes de investigações empíricas realizadas ao longo de cinco décadas de pesquisa dedicadas ao estudo do livre-arbítrio, incide o estudo sobre os fundamentos materiais que a Neurociências aporta à Teoria Jurídica do Crime.

2. A obra de Benjamin Libet

Benjamin Libet veio a falecer aos 91 anos, em sua casa em Davis, Califórnia, em 2007. Por quase 50 anos, Libet foi professor de Fisiologia na Universidade da Califórnia, em São Francisco.[2] Em 2004, havia publicado o livro *Mind Time – The Temporal Factor in Cons-*

2. PERLMAN, David. Benjamin Libet – Neurophysiologist Studied The Nature of Free Will. SFGATE, 18 de agosto de 2007. Disponível em: [www.sfgate.com/bayarea/article/

ciousness no qual contou os aspectos principais de sua trajetória de pesquisa que se iniciou com estudos utilizando modelos animais e culminou com as experimentações clínicas em humanos. Uma análise cuidadosa de suas principais publicações (tabela 01) aponta a sequência de sua formação e os grupos modelares com os quais ele estava familiarizado.

n.	Ano	Referência	Dados
1	1938	Libet, B.; Gerard, R.W. Automaticity of Central Neurones After Nicotine Block of Synapses. *Proceedings of the Society for Experimental Biology and Medicine*, v. 38, p. 886-888.	Autonomia de função das células do SNC, a semelhança das células do músculo cardíaco; mostrou que a condução sináptica bulbo olfatório é bloqueada pela nicotina e que as ondas de potencial lento rítmico do bulbo isolado cirurgicamente aumentam ou invés de serem abolidas; aduziu que o ritmo de atividade se origina em neurônios individuais e é imediatamente independentemente de qualquer bombardeio contínuo ou recorrente por impulsos nervosos conduzidos.
2	1939	Gerard, R.W.; Libet, B. On the Unison of Neurone Beats, p. 288-294. *Livro de Homenagem aos Prof. Alvaro e Miguel de Almeida*. Rio de Janeiro: Typographia do Instituto Oswaldo Cruz.	Reconhecimento da pesquisa brasileira.

Benjamin-Libet-neurophysiologist-studied-the-2546807.php#ixzz1dq5pV4F9]. Acesso em: 16.09.2020.

n.	Ano	Referência	Dados
3	1939	Libet, B.; Gerard, R.W. Control of the Potential Rhythm of Isolated Frog Brain. *Journal of Neurophysiology*, v. 2(2), p. 153-169.	Estudos sobre o ritmo espontâneo de potenciais elétricos em grupos de células neuronais.
4	1940	Gerard, R.W.; Libet, B. The Control of Normal and "Convulsive" Brain Potentials. *The American Journal of Psychiatry*, v. 129, p. 404-405.	Apresenta um modelo teórico em que reconhece o controle neuronal individual da atividade elétrica e em que explica um mecanismo elétrico pelo qual o efeito sobre os neurônios se espalha e se relaciona aos estados de eletronarcose, atividade cerebral normal ou atividade cerebral em crise convulsiva (epilepsia).
5	1941	LIBET, B.; GERARD, R.W. Steady Potential Fields and Neurone Activity. *Journal of Neurophysiology*, v. 4(6), p. 438-455.	Modificação da condução de sinal no neurônio por modificação da osmolaridade do meio extra neuronal e da temperatura.
6	1941	Libet, B.; Fazekas, J.F.; Himwich, H.E. The Electrical Response of the Kitten and Adult Cat Brain to Cerebral Anemia and Analeptics. *American Journal of Physiology*, v. 132(1), p. 232-238.	Modelos lesionais para avaliação do tempo de viabilidade do sistema nervoso de felinos recém-nascidos e adultos.

n.	Ano	Referência	Dados
7	1942	ELLIOTT, K. A. C.; LIBET, B. Studies on the Metabolism of Brain Suspensions I. Oxygen Uptake. *Journal of Biological Chemistry*, v. 143, p. 227-246.	Estudo sobre a respiração celular no tecido neuronal em função das alterações na composição do meio. Demonstrou experimentalmente que o excesso de oxigênio inibe a respiração; o papel de íons como Ca++, Mg++, na presença de glicose, como facilitadores da respiração; os efeitos estimulantes específicos do Cloreto de sódio, sulfato e fosfato; e, efeito inibitório do íon potássio, por exemplo.
8	1942	ELLIOTT, K. A. C.; SCOTT, D.B.M.; LIBET, B. Studies on the Metabolism of Brain Suspensions II. Carbohydrate Utilization. *Journal of Biological Chemistry*, v. 146, p. 251-269.	Demostrou, *in vitro*, que o tecido cerebral pode utilizar fonte de energia diferente do carboidrato, informação importante na discussão do uso do choque insulínico para o tratamento de psicoses.

n.	Ano	Referência	Dados
9	1944	ELLIOTT, K.A.C.; LIBET, B. Oxidation of Phospholipid Catalyzed by Iron Compounds with Ascorbic Acid. *Journal of Biological Chemistry*, v. 152, p. 617-626.	Estudos sobre o sistema ferro-ácido ascórbico-fosfolipídio demonstrando a sua afetação por diversas substâncias de interesse fisiológico.
10	1944	LIBET, B.; ELLIOTT, K.A.C. An Iron-Protein Complex Obtained from Liver. *Journal of Biological Chemistry*, v. 152, p. 613-615.	Evidência de que o ferro pode estar armazenado como um complexo proteína-ferro.
11	1946	GERARD R.W.; LIBET B. General Neurophysiology. *Progress in Neurology and Psychiatry*, v. 1, p. 26-58.	Avanços da pesquisa experimental em neurofisiologia.
12	1948	LIBET, B. Enzyme Localization in the Giant Nerve Fiber of the Squid. *The Biological Bulletin*, v. 95(2), p. 277.	Estudo sobre a modificação de concentrações iônicas intra e extracelular na fibra nervosa gigante, em molusco.
13	1948	LIBET, B. Adenosinetriphosphatase (ATP-ase) in Nerve. *Federation Proceedings*, v. 7(1 Pt), p. 72.	Estudo sobre a liberação de energia a partir ao ATP (principal fonte de energia) no tecido neuronal de moloscos (lula).
14	1949	GERARD, R. W.; LIBET, B.; CAVENAUGH, D. Cholinesterase Activity of Intact Nerve; DFP Inhibition. *Federation Proceedings*, v. 8, p. 55-56.	Estudo sobre o metabolismo do primeiro neurotransmissor descoberto: acetilcolina.

n.	Ano	Referência	Dados
15	1951	SAMUELS, A. J.; BOYARSKY, L. L.; GERARD, R. W.; LIBET, B.; BRUST M. Distribution Exchange and Migration of Phosphate Compounds in the Nervous System. *The American Journal of Physiology*, v. 164, p. 1-15.	Os presentes experimentos estendem o trabalho anterior sobre os compostos de fósforo (P^{32}) do sistema nervoso, incluindo sua distribuição e taxas relativas de troca no cérebro, cordão e nervo periférico, e exploram sua migração do corpo celular ao longo do axônio periférico.
16	1951	LIBET, B.; FEINSTEIN, B. Human Electromyogram. *Surgical Forum,* p. 415-418.	Estudo de condução neuromuscular em humanos.
17	1952	LIBET, B.; WRIGHT JR., E.W. Facilitation at Neuromuscular Junctions by Stretch of Muscle. *Federation Proceedings*, v. 11, p. 94.	Estudo sobre a excitabilidade do nervo ciático (cães) com estímulos acima do limiar máximo contrastado com a infusão de fluoracetato de sódio.
18	1953	RALSTON H. J.; LIBET B. The Question of Tonus in Skeletal Muscle. *American Journal of Physical Medicine*, v. 32, p. 85-92.	Estudo com rãs para avaliação do controle cerebral da atividade de contração muscular. Secção do cérebro e perda do tônus; e, eletrochoque seguido de contração músculos voluntários.

n.	Ano	Referência	Dados
19	1953	FEINSTEIN, B.; LIBET, B. Nerve Block by Mephenesin. *Anesthesiology*, v. 14, p. 333-336.	Estudo com suínos da Guinea sobre (paralisia e perda de sensibilidade ao injetar anestésico ao redor do n. ciático).
20	1953	RALSTON, H. J.; LIBET, B.; WRIGHT, E. W. Effect of Stretch on Action Potential of Voluntary Muscle. *The American Journal of Physiology*, v. 173, p. 449-455.	Estudo sobre o registro eletromiográfico dos diferentes tipos.
21	1958	ECCLES, J. C.; LIBET, B.; YOUNG, R. R. The Behaviour of Chromatolysed Motoneurones Studied by Intracellular Recording. *The Journal of Physiology*, v. 143, p. 11-40.	Estudo sobre lesão axonal.
22	1959	LIBET, B.; FEINSTEIN, B. L.; WRIGHT JR., E. W. Tendon Afferents in Autogenetic Inhibition in Man. *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology,* v. 11, p. 129-140.	Eletromiografia.
23	1960	LIBET, B.; ALBERT, W. W.; PERRYMAN, J. H. Pharmacological Behavior of Spinal Cord Potentials Relative to Reflex and Ascending Discharge. *The American Journal of Physiology*, v. 198, p. 414-420.	Estudo de receptores nociceptivos em coluna dorsal.
24	1961	ECCLES, R. M.; LIBET, B. Origin and Blockade of the Synaptic Responses of Curarized Sympathetic Ganglia. *The Journal of Physiology,* v. 157, p. 484-503.	Estudo de vias neuronais.
25	1962	LIBET, B.; GERARD, R. W. An Analysis of Some Correlates of Steady Potentials in Mammalian Cerebral Cortex. *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, v. 14, p. 445-452.	Estudo sobre a sincronicidade das ondas epileptiformes e a neurofisiologia cerebral.

n.	Ano	Referência	Dados
26	1962	LIBET, B.; SIEGEL, B. V.; RUCH, J. Response of a Virus-Induced Leukemia in Mice to High Oxygen Tension. *Cancer Research*, v. 22(6), p. 737-742.	Efeito benéfico no tratamento da leucemia com alta pressão parcial de oxigênio no interior da célula tumoral.
27	1964	LIBET, B.; ALBERTS, W. W.; WRIGHT JR., E. W.; DELATTRE, L. D.; LEVIN, G.; FEINSTEIN, B. Prodution of Threshold Levels of Conscious Sensation by Electrical Stimulation of Human Somatosensory Cortex. *Journal of Neurophysiology*, v. 27, p. 546-578.	Atividade neurofisiológica: elaboração e mediação das sensações conscientes.
28	1965	ALBERTS, W. W.; LIBET, B.; WRIGHT JR, E. W.; FEINSTEIN B. Physiological Mechanisms of Tremor and Rigidity in Parkinsonism. *Confinia Neurologica*, v. 26, p. 318-327.	Utilizou o acelerômetro e o eletromiograma (EMG) (estimulação) para avaliação dos centros de controle do Alzheimer.
29	1965	LIBET, B. Cortical Activation in Conscious and Unconscious Experience. *Perspectives in Biology and Medicine,* v. 9(1), p. 77-86.	O autor propõe o estudo das diferenças de ativação do córtex cerebral nos processos conscientes e inconscientes como uma forma de superar as limitações do estudo de cada processo individualmente.

n.	Ano	Referência	Dados
30	1966	LIBET, B. Brain Stimulation and the Threshold of Conscious Experience, p. 165-181. In: ECCLES, J.C. (ed.). *Brain and Conscious Experience*. New York: Springer-Verlag.	Propõe um método para tornar exequível a avaliação da extensão cortical envolvida com a percepção de um estímulo consciente.
31	1967	LIBET, B.; ALBERTS, W. W.; WRIGHT JR., E. W.; FEINSTEIN B. Responses of Human Somatosensory Cortex to Stimuli Below Threshold for Conscious Sensation. *Science*, v. 158, p. 1597-1600.	A média das respostas evocadas do córtex somatossensorial, registrada subduralmente, apareceu com estímulos (pele, núcleo póstero-lateral ventral. Córtex) que eram subliminares para a sensação.
32	1968	KOBAYASHI, H.; LIBET, B. Generation of Slow Postsynaptic Potentials Without Increases in Ionic Conductance. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 60, p. 1304-1311.	Defende a geração de potencial não iônico, mas elétrico.
33	1968	LIBET, B.; CHICHIBU, S.; TOSAKA, T. Slow Synaptic Responses and Excitability in Sympathetic Ganglia of the Bullfrog. *Journal of Neurophysiology*, v. 31, p. 383-395.	Respostas sinápticas lentas e excitabilidade nos gânglios simpáticos da rã-touro.
34	1968	TOSAKA, T.; CHICHIBU, S.; LIBET, B. Intracellular Analysis of Slow Inhibitors and Excitatory Postsynaptic Potentials in Sympathetic Ganglia of the Frog. *Journal of Neurophysiology*, v. 31, p. 396-409.	Estudos com sapos. Atividade pós-sináptica inibitória e atividade pós-sináptica excitatória.

n.	Ano	Referência	Dados
35	1969	LIBET, B.; TOSAKA, T. Slow Inhibitory and Excitatory Postsynaptic Responses in Single Cells of Mammalian Sympathetic Ganglia. *Journal of Neurophysiology*, v. 32, p. 43-50.	Estudos com coelhos. Atividade pós-sináptica inibitória e atividade pós-sináptica excitatória.
36	1969	LIBET, B.; KOBAYASHI, H. Generation of Adrenergic and Cholinergic Potentials in Sympathetic Ganglion Cells. *Science*, v. 164, p. 1530-1532.	Estudos de membrana neuronal: efeito da norepinefrina e da acetilcolina.
37	1970	LIBET, B.; TOSAKA, T. Dopamine as a Synaptic Transmitter and Modulator in Sympathetic Ganglia: a Different Mode of Synaptic Action. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, v. 67, p. 667-673.	Dopamina como transmissor sináptico e moduladora da sinapse ganglionar.
38	1970	KOBAYASHI, H.; LIBET, B. Actions of Noradrenaline and Acetylcholine on Sympathetic Ganglion Cells. *The Journal of Physiology*, v. 208, p. 353-372.	Estudo sobre excitabilidade neuronal.
39	1971	LIBET, B.; WEIGHT, F.F.; VOTAVA, J. Inactivation of Potassium Conductance in Slow Postsynaptic Excitation. *Science*, v. 172, p. 503-504.	Estudo sobre excitabilidade neuronal.
40	1972	LIBET, B. ALBERTS, W. W., WRIGHT, E. W., FEINSTEIN, B. Cortical and Thalamic Activation in Conscious Sensory Experience, p. 157-168. In: SOMJEN, G.G. (ed.). *Neurophysiology Studied in Man*. Amsterdam: Excerpta Medica.	O estudo focado nas diferenças entre as funções cerebrais associadas a estímulos que estão no nível ou logo acima do limiar de excitabilidade para uma experiência sensorial consciente, em oposição àquelas com estímulos que estão abaixo de tal limiar.

n.	Ano	Referência	Dados
41	1973	LIBET, B. Electrical Stimulation of Cortex in Human Subjects and Conscious Sensory Aspects, p. 743-790. In: IGGO, A. (ed.). *Handbook of Sensory Physiology*. Berlin: Springer Verlag.	Alerta para que os problemas suscetíveis de investigação podem ser muito mais amplos do que o clássico inicial das relações topográficas dos sítios corticais com os sítios do corpo, das sensações subjetivamente referidas, e aborda alguns desses problemas.
42	1974	LIBET, B.; KOBAYASHI, H. Adrenergic Mediation of Slow Inhibitory Postsynaptic Potential in Sympathetic Ganglia of the Frog. *Journal of Neurophysiology*, v. 37, p. 805-814.	Efeito da condutância dos canais de potássio na fase inicial da resposta ortodrômica em células ganglionares nicotinizadas.
43	1974	KOBAYASHI, H.; LIBET, B. Is Inactivation of Potassium Conductance Involved in Slow Postsynaptic Excitation of Sympathetic Ganglion Cells? Effects of Nicotine. *Life Sciences*, v. 14, p. 1871-1883.	Estudos em sapos. A nicotina deprime o S-EPSP normal nos gânglios.
44	1974	LIBET, B.; OWMAN, C. Concomitant Changes in Formaldehyde-induced Fluorescence of Dopamine Interneurones and in Slow Inhibitory Post-synaptic Potentials of the Rabbit Superior Cervical Ganglion, Induced by Stimulation of the Preganglionic Nerve or by a Muscarinic Agent. *The Journal of Physiology*, v. 237, p. 635-662.	Estudos em coelhos. metabolismo da dopamina nos gânglios da cadeia cervical superior.

n.	Ano	Referência	Dados
45	1975	LIBET, B.; KOBAYASHI, H.; TANAKA, T. Synaptic Coupling Into the Production and Storage of a Neuronal Memory Trace. *Nature*, v. 258, p. 155-157.	Evidências adicionais indicam que a produção e o armazenamento da mudança duradoura iniciada por DA (ação dos neurotransmissores) são mediados intraneuronalmente por AMP cíclico; apresenta um modelo de transdução de sinal a partir da ação da acetilcolina e da dopamina sobre a membrana neuronal.
46	1975	LIBET, B.; ALBERTS, W. W.; WRIGHT, E. W.; LEWIS, M.; FEINSTEIN, B. Cortical Representation of Evoked Potentials Relative to Conscious Sensory Responses and of Somatosensory Qualities--in Man, p. 291-308. In: Kornhuber, H.H. *The Somatosensory System*. Stuttgart: Thieme.	Estudo sobre alguns dos mecanismos envolvidos na ativação de áreas corticais relacionadas com as respostas conscientes aos estímulos sensoriais.
47	1976	LIBET, B.; KOBAYASHI, H.; TANAKA, T. A Dopamine Induced Neuronal 'Memory Trace', Mediated by Cyclic AMP and Disruptable by Cyclic GMP. *Federation Proceedings*, v. 35, p. 668.	Engrama induzido pela dopamina.
48	1977	LIBET, B.; TANAKA, T.; TOSAKA, T. Different Sensitivities of Acetylcholine-Induced "After-Hyperpolarization" Compared to Dopamine-Induced Hyperpolarization, to Ouabain or to Lithium-Replacement of Sodium, in Rabbit Sympathetic Ganglia. *Life Sciences*, v. 20, p. 1863-1870.	Evidência de que a bomba de sódio potássio não media a lentificação do efeito inibitório pós-sináptico onde atua a dopamina.

n.	Ano	Referência	Dados
49	1977	LIBET, B.; GLEASON, C.A.; WRIGHT JR, E.W.; FEINSTEIN, B. Suppression of an Eplieptiform Type of Electrocortical Activity in the Rat by Stimulation in the Vicinity of Locus Coeruleus. *Epilepsia*, v. 18, p. 451-462.	Eletrodos em ratos. Controle de crises epilépticas por meio da estimulação do *locus coeruleus*, ou nas proximidades deste núcleo ou de seus tratos ascendentes.
50	1978	LIBET, B. Neuronal vs. Subjective Timing for a Conscious Sensory Experience. *Cerebral Correlates of Conscious Experience*, p. 149-162. Amsterdã: Elsevier, 1978.	Identifica experimentalmente que: a) há um tempo (aproximadamente 0,5s) para que o sistema nervoso se adeque às modificações provocadas por novos estímulos sensoriais; e, b) uma vez que a consciência tenha se estabelecida, a percepção subjetiva remonta ao momento inicial no qual o estímulo cortical foi registrado.

n.	Ano	Referência	Dados
51	1979	LIBET, B.; WRIGHT JR., E. W.; FEINSTEIN, B.; PEARL, D. K. Subjective Referral of the Timing for a Conscious Sensory Experience: a Role for the Somatosensory Specific Projection System in Man. *Brain: a Journal of Neurology*, v. 102, p. 193-224.	Eletrodos em humanos. "Paralelismo psicofisiológico na relação mente-cérebro": uma discrepância temporal entre os eventos mentais e físicos correspondentes, ou seja, entre o momento de uma experiência sensorial subjetiva e o momento em que o estado de "adequação neuronal" para dar origem a essa experiência.
52	1981	ASHE, J. H.; LIBET, B. Modulation of Slow Postsynaptic Potentials by Dopamine, in Rabbit Sympathetic Ganglion. *Brain Research*, v. 217, p. 93-106.	Estudos sobre a modulação pós-sináptica mediada por neurotransmissores.
53	1981	ASHE, J. H.; LIBET, B. Orthodromic Production of Non-Cholinergic Slow Depolarizing Response in the Superior Cervical Ganglion of the Rabbit. *The Journal of Physiology*, v. 320, p. 333-346.	Transmissão ortodrômica associada à lentificação da resposta de despolarização não colinérgica.
54	1981	LIBET, B. The Experimental Evidence for Subjective Referral of a Sensory Experience Backwards in Time: Reply to P. S. Churchland. *Philosophy of Science*, v. 48(2), p. 182-197.	Evidencias a favor da teoria mental e físico.

n.	Ano	Referência	Dados
55	1982	HASHIGUCHI, T.; KOBAYASHI, H.; TOSAKA, T.; LIBET, B. Two Muscarinic Depolarizing Mechanisms in Mammalian Sympathetic Neurons. *Brain Research*, v. 242, p. 378-382.	Estudo sobre canais voltagem dependente (Canais M) e sobre GMP cíclico intracelular.
56	1982	ASHE, J. H.; LIBET, B. Metoclopramide Mimics a D-1 Type of Dopamine Action in Rabbit Superior Cervical Ganglion. *Neuropharmacology*, v. 21, p. 429-431.	Efeito inibitório do potencial pós-sináptico excitatório pela metoclopramida sobre os receptores D-1 (mimetizando a dopamina).
57	1982	ASHE, J. H.; LIBET, B. Pharmacological Properties and Monoaminergic Mediation of the Slow IPSP, in Mammalian Sympathetic Ganglion. *Brain Research*, v. 242, p. 345-349.	Estudos sobre a natureza dos receptores inibitórios pós-sinápticos; evidência contrária à hipótese de hiperpolarização produzida pela acetilcolina.
58	1982	LIBET, B. Brain Stimulation in the Study of Neuronal Functions for Conscious Sensory Experiences. *Human Neurobiology*, v. 1(4), p. 235-42.	Destaca o papel do giro pós-central na sensopercepção, excetuando a percepção álgica.

n.	Ano	Referência	Dados
59	1982	LIBET, B.; WRIGHT JR., E. W.; GLEASON, C. A. Readiness-Potentials Preceding Unrestricted "Spontaneous" vs. Pre-planned Voluntary Acts. *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, v. 54(3), p. 322-335.	Postula dois processos volitivos: o processo I está associado ao desenvolvimento do pré-planejamento ou preparação para atuar no futuro próximo (segundos), seja a escolha voluntária presente (RPs tipo I) ou ausente (RPs preestabelecidos); o processo II, com início em cerca de 0,5 segundos antes do ato, está associado de forma mais exclusiva à escolha voluntária e ao desejo ou intenção de agir mais específico e próprio à pessoa.
60	1983	LIBET, B.; WRIGHT JR., E. W.; GLEASON, C. A. "Readiness potentials preceding unrestricted spontaneous preplanned voluntary acts". *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, v. 54(3), p. 322-325.	Demonstrou a natureza do RP em testes nos quais a liberdade de escolha estava suprimida, mas o planejamento para agir era uma exigência.

n.	Ano	Referência	Dados
61	1983	LIBET, B.; WRIGHT JR., E. W.; GLEASON, C. A. Preparation- or Intention-to-Act, in Relation to Pre-Event Potentials Recorded at the Vertex. *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, 56, p. 367-372.	Publica dados que destacam que a preparação mental/intenção de agir é necessária e talvez dominante sobre a atividade que se processa inconscientemente.
62	1983	TOSAKA, T.; TASAKA, J.; MIYAZAKI, T.; LIBET B. Hyperpolarization Following Activation of K+ Channels by Excitatory Postsynaptic Potentials. *Nature*, v. 305, p. 148-150.	Modulação pós-sináptica por ação sobre os canais M (abertura do canal e hiperpolarização do neurônio pós-sináptico).

n.	Ano	Referência	Dados
63	1983	LIBET B.; GLEASON, C.A.; WRIGHT JR, E.W.; PEARL D.K. Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activity (Readiness-Potential). The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act. *Brain: a Journal of Neurology*, v. 106, p. 623-642.	Estabeleceu: 1) O início da atividade cerebral é precedido por várias centenas de milissegundos em relação ao tempo relatado de intenção consciente de agir. 2) a iniciação cerebral de um ato espontâneo e voluntário pode começar inconscientemente, isto é, antes que haja qualquer consciência subjetiva (pelo menos recordável) de que uma "decisão" de agir já foi iniciada no cérebro; 3) aponta a introdução de certas restrições à potencialidade de iniciação consciente e controle de atos voluntários.
64	1984	ASHE, J. H.; LIBET, B. Effect of Inhibitors of Protein Synthesis on Dopamine Modulation of the Slow-EPSP in Rabbit Superior Cervical Ganglion. *Brain Research*, v. 290, p. 170-173.	Evidência de que a dopamina modifica reduz a capacidade de o neurônio pós-sináptico ser ativado a longo prazo.
65	1985	MOCHIDA, S.; LIBET, B. Synaptic Long-Term Enhancement (LTE) Induced by a Heterosynaptic Neural Input. *Brain Research*, v. 329, p. 360-363.	Evidência a favor da plasticidade neuronal.

n.	Ano	Referência	Dados
66	1985	LIBET, B. "Unconscious Cerebral Initiative and the Role of Conscious Will in Voluntary Action". *The Behavioral and Brain Sciences*, v. 8(4), p. 529–566.	O papel da vontade consciente não seria iniciar um ato voluntário específico, mas sim selecionar e controlar o resultado volitivo. Propõe-se que a vontade consciente possa funcionar de forma permissiva, seja para permitir ou impedir a implementação motora da intenção de agir que surge inconscientemente; estabeleceu que sem a vontade consciente a iniciativa cerebral inconsciente e o processo preparatório não se traduzem em ato motor.
67	1986	HSU, R. S.; LIBET, B. Hyperpolarizing Responses of Single Mammalian Sympathetic Neurones to Acetylcholine and to Dopamine. *Journal of the Autonomic Nervous System*, v. 16, p. 181-191.	Estudo sobre o tempo de resposta do neurônio à dopamina e à acetilcolina.
68	1986	KAITIN, K. I.; BLIWISE, D. L.; GLEASON, C. A.; NINO-MURCIA, G.; DEMENT, W.C.; LIBET, B. Sleep Disturbance Produced by Electrical Stimulation of the Locus Coeruleus in a Human Subject. *Biological Psychiatry*, v. 21, p. 710-716.	Estimulação do LC e modificação do padrão normal de sono, apontando o papel do LC na manutenção do sono normal.

n.	Ano	Referência	Dados
69	1987	MOCHIDA, S.; KOBAYASHI, H.; LIBET, B. Stimulation of Adenylate Cyclase in Relation to Dopamine-Induced Long-Term Enhancement (LTE) of Muscarinic Depolarization in the Rabbit Superior Cervical Ganglion. *The Journal of Neuroscience: the Official Journal of the Society For Neuroscience*, v. 7, p. 311-318.	Estudo sobre despolarização de receptores muscarínicos.
70	1987	LIBET, B. Consciousness: Conscious, Subjective Experience, p. 271-275. In: ADELMAN, G. (ed.) *Encyclopedia of Neuroscience*. Boston: Birkhauser.	Estabelece a diferença entre "consciousness" e "awareness", razão pela qual essas palavras não podem ser simplesmente entendidas como consciência na tradução à Língua Portuguesa.
71	1987	LIBET, B. Are the Mental Experiences of Will and Self-Control Significant to Performance of a Voluntary Act? Response to Commentaries by L. Deecke "The Natural Explanation for the Two Components of the Readiness Potential" and by R.E. Hoffman and R.E. Kravitz "Feedforward Action Regulation and the Experience of Will." *Behavioral and Brain Sciences*, v. 10(4), p. 781-786.	Afirma que um controle consciente que não seria iniciado inconscientemente é compatível com qualquer teoria mente-cérebro.
72	1988	MOCHIDA, S.; KOBAYASHI, H.; TOSAKA, T.; LIBET, B. Synaptic Long-Term-Enhancement (LTE) in Mammalian Sympathetic Ganglia. *Journal of Tokyo Medical College*, v. 46, p. 623-630.	Estudo relacionado às alterações associativas de eficácia sináptica.

n.	Ano	Referência	Dados
73	1988	LIBET, B.; MOCHIDA, S. Long-Term Enhancement (LTE) of Postsynaptic Potentials Following Neural Conditioning, in Mammalian Sympathetic Ganglia. *Brain Research*, v. 473, p. 271-282.	Ação de condicionamento neural; plasticidade neuronal.
74	1988	MOCHIDA, S.; LIBET, B. Secondary Late Components of the Muscarinic Postsynaptic Potentials, in Rabbit Superior Cervical Ganglion. *Journal of the Autonomic Nervous System*, v. 24, p. 41-49.	Modelos animais. Receptores. SNA.
75	1989	FEINSTEIN, B.; GLEASON, C. A.; LIBET, B. Stimulation of Locus Coeruleus in Man. Preliminary Trials for Spasticity and Epilepsy. *Stereotactic and Functional Neurosurgery*, v. 52(1), p. 26-41.	Estimulação com eletrodos intracranianos na vizinha do *locus coeruleus* com segmento dos pacientes por 09 anos, evidenciando redução da espasticidade e do número de crises; A eficácia da excitação eferente dos axônios do LC foi aferida medindo aumentos em 3-metoxi-4-hidroxifenil etilenoglicol no sangue jugular e venoso sistêmico após um estímulo de 6 min com rajadas descontínuas de pulsos.

n.	Ano	Referência	Dados
76	1989	LIBET, B. Conscious Subjective Experience and Unconscious Mental Functions: a Theory of the Cerebral Processes Involved, p. 35-49. In: COTTERILL, R.M.J. (ed.). *Models of Brain Function*. Cambridge: Cambridge University Press.	Apresenta os princípios do "relatório introspectivo" e do "sem regra a priori".
77	1990	MOCHIDA, S.; LIBET, B. Postsynaptic Long-Term Enhancement (LTE) by Dopamine May Be Mediated by Ca2+ and Calmodulin. *Brain Research*, v. 513, p. 144-148.	Estudo sobre a modulação da atividade neuronal pelo influxo/efluxo de íons.
78	1991	LIBET, B.; MOCHIDA, S. Long-Term Enhancement (LTE) of Muscarinic Postsynaptic Potentials After Preganglionic Nerve Conditioning Inputs. *Journal of the Autonomic Nervous System*, v. 33, p. 161-162.	As modificações nos potenciais pós-sináptico excitatórios lentos e potencial pós-sináptico excitatórios lentos mediado por receptores muscarínicos como evidência de condicionamento neuronal.
79	1991	LIBET, B.; PEARL, D. K.; MORLEDGE, D. E.; GLEASON, C.A.; HOSOBUCHI, Y.; BARBARO, N.M. Control of the Transition from Sensory Detection to Sensory Awareness in Man by the Duration of a Thalamic Stimulus. The Cerebral 'Time-On' Factor. *Brain: a Journal of Neurology*, v. 114, p. 1731-1757.	Estimulação do tálamo ventrobasal por meio de eletrodos implantados cronicamente para o controle terapêutico da dor intratável, registrada como estímulo inicialmente inconsciente (detectável pelo exame e não percebido pelo paciente) e, com a permanência da estimulação, consciente. Esse dado é utilizado pelo Libet como fundamento de sua teoria "Time-on".

n.	Ano	Referência	Dados
80	1992	LIBET, B.; WRIGHT JR., E. W.; FEINSTEIN B.; PEARL D.K. Retroactive Enhancement of a Skin Sensation by a Delayed Cortical Stimulus in Man: Evidence for Delay of a Conscious Sensory Experience *Consciousness and Cognition*, v. 1, p. 367-375.	A ativação do córtex somatossensorial torna a percepção dos estímulos sensoriais recebidos a partir da pele mais intensa.
81	1992	LIBET, B. The Neural Time-Factor in Perception, Volition, and Free Will. *Revue de Métaphysique et de Morale*, v. 97(2), p. 255-272.	Propõe o reconhecimento de que cérebro e mente atuam interligados e traça reflexões sobre a "teoria interacionista dualista da mente e do cérebro" e a estrutura de uma "teoria determinista monista".
82	1992	LIBET, B. Voluntary Acts and Readiness Potentials. *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, v. 82(1), p. 85-86.	Esclarece que quando uma resposta motora normalmente inconsciente é detectada por meio de um mecanismo de atenção seletiva, o sistema pré-motor medial, especialmente a área motora suplementar, envolve-se no processo e libera o sinal de partida para o ato motor.

n.	Ano	Referência	Dados
83	1993	LIBET, B. The Neural Time Factor in Conscious and Unconscious Events, p. 123-146. In: *Ciba Foundation. Experimental and Theoretical Studies of Consciousness*. New York: John Wiley & Sons, 1993.	O mundo sensorial é experimentado com um atraso em relação ao momento em que os fatos realmente aconteceram; essa percepção depende de uma adequada atividade neural; estímulos por tempo menor do que o tempo necessário para serem normalmente detectados podem ser detectados (no tálamo somatossensorial) em pessoas submetidas a testes de escolha forçada.
84	1993	LIBET, B. *Neurophysiology of Consciousness. Selected Papers and New Essays by Benjamin Libet*. Boston: Birkhauser.	Descreve o insight sobre com adaptar um método viável de obter o relato introspectivo.
85	1994	LIBET, B. A Testable Field Theory of Mind-Brain Interaction. *Journal of Consciousness Studies*, v. 1(1), p. 119–126.	O autor propõe um "Campo Mental Consciente", que é produzido por, mas é fenomenologicamente distinto da, atividade cerebral.

n.	Ano	Referência	Dados
86	1994	LIBET, B.; GLEASON, C.A. The Human Locus Coeruleus and Anxiogenesis. *Brain Research*, v. 634, p. 178-180.	Demonstrou que a estimulação elétrica utilizando implante permanente de eletrodo no *locus coeruleus* (LC) não provocou quaisquer manifestações subjetivas ou comportamentais de ansiedade e defendeu que o LC não tem papel na mediação da ansiedade humana.
87	1996	LIBET, B. Conscious Mind as a Field. Letter to the Editor. *Journal of Theoretical Biology*, v. 178(2), p. 223-226.	Libet comenta o artigo de Lindahl e Århem (1994) sobre a "mente como um campo de força" (Karl Popper) e contrapõe a sua teoria da "consciência com um campo de mental"; aponta duas questões: 1) como a experiência subjetiva e o campo consciente proposto surgem das atividades neurais; e, 2) como uma força mental consciente poderia agir de volta no cérebro físico para influenciar os resultados neurais, como em uma ação voluntária.

n.	Ano	Referência	Dados
88	1996	LIBET, B. Neural Time Factors in Conscious and Unconscious Mental Functions. In: HAMEROFF, S.R.; KASZNIAK, A. W.; SCOTT, A. C. (eds.). *Toward a Scientific Basis for Consciousness*. Cambridge: MIT Press.	Estudo que compara as respostas da estimulação sensorial periférica com a estimulação sensorial realizada diretamente no córtex cerebral.
89	1996	LIBET, B. Neural Processes in the Production of Conscious Experience. In: VELMANS, M. (ed.). *The Science of Consciousness*. London: Routledge.	Afirma ser inegável que a emergência da consciência é resultado de processos cerebrais e que a pessoa pode realizar atos determinados por sua própria vontade, como mover o dedo, por exemplo, a qualquer tempo.
90	1998	LIBET, B. Do the Models Offer Testable Proposals of Brain Functions for Conscious Experience? *Advances in Neurology*, v. 77, p. 213-217.	Capítulo de obra conjunta de vanguarda dos estudos sobre a consciência no final dos anos 1990.
91	1999	LIBET, B. How Does Conscious Experience Arise? The Neural Time Factor. *Brain Research Bulletin*, v. 50(5-6), p. 339–340.	Demonstra que na avaliação dos sinais de vontade consciente os registros do fator tempo neuronal não depende do acesso intercraniano às redes neurais.

n.	Ano	Referência	Dados
92	1999	LIBET, B.; FREEMAN, A.; SUTHERLAND, J. K. B. (EDS). *The Volitional Brain: Towards a Neuroscience of Free Will*. London: Imprint Academic, 1999.	Livro que aborda o contexto histórico do livre-arbítrio às luzes da ciência, teoria quântica, ética e responsabilidade pessoal, libertarianismo e compatibilismo, da volição em neurociências e das abordagens monísticas.
93	1999	LIBET, B. Do We Have Free Will? *Journal of Consciousness Studies*, v. 6(8-9), p. 47-57.	A consciência pode vetar atos que estão se desenvolvendo.
94	2001	LIBET, B.; SEARLE, J.R. Consciousness, Free Action and the Brain. *Journal of Consciousness Studies*, v. 8, p. 59-65.	Apresenta um conceito de consciência volitiva que permite a ação livre; deferência "consciousness" de "awareness".
95	2001	HAGGARD, P.; LIBET, B. Conscious Intention and Brain Activity. *Journal of Consciousness Studies*, v. 8, p. 47-63.	Em situações de repressão, o tempo necessário para surgir a consciência é maior.
96	2002	SHEVRIN, H.; GHANNAM, J. H.; LIBET, B. A Neural Correlate of Consciousness Related to Repression. Discussion 3. *Consciousness and Cognition*, v. 11, p. 334-341.	Tempo necessário para adquirir consciência varia entre as pessoas.

n.	Ano	Referência	Dados
97	2002	SHEVRIN, H.; GHANNAM, J. H.; LIBET, B. Response to Commentary on "A Neural Correlate of Consciousness Related to Repression". *Consciousness and Cognition*, v. 11(2), p. 345-346.	Dois argumentos: 1) o tamanho dos eletrodos não interferia na identificação do sinal a partir do córtex; 2) cada função tem um UTD e as medidas.
98	2002	LIBET, B. The Timing of Mental Events: Libet's Experimental Findings and Their Implications. Discussion 304-333. *Consciousness and Cognition*, v. 11(2), p. 291-299.	Libet demonstra a ausência de fundamento nas críticas de Trevena e Miller, Pockett e Gomes.
99	2002	POCKETT, S.; SHEVRIN, H.; GHANNAM, J. H.; LIBET, B. Commentary on Shevrin, Ghannam, and Libet, "A Neural Correlate of Consciousness Related to Repression". *Consciousness and Cognition*, v. 11, p. 342-346.	Susan Pocket questiona os valores de UTD para os diferentes tipos de personalidade e o valor dos UTD padronizados no artigo original (1964) – ambos questionamentos refutados por Libet.
100	2003	LIBET, B. Timing of Conscious Experience: Reply to the 2002 Commentaries on Libet's Findings. *Consciousness and Cognition*, v. 12(3), p. 321-331.	Libet responde questões sobre as relações de tempo entre os fenômenos do mundo e a atividade cerebral postas por autores que reinterpretaram seus dados.
101	2004	LIBET, B. *Mind time: The Temporal Factor in Consciousness. Perspectives in Cognitive Neuroscience*. Boston: Harvard University Press, 2004.	Libet fez uma ampla abordagem sobre como os processos físicos afetam a consciência da pessoa.

n.	Ano	Referência	Dados
102	2006	LIBET, B. Reflections on the Interaction of the Mind and Brain. *Progress in Neurobiology*, v. 78(3-5), p. 322-326.	defende que a mente é não está no plano físico; cunha a expressão "cerebral mental field" (CMF) e a define como um sistema particular que resulta da atividade de bilhões de neurônios; lista fatores que afetam o registro da experiência somatossensorial e o retardo de até 0,5s na emergência da consciência.
103	2006	LIBET, B. The Timing of Brain Events: Reply to the "Special Section" in this Journal of September 2004, Edited by Susan Pockett. *Consciousness and Cognition*, v. 15(3), p. 540-547.	O limiar de sensibilidade exige 0,5s para percepção de estímulos repetitivos. Evidência de que sob hipnose um ato de vontade pode parecer ao hipnotizado ser um ato involuntário.

Tabela 01: Notas sobre a produção científica de Benjamin Libet ao longo de toda sua vida acadêmica. Tabela elaborada pelos autores do presente artigo.

2.1. Qual a neurotecnologia utilizada pelo neurocientista para compor o banco de dados empíricos que viria a consubstanciar suas conclusões mais tarde translacionadas ao Direito Penal?

Benjamin Libet realizou suas experimentações se utilizando de uma técnica criada pelos pesquisadores alemães Hans Helmut Kornhuber e Lüder Deecke, originalmente denominada *Beraitschaftpotential*, na qual a atividade elétrica cerebral era detectada antes mesmo de a pessoa submetida à pesquisa ter consciência de que faria alguma coisa. A técnica se utiliza de um eletroencefalograma para viabilizar a identificação de áreas corticais especificamente ativadas em razão da detecção do sinal recepcionado por eletrodos posicionados no escalpo, em regiões corticais previamente definidas. O sinal detectado está relacionado com atividade neuronal na área sobre a qual o eletrodo foi posicionado e indica que, muito embora o estímulo tenha percorrido outros pontos do sistema nervoso até chegar às áreas de ativação, é nessas áreas que a ação correspondente à tarefa proposta pela pesquisa está sendo processada.

O *Beraitschaftpotential* foi criticado como não sendo uma produção de sinal decorrente necessariamente de uma atividade neuronal destinada a um fim específico e foi apontada como um ruído, um tipo de sinal inespecífico, um artefato da técnica.[3]

Nesse sentido, alguns pesquisadores buscaram confrontar os achados de Libet aduzindo que havia sinal detectável pela eletroencefalografia mesmo quando não se estava na iminência de uma tomada de decisão. Pesquisadores independentes demonstram que há uma série de ativações que se estabelecem em rede, configurando a atividade de um sistema neuronal, que antecede em até 10 segundos a tomada de consciência da vontade de agir.[4] No entanto, nem todo registro de atividade está direcionado à realização de um movimento externo, a um ato motor, ou seja, a atos que projetam resultados fora do corpo físico da pessoa que está sendo avaliada. Além disso, os estudos compararam os sinais registrados antes das tomadas de decisão quanto a agir e a não agir, e não identificaram diferenças entre os registros. Esse dado foi interpretado erroneamente como prova de não haver evidência de que os movimentos voluntários são iniciados inconscientemente.[5] A conclusão dos pesquisadores buscou se firmar na ausência de diferença na intensidade de registro entre os sinais nas decisões de agir e de não agir. O registro de atividade eletrofisiológica não fornece esse tipo de dado. O que se pode inferir é que a área cerebral na qual há o registro, participa da tomada de decisão quanto a agir ou a não agir,

3. N.A.: Em neurociências, considera-se artefato o registro de um sinal que não tem uma correspondente anatômica. Nesse caso, o registro de sinal poderia sugerir uma atividade neuronal (princípio básico da constituição da técnica de eletrofisiologia apontada ao eletroencefalograma) mas, em verdade, seria apenas a produção de um sinal por erro da técnica e não por atividade do tecido neuronal.

4. Soon, C. S.; Brass, M.; Heinze, H. J.; Haynes, J. D. Unconscious Determinants of Free Decisions in the Human Brain. *Nature Neuroscience*, v. 11(5), p. 543-545. New York: Nature America Inc, 2008.

5. Trevena, J.; Miller, J. Brain preparation before a voluntary action: Evidence against unconscious movement initiation. *Consciousness and Cognition*, v. 19(1), p. 447-456. Amsterdam: Elsevier, 2010.

porque evidencia a ativação. Cumpre observar que, se a área é ativada nos dois processos, agir e não agir, o controle da decisão final tem necessariamente outra sede.

Uma leitura menos episódica da obra de Benjamin, sem grande esforço cognitivo, seria o suficiente para esclarecer essa questão, como detalhamos no presente artigo. O próprio Benjamin Libet esclareceu a questão em várias oportunidades fazendo com que muitos de seus debatedores o reconhecessem ao fim e ao cabo como o pesquisador que mais contribuiu para o estudo do livre-arbítrio.

A contestação das conclusões de Libet se deu, também, a partir de estudos que encontraram atividade neural precedendo a resposta motora, semelhante aos experimentos de Libet, presente antes da apresentação do estímulo próprio ao teste neuropsicológico e, portanto, antes que os participantes pudessem decidir qual botão pressionar na atividade proposta para a tomada de decisão. Baseados nesse dado, os pesquisadores contestaram as conclusões de Libet afirmando que essa atividade não determina especificamente o comportamento, mas pode refletir uma expectativa geral e reconheceram que essa interpretação não interfere na noção de livre-arbítrio.[6] O problema com essa conclusão é que os autores desse estudo não consideraram que os participantes já estavam advertidos de que seriam testados quanto a uma tomada de decisão e, por isso, as áreas corticais já estavam pré-ativadas nesse sentido.

Dados de outro centro de pesquisa demonstraram que a atividade cerebral inicial reflete níveis de subcritério de consciência, em vez de completa ausência de consciência e, portanto, não sugere que as decisões sejam tomadas inconscientemente, mas que são tomadas a partir de um processo progressivo de estímulo cortical progressivo em abrangência e sustentado no tempo até níveis mais amplos de consciência.[7] Há estudos que negam a possibilidade de um processo iniciar livremente no cérebro, mas não explicam a origem da atividade eletrofisiológica cerebral detectada nos experimentos.[8-9] A contestação das conclusões é válida porque em ciência não existem verdades absolutas. Toda a informação pode ser contestada, mas os fenômenos são explicados pela teoria que melhor avalia os seus detalhes e a teoria que melhor avalia não é a teoria que explica *o que não é*, mas, sim, *o que é* o fenômeno sob estudo.

---

6. Herrmann, C. S.; Pauen, M.; Min, B. K.; Busch, N. A.; Rieger, J. W. Analysis of a choice-reaction task yields a new interpretation of Libet's experiments. *International Journal of Psychophysiology*, v. 67, p. 151-157. Amsterdam: Elsevier, 2008.

7. Miller, J.; Schwarz, W. Brain Signals do not Demonstrate Unconscious Decision Making: an Interpretation Based on Graded Conscious Awareness. *Consciousness and Cognition*, v. 24, p. 12-21. Amsterdam: Elsevier, 2014.

8. Radder, H.; Meynen, g. Does the Brain "Initiate" Freely Willed Processes? A Philosophy of Science Critique of Libet-Type Experiments and Their Interpretation. *Theory and Psychology*, v. 23 (1), p. 3-21. Thousand Oaks: SAGE, 2013.

9. Schlegel, A.; Alexander, P.; Sinnott-Armstrong, W.; Roskies, A.; Tse, P.U.; Wheatley, T. Barking up the Wrong Free: Readiness Potentials Reflect Processes Independent of Conscious Will. *Experimental Brain Research*, v. 229 (3), p. 329-335. Berlin: Springer Verlag, 2013.

Em 1999, Libet publicou um artigo em que explicou a sua teoria sobre o livre-arbítrio e o livre não querer.[10] Os elementos principais e as razões práticas de suas conclusões foram expostas de maneira bastante clara. Em apertada síntese do que pertinente aos estudos jurídicos, segundo o neurocientista, a atividade cerebral evidenciando a recepção de estímulos que podem conduzir ao surgimento da vontade de realizar um determinado comportamento, uma ação motora capaz de produzir efeitos no mundo externo à pessoa, pode iniciar de modo inconsciente e, não raro é exatamente isso o que acontece, ou seja, inicia sem que a pessoa tenha controle sobre isso, mas para que evolua à realização do comportamento, ou seja, para que o ato motor seja realmente executado, a pessoa tem de decidir fazê-lo.[11]

Portanto, segundo os dados aportados pela pesquisa empírica de Benjamin Libet e, segundo suas próprias afirmações, o início das atividades cerebrais em atos voluntários se dá de modo inconsciente, sem a participação da vontade da pessoa, mas não prossegue a efetiva ação motora sem que a pessoa decida conscientemente realizá-lo. A esse sistema, Libet chamou *free won't*, ou seja, a liberdade de não querer. Mais importante ainda, segundo Libet, o *free won't* é a faculdade que permite ao agente decidir mesmo quando a decisão é no sentido de realizar o comportamento que projeta efeitos no mundo externo.

Agir ou não agir frente aos estímulos que se iniciam do modo inconsciente é uma decisão que passa pela consciência dessa mesma pessoa, quando concordará ou discordará quanto à realização do comportamento estimulado de modo inicialmente inconsciente,[12] ou seja, todo o estímulo que chega à consciência da pessoa só poderá conduzir a uma ação motora depois de um juízo livre no qual a pessoa poderá decidir por deixar a sequência de estímulos neuronais, seguir o curso até a execução do ato motor ou por interromper essa sequência decidindo não aceitar o estímulo que se tornou consciente.[13]

2.2. Qual a relação entre atividade cerebral (vias neuronais associadas ao comportamento humano) e consciência?

A atividade cerebral ocorre em razão da maturação física do sistema nervoso e da preservação da funcionalidade de sua estrutura. A doutrina predominante em neurociências aponta que o comportamento humano se expressa como consequência da ativação

10. LIBET, B. Do We Have Free Will? *Journal of Consciousness Studies*, v. 6 (8-9), p. 47-57. Exeter: Imprint Academic, 1999.

11. Libet, Benjamin. Do the Models Offer Testable Proposals of Brain Functions for Conscious Experience? *Advances in Neurology*, v. 77, p. 213-217. New York: Raven Press, 1998.

12. Libet, B.; Gleason, C. A.; Wright, E. W.; Pearl, D. K. Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activity (Readiness-Potential). The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act. *Brain: A Journal of Neurology*, v. 106 (3), p. 623-642. Oxford: Oxford University Press, 1983.

13. LIBET, B. *Mind Time. The Temporal Factor in Consciousness*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

de sistemas neuronais, ou seja, há circuitos envolvendo diferentes áreas cerebrais quando da realização de atos conscientes. Esses circuitos são denominados de vias neuronais, ou seja, caminhos preferenciais, pelos quais cada tipo de estímulo é conduzido no interior do sistema nervoso. A ativação dessas vias, no entanto, é complexa e ocorre fazendo uma nítida diferenciação entre a autonomia funcional dessa via ao provocar sentimentos e ao precipitar a vontade na pessoa. Por outro lado, não é menos complexa a ativação dessas vias no que se destina a produzir um ato motor.

A consciência é o estado no qual a pessoa adquire compreensão sobre a ocorrência desses processos sensitivos e volitivos e, como consequência, passa a poder se determinar considerando esses estímulos. A sede dessas percepções é o cérebro. A consciência humana, portanto, é dependente da atividade cerebral.[14] Esse fato se evidencia de modo indireto quando ocorrem traumatismos cerebrais, quando diversas substâncias lícitas ou ilícitas provocam alterações funcionais no cérebro ou quando a pessoa é acometida por uma doença cuja presença é capaz de promover um rebaixamento da atividade cerebral ou uma inativação definitiva de determinada área do cérebro.

2.3. Qual o conceito de consciência com o qual Libet construiu suas observações?

A palavra consciência pode ter diversos sentidos, notadamente em função do nível de profundidade com a qual se estabelece a abrangência das funções cognitivas preservadas para se concluir pela amplitude do que seja consciência. Assim, dependendo do espectro de funções que são consideradas como parte da consciência, há diferenças significativas quanto a quem pode ser considerado consciente. A neurologia clássica, por exemplo, apresenta como indicadores de triagem de consciência a escala de coma de Glasgow, produzida em Glasgow, Inglaterra, na qual três dimensões são analisadas: resposta verbal, resposta motora e abertura ocular.

Nessa escala, a racionalidade é inversa, ou seja, avalia-se a consciência (estado normal) a partir de o quanto a estrutura neuroanatômica em centros críticos de sua função está preservada. Nesse sentido, há também a NIHSS, ou NIH Stroke Scale, produzida pelo National Institutes of Health Stroke Scale. A NIHSS utiliza um espectro mais detalhado de funções neurológicas a serem testadas, mas a racionalidade inversa, ou seja, a de verificação de dano neurológico ao invés de se verificar a eficácia da funcionalidade da estrutura neuronal ainda é a mesma. Na pesquisa de Libet, o conceito de consciência não se constrói como antítese de dano neurológico. O conceito se constrói a partir de o quanto a pessoa sob investigação tem compreensão a respeito dos processos endógenos, ou que ocorrem no interior de seu próprio corpo, e a partir de o quanto essa mesma pessoa tem condições de decidir quanto aos atos motores que constituem a sua própria conduta, seja nos casos em que

14. Arnsten, A.F.T. The Neurobiology of Thought: The Groundbreaking Discoveries of Patricia Goldman-Rakic 1937-2003. *Cerebral Cortex*, v. 23 (10), p. 2269-2281. New York: Oxford University Press, 2013.

decide agir, seja nos casos em que decide não agir. Para firmar sua perspectiva de análise, Libet publicou um artigo em que fez a distinção entre dois conceitos de consciência nominados *consciousness* e *awareness* (linha 70 da tabela 01).

De modo exemplificativo, vamos contrastar os dois conceitos para facilitar a compreensão a partir do seguinte: se uma pessoa observa algo que lhe provoca um intenso nojo, podemos definir *awareness* e *consciousness* como estágios progressivos de compreensão do que significa o estímulo percebido. Assim, *awareness* está limitado à percepção inicial do nojo como experiência sensorial. Por outro lado, *consciousness* é o conceito relacionado à experiência cognitiva em seus contornos mais amplos, incluindo, mas não se limitando: i) o fato de a pessoa passar a compreender as razões pelas quais sentiu nojo; ii) a avaliação subjetiva quanto à real necessidade de ter esse tipo de sentimento em situações análogas; e, iii) o juízo do próprio agente quanto à maneira de lidar com os fatos de situação análogas a fim de corrigir a sensação que advém dos estímulos percebidos inicialmente.

Compreendidos os contornos do que estimulará o sistema definido pela compreensão inicial (*awareness*) e pela compreensão mais elaborada (*consciousness*), o agente poderá concluir, por exemplo, que sentir nojo: a) não é a resposta emocional mais adequada ao tipo de situação experimentada em concreto e, assim, poderá passar a modular suas sensações de forma a produzir uma resposta socialmente adequada; ou, b) é uma resposta humana compreensível e aceitável em situações da mesma natureza. Dessa forma, consciência na teoria de Libet tem níveis diferentes de percepção quanto à maturidade funcional do sistema nervoso da pessoa e traduz um conceito que revela níveis diferentes de experiências subjetivas que resultam de um processo progressivo de adaptação neurofuncional relacionado à plasticidade cerebral que se desenvolve sob a influência das experiências vivenciadas pelo agente.

2.4. Qual o conceito de free will*?*

A teoria de Libet foi construída a partir de décadas de pesquisa em neurofisiologia animal e, posteriormente, neurofisiologia humana. Os primeiros trabalhos do neurofisiologista foram feitos a partir experimentos que seccionavam partes do cérebro de animais como rãs, coelhos, cães e suínos, a fim de aplicar estímulos elétricos diretamente ao córtex desses animais e verificar os grupos musculares que apresentariam contrações, viabilizando assim, a confirmação das vias neuronais pelas quais o cérebro controlava cada um desses movimentos. Além disso, Libet realizou muitos experimentos sobre a ação dos neurotransmissores desde a acetilcolina, primeiro neurotransmissor identificado. O papel de vários íons e substâncias como a glicose e a lactose também tiveram as suas participações na transdução do sinal[15] entre os neurônios exaustivamente pesqui-

15. N.A.: Transdução do sinal é o nome que se dá a transmissão de um determinado sinal no interior de uma célula e, na utilização aqui contextualizada, desde o sinal captado a partir da fenda sináptica até sua ação nos dendritos, axônios ou corpo celular.

sadas (para detalhes pertinentes à essa discussão, observe as notas feitas sobre cada um dos artigos publicados por Libet na tabela 01).

Os anos de pesquisa e os resultados acumulados permitiram a identificação de que existem diferentes estímulos capazes de provocar a excitação do sistema nervoso central e a consequente ativação de áreas especificamente relacionadas no cérebro. Desse modo, Libet afirmou que quanto à recepção de estímulos, a pessoa não é livre, ou seja, a pessoa não pode decidir não ser sensibilizada por nenhum tipo de estímulo, independentemente de sua natureza. É precisamente nesse sentido que o neurocientista afirmou que não há livre-vontade (traduzida no Brasil, por livre-arbítrio). Para Libet, o que não é livre é a vontade que se traduz pelos efeitos dos estímulos que provocam ativação de determinadas áreas específicas do cérebro. A realidade confirma facilmente essa assertiva. Isso porque, sob efeito de drogas de ação no sistema nervoso central, por exemplo, não se pode dizer que a pessoa determina a vontade ou os efeitos que essa droga tem em seu sistema nervoso central.

De modo mais generalizável, pode-se mencionar o fato de presenciar uma agressão injusta ou uma situação vexatória, e a pessoa que observa não decide sentir o mal-estar que se instala nessa situação, ou seja, os efeitos não dependem de sua vontade. Nesse sentido, Libet demonstrou que há ondas cerebrais registráveis que precedem a consciência da realização do ato voluntário, ou seja, o ser humano não tem controle sobre os mecanismos biológicos que desencadeiam a vontade de fazer, ou seja, a vontade de fazer surge antes de sua consciência de que terá vontade de fazer e, por isso, o ser humano não é livre para decidir não receber o estímulo inconsciente. Antes de se conscientizar de que fará, já há ativação de ondas no seu cérebro determinando que ele faça. Com esse esclarecimento, Libet afirma que não há *free will,* porque o estímulo que a pessoa recebe se dá por meio físico, ativando áreas cerebrais antes de a pessoa conscientizar que um estímulo foi produzido. Em suma, não há vontade livre (*free will*) no que se refere ao surgimento do estímulo para agir. Na seção seguinte, esclarece-se o que o neurocientista afirma vir depois da percepção do estímulo que surge inconscientemente.

2.5. Qual o conceito de free won't?

Benjamin Libet apresentou dados consistentes no sentido de que há registro de atividade cerebral correlacionada às áreas corticais que são sede de controle da atividade motora voluntária (linhas 66 e 82 da tabela 01), antes de a pessoa ter consciência de que deverá decidir se executará um ato motor. Depois de a pessoa conscientizar a vontade de realizar um determinado comportamento, os dados de Libet apontam que há a liberdade de decidir não querer os consectários desse estímulo iniciado inconscientemente. A essa liberdade, o neurocientista chamou *Free won't*. Um dos fatos muito interessantes revelados pelos experimentos é que quando o sujeito da pesquisa decidia pelo não querer, cessavam os registros de atividade eletrofisiológica, ou seja, quando o examinando sabia que não faria o movimento de apertar o botão quando tivesse a vontade, o

comportamento das ondas cerebrais passava a ser diferente: havia registro de ondas cerebrais que antecediam a consciência da vontade de apertar o botão, mas havia silêncio de ondas cerebrais quando da decisão de não realizar o movimento.

Esse fato foi decisivo para que Libet chegasse à conclusão de que o ser humano é livre para não fazer. Com um dado experimental, Benjamin Libet revelou a existência do que nominou *Free won't* e deduziu que *não fazer* é uma resposta imaterial, dada a ausência de registro de atividade eletrofisiológica, que advém da mente (*mind*), do metafísico ou da alma humana.

Com a separação entre o que seria a base material do comportamento humano, ou seja, a atividade cerebral, e o que seria a base material da decisão sobre querer ou não querer permitir a influência do corpo material, Libet definiu as bases de uma teoria dualista experimental do livre-arbítrio.

2.6. Teoria dualista free will e free won't na obra de Libet

O racionalismo é a corrente predominante a nortear os ordenamentos jurídicos no mundo todo. Se o leitor pensar em negar essa assertiva, estará utilizando a racionalidade ainda que seu argumento não tenha substrato racional. Não há como negar a importância das contribuições de René Descartes, cujo pensamento influenciou o desenvolvimento de uma especialidade matemática que uniu a geometria e a álgebra na forma da geometria analítica e do sistema cartesiano de distribuição espacial de pontos, cujas aplicações tornaram-se tão extensas que percorrem a base dos equipamentos de informática, que permitiram aos autores discorrerem estas linhas e à editora reproduzir e fazer chegar aos leitores. Tudo o que se localiza no espaço e é representado graficamente, o é utilizando um sistema de representação que utiliza coordenadas chamadas de cartesianas. Em sua obra seminal, Descartes defende a existência de três tipos de ser: *res cogitans*, *res extensa* e *res divina*. De modo geral, a crítica à filosofia de Descartes aponta fundamentação insuficiente para sustentar a *res divina* e, por essa razão, crível supor que a visão de Libet tenha sido no que Descartes definiu por *res cogitans* e *res extensa*, que restou definido como o dualismo cartesiano.

Tomando como base a teoria cartesiana de que *res cogitans* (mente) e *res extensa* (cérebro) nunca se fundem, Libet construiu a sua teoria dualística *free will* e *free won't*.

Sem maiores digressões, cumpre destacar que para Descartes espírito e mente têm natureza de *res cogitans,* enquanto corpo e alma têm natureza de *res extensa*. Desse modo, para o filósofo não há dualidade entre espírito e mente – ambos estariam no plano da sutileza existencial num estado de impossibilidade de confusão com os planos em que estão a alma e o corpo físico. Desse modo, caracterizada a filosofia dualista de Descartes, na qual os planos de substâncias finitas, em que estão os corpos físico e álmico, e de substâncias infinitas, em que estão o espírito e a mente, nunca se fundiriam, a menos que regressassem ao Criador tornando uno como *res divina*, ou seja, corpo e mente só poderiam ser

considerados como substâncias que se fundem quando consideradas em seus momentos na criação.

A despeito do escopo filosófico da tese de Descartes, o cartesiano cuidou de correlacionar sua teoria aos avanços da medicina disponíveis a sua contemporaneidade, como se depreende do escólio de uma das principais escolas filosóficas de tradição racionalista do Brasil:[16]

> "Tais espíritos formados no cérebro (glândula pineal) onde corpo e alma se conjugariam seriam distribuídos pelo sangue e devidas vias, quais sejam, artérias e veias e pela cadeia de nervos (nerfs) disseminada no corpo; em torno da glândula existiria um tecido formado de pequenas artérias (que ele já nomeia, arteres) e que permitiria o fluxo das 'pequenas partes do sangue'. Essas (pequenas partes) entrariam na glândula pineal graças aos poros do seu tecido. A glândula pineal seria, na perspectiva cartesiana, a origem dos espíritos animados, e por isso, o sensorium commune, ou seja, 'o centro de todas as impressões sensoriais e de onde partiriam o comando de todos os movimentos'. Hoje sabemos que a epífise neural ou glândula pineal cartesiana corresponde à glândula endócrina, situada no centro do cérebro, acima do aqueduto de Sylvius, abaixo da borda do corpo caloso, na parte anterossuperior dos tubérculos quadrigêmeos e na parte posterior do ventrículo médio. Tem funções ligadas ao sono e às atividades sexuais e de reprodução. Tem cor acinzentada, é do tamanho de caroço de laranja e é maior na infância, diminui na puberdade e se calcifica com frequência na idade adulta. Suas células (pinealócitos) produzem melatonina. Foi entendida pelos místicos como o terceiro olho, talvez pela origem embriológica semelhante à da retina. Na época de Descartes, pouco se sabia das funções cerebrais; para o filósofo, na glândula pineal, haveria o encontro da alma com o corpo, daí as funções corpóreas, os movimentos e a consciência dos estados físicos, dor, fome, frio e dos estados psíquicos, como raiva, amor, e inclusive o conhecimento. O filósofo deixa bem claro que as impressões chegadas ao cérebro não se transformariam em conhecimento, não fosse o trabalho do entendimento (um dos aspectos que constituem a alma, ou 'mens', mente) sobre elas."

Assim, Libet considera a dualidade existente entre corpo e mente para avaliar os diferentes momentos em que os eventos cerebrais podem ser registrados e, depois disso, cotejados com os fatos que os antecederam, foram concomitantes ou que sucederam esses registros. O ponto chave é que Libet faz uma espécie de inversão de perspectiva de análise da filosofia da ciência, tornando a filosofia meio de corroboração dos achados da ciência, normalmente expressa pela máxima declinada pelo discípulo de Lívio Teixeira:[17]

16. RAMOZZI-CHIAROTTINO, Zelia; JOZEFRAN FREIRE, José. O dualismo de Descartes como princípio de sua Filosofia Natural. *Estudos Avançados*, 27 (79), 2013. p. 165-166.

17. PRADO JÚNIOR, Bento. Em memória de Lívio Teixeira. *Estudos Avançados*, 8 (22), 1994. p. 246.

> "Só o projeto delirante de uma Ciência Absoluta pode levar a considerar a abordagem tecnológica dos sistemas filosóficos como uma forma de renúncia à filosofia – e a tarefa da crítica não é justamente a de mostrar a falácia desse projeto?"

e[18]

> "Descartes constrói a ciência que desejava, ao mostrar como os atos intelectuais podem modificar estados corporais e vice-versa, e mais ainda, como o corpo é afetado pelo mundo sensível, por intermédio dos sentidos, e de que forma este leva as informações até o cérebro que por intermédio da alma pode transformar-se em conhecimento. A Filosofia Natural de Descartes é resultado de uma teoria que se inicia com a Metafísica, inteiramente permeada pelo Método oriundo da Matemática, convertendo-se no centro do qual se irradiam os múltiplos caminhos e tendências da crítica do conhecimento e da Filosofia das Ciências."

Libet combinou elementos de neurotecnologia para demonstrar que corpo e mente podem sofrer estímulos diferentes, e podem manifestar comandos antagônicos em uma relação na qual pode prevalecer ora os comandos processados em nível cerebral e que não são inibidos pela mente, ora os comandos de inibição, emitidos a partir da mente, sobre os processos cerebrais que culminariam com uma dada manifestação comportamental para a qual a consequência a partir das vias neurológicas identificadas no corpo físico já havia sido adequada e corretamente prevista a partir de situações análogas anteriores. Com essa percepção, Libet vinculou seus achados ao prócere do racionalismo contemporâneo.

O corpo físico está vulnerável a diversos estímulos de natureza diferentes: sensações físicas e emocionais decorrentes de contato com situações cotidianas diversas. Estes estímulos interagem com a pessoa de modo a provocar reações corpóreas sem que a pessoa possa se manifestar quanto a permitir ou não permitir a emergência dessas reações físicas. Essa é a parte em que Libet defende não haver participação da vontade do agente, ou seja, a emergência de estímulos fisicamente detectáveis como resposta a eventos intra ou extracorpóreos pode ocorrer sem a participação da vontade do agente e, nesse caso, não há livre-arbítrio ou vontade livre.

No entanto, assim que a pessoa se torna consciente do estímulo que se registra em seu cérebro, ela tem o poder de bloquear a sequência de eventos físicos que decorreriam naturalmente desse estímulo se não tivesse um comando de suspensão dos eventos consequentes a essa ação comandada pelo sistema nervoso. Esse poder de bloquear os estímulos que se registram em seu cérebro e que foram precipitados sem o controle voluntário da própria pessoa é o que Libet denominou liberdade de não querer ou *free won't*.

18. RAMOZZI-CHIAROTTINO, Zelia; JOZEFRAN FREIRE, José. O dualismo de Descartes como princípio de sua filosofia natural. *Estudos Avançados*, 27 (79), 2013. p. 168.

Cumpre destacar o quanto o dado obtido com a neurotecnologia, por si, não é capaz de conferir a interpretação do que se processa quanto à vontade da pessoa. Analisados em conjunto os fenômenos envolvidos, como Libet explica ser o livre-arbítrio e a liberdade de não querer, pode-se observar que o célebre neurocientista esclarece que uma vez consciente do que se processa em seu próprio corpo prevalece, sem impedimentos, a livre vontade da pessoa que decidirá pelo segmento ou pelo bloqueio dos eventos consequentes aos estímulos que se registra em seu cérebro, ainda que estes estímulos não tenham sido precipitados por um comportamento voluntário dessa pessoa.

A capacidade de decisão inerente à pessoa não é mitigada por estímulos que emergem de modo involuntário. Ao contrário, ainda que os estímulos passíveis de registros físicos tenham sido iniciados de modo involuntário, uma vez conscientes deles, a pessoa tem preservada a sua capacidade de decidir de forma livre se irá agir ou se omitir de acordo com os eventos que decorrem do estímulo cuja consciência a pessoa adquiriu.

Há outra questão não menos importante que decorre da análise mais atenta dos dados aportados pela extensa pesquisa que Libet aportou à comunidade científica. A liberdade de não querer pressupõe a consciência da existência de um fato a ser rejeitado. Isso significa dizer que o registro das evidências neurotecnológicas revelam que a pessoa nada pode fazer quanto aos processos que, não tendo sido iniciados por vontade própria da pessoa em cujo sistema nervoso eles se registram, ainda não foram percebidos pela consciência do agente.

Os experimentos de Libet, apontados na tabela 01, tiveram como escopo processos cujo tempo demandado para se tornarem conscientes estavam na ordem de frações de segundos. De outro modo, a mudança de comportamento a partir da emergência da consciência não poderia ser avaliada no ínterim de um estudo empírico clínico.

No entanto, há de se reconhecer que estímulos neurológicos podem se desencadear e projetar efeitos sem a participação da vontade da pessoa, e sem que a consciência desse processo seja atingida pelo agente ou sem que essa consciência seja suficiente para que a pessoa consiga interromper a sequência de eventos que se processa a partir dos estímulos neurológicos detectáveis. Esse é o caso, por exemplo, dos transtornos endócrinos (transtornos de função tireóidea, tensão pré-menstrual, deficiência congênita de produção ou de metabolismo de neurotransmissores etc.) e dos transtornos de dependência química.

3. Comportamento humano à luz da teoria de Libet e da teoria jurídica do crime

Desde Hans Welzel – sob os influxos de Graf zu Dohna, conforme afirma o próprio Welzel[19] – restou consistentemente afirmado que o fato punível divisa-se em objeto de

19. Em publicação cuja primeira edição remonta ao ano de 1936, Alexander Graf zu Dohna ao longo do referido texto enfatiza a estrutura do crime por ele defendida, bipartida em objeto de valoração

reprovação e juízo de reprovação, identificando-se o primeiro com o injusto, ou seja, a conduta típica qualificada como ilícita, e o segundo com a culpabilidade. Acerca da conduta, passando pelas concepções clássica, finalista e funcionalistas, verificam-se infindáveis controvérsias, as quais refogem ao objeto deste estudo. Dessa forma, nossa tenção volta-se à problemática da culpabilidade.

Releva mencionar que, em uma noção formal, a culpabilidade constitui – ao menos para a doutrina amplamente majoritária – um juízo de reprovação que se faz ao agente de um comportamento delitivo, devendo, para tanto, estarem presentes – ainda sobre a perspectiva prevalente – os elementos consistentes na imputabilidade, na consciência potencial da ilicitude e na exigibilidade de comportamento, conforme a norma. Paralelamente a isso, o problema do conceito material de culpabilidade, também dito fundamento material, tem suscitado não poucos debates. Isso porque, o poder de agir de outro modo, como pressuposto lógico da culpabilidade, estaria amparado na liberdade de agir do agente delitivo, o que tem sido posto em causa – por vezes –, dentre outros argumentos, pelo fato segundo o qual "a neurociência estaria a denegar" a existência do livre-arbítrio.

A chegar-se a tanto, há que se convir, o aludido juízo de reprovação restaria seriamente comprometido, para não dizer ferido de morte. E, quando se fala em neurociências como possível destituidora do livre-arbítrio, o nome (quase) sempre invocado a dar guarida a tal pretensão é precisamente o de Benjamin Libet. Portanto, a abordagem da culpabilidade, em uma confluência de sua perspectiva formal e material, aqui feita radica em torno dos estudos de Libet, sem maiores incursões em digressões filosóficas[20] ou mesmo em inumeráveis discussões no âmbito da doutrina jurídico-penal, o que demandaria um trabalho monográfico. A consideração (ou a acentuação), pois, está em saber se, e de que maneira, os estudos de Libet afetam a compreensão da culpabilidade.

3.1. Imputabilidade

Partindo-se do pressuposto de que o ser humano é livre para agir, consoante examinado ao longo deste artigo, o primeiro elemento da culpabilidade, encontra respaldo a

---

e juízo de valoração, cujos contornos concernentes a uma concepção mais atual se devem a Hans Welzel, com sua inconteste contribuição à edificação teórica do injusto pessoal, admitida por autores finalistas e também por penalistas que não esposam o finalismo. Conferir em: GRAF ZU DOHNA, Alexander. *Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 3. ed. Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1947; WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969. p. 140.

20. Dentre suas tantas notáveis ponderações, Arthur Kaufmann consigna que o só fato de pôr em causa a liberdade já está a colocar a liberdade como pressuposto. Conforme: KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. 2. ed. München: C. H. Beck, 1997. p. 242: "Schon das In-Fragestellen-Können der Freiheit setzt Freiheit voraus." Para uma crítica à concepção do livre-arbítrio, ver: ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1965.

uma adequada construção. Tomemos, a propósito, as palavras de Virgílio de Jesus Miranda Carvalho,[21] segundo as quais compreende

> "a pessoa humana, pelo menos, como *a unidade integrante do espaço pluridimensional interior e espiritual* que é inerente a um qualquer ser humano concreto, singular e, sobretudo, não fungível, embora, evidentemente, sempre socialmente situado, e do qual se pode dizer serem suas características fundamentais de possibilidade a *liberdade*, a *auto-determinação* e a *responsabilidade*" (grifos do original).

Essa concepção permite prescrutar de modo assentado na coerência sobre o fundamento material da culpabilidade e ademais divisar a pena da medida de segurança. E aqui importa trazer o sempre apurado escólio de José de Faria Costa:[22]

> "É óbvio que uma coisa é tentar descortinar o *fundamento*, outra a *finalidade* e outra a *necessidade* quando olhamos e valoramos a pena e o seu sentido. No primeiro caso, procurar o fundamento é o indagar dos *porquês* mais densos que podem justificar a pena. No entanto, se o nosso horizonte é a finalidade da pena, manifesto se torna, então, que os juízos se enfileiram na lógica do *para quê* e aí se estabilizam. Porém, fácil é de ver que se se arranca do pressuposto de que a pena é uma necessidade – uma inevitável necessidade, passe o pleonasmo –, isso implica que a reflexão sobre a pena se confina ao *se*. Por outras palavras e relativamente ao último ponto: o nosso campo de interrogação fica limitado ao sentido de sabermos quando a pena é necessária e se o é efetivamente" (grifos do original).

Do modo como foi edificado nosso diploma nuclear, a pena – dentre outras coisas, mas que não estão diretamente ligadas ao escopo deste artigo – encontra sua razão de ser na culpabilidade e esta, por sua vez, assenta-se no pressuposto de que o agente, tendo liberdade de opção, podia agir de outro modo, sendo que a apreciação do juízo de censura perfaz-se sob reclamos normativos. Eis as palavras de penalistas[23] que laboraram na elaboração da Reforma Penal de 1984: "A culpabilidade é entendida em termos de *culpabilidade normativa*, ou seja, importando tanto no exame da reprovabilidade do ato como na do seu autor" (grifos do original).

Ao observarmos a generalidade das legislações, como, v. g., Alemanha, Espanha, França, Itália, Portugal, Argentina, Chile, Uruguai, constata-se que o tratamento jurídico

21. CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *os valores constitucionais fundamentais*: esboço de uma análise axiológica-normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 11-12.

22. FARIA COSTA, José Francisco de. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 210.

23. REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 160.

relativo à capacidade penal não difere no tocante à presunção de imputabilidade. Isso porque, em contrapartida, consoante previsão dos Códigos Penais dos mencionados países, à semelhança do código pátrio, o agente somente verá sua capacidade afastada ante a presença de alguma anormalidade da mente que afete a capacidade cognitiva e/ou volitiva ou, ainda, em virtude de imaturidade pelo fator etário.

Dessa forma, tem-se a dicotomia pena/medida de segurança. A primeira fulcrada na culpabilidade fundamentada no livre-arbítrio e a segunda com base na periculosidade advinda de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, nas hipóteses do art. 26, *caput*, ou da perturbação da saúde mental e também do desenvolvimento mental incompleto ou retardado, nas hipóteses do art. 26, parágrafo único, além da prática de um fato típico penal. Nas hipóteses do parágrafo, a medida de segurança (substitutiva) somente será imposta diante da necessidade de especial tratamento curativo (art. 26, parágrafo único c/c art. 98).

Resta claro, portanto, que, em nosso Código Penal, a culpabilidade – ou o juízo de reprovação/censura – está fundamentada no livre-arbítrio, cujo primeiro elemento é a imputabilidade, visto que, se o agente ver afastada sua capacidade por alguma dentre as causas do art. 26, por ter perdido sua "liberdade", em virtude da ausência de sua autonomia psicológica, também restará dirimida a culpabilidade. Portanto, os estudos de Libet, se bem compreendidos, permitem que resulte hígida a disciplina legal da capacidade penal, primeiro elemento a ser apreciado na aferição da culpabilidade.

3.2. Consciência potencial da ilicitude

A consciência atual ou potencial da ilicitude é o segundo elemento da culpabilidade. Admite-se, seja a referida consciência também potencial porque o juízo em relação à consciência da ilicitude é formulado sob uma perspectiva normativa. Nesse sentido, é a lição de Francisco de Assis Toledo,[24] para quem a consciência da ilicitude (ou do injusto) "*atual* ou *potencial*, é um especial pressuposto da censurabilidade, isto é, da culpabilidade como juízo de censura feito ao agente que podia atuar conforme ao direito, mas, nas circunstâncias, não atuou" (grifos do original).

Também para Alcides Munhoz Netto[25] o conhecimento da ilicitude necessário ao juízo de censura

> "não é só o conhecimento atual, mas o conhecimento potencial, vale dizer, a simples possibilidade de se dar conta do caráter ilícito do comportamento, até porque o juízo de reprovação que integra a culpabilidade, é um juízo de valor, e não um fato psicológico."

24. TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 71.

25. MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 84.

No particular, avançou o nosso Código pós reforma de 1984. Isso porque, nos moldes da antiga parte geral, que se inseria no contexto causal-naturalista, a perspectiva do erro assumia o binômio erro de fato/erro de direito, em vez do atual binômio erro de tipo/erro de proibição, cujas consequência jurídicas são, como é consabido, diversas. Porém, o objeto de nossa análise está em saber sobre a pesquisa de Libet em face da *atual* compreensão da consciência da ilicitude, ou seja, tem em conta a perspectiva da teoria da culpabilidade nos domínios do erro (*Schuldtheorie*), que remonta ao finalismo.

Não obstante o fato de não perfilhar a construção teórica welzeliana, Jorge de Figueiredo Dias[26] chega à conclusão similar aos postulados do professor de Bonn relativamente à noção de culpabilidade como reprovação e às consequências daí decorrentes, consoante se observa da seguinte passagem:

> "A falta de consciência da ilicitude, com efeito, só deverá reputar-se não censurável quando, para além de se não lograr a comprovação de que ela ficou a dever-se, directa e imediatamente, a uma qualidade desvaliosa e jurídico-penalmente relevante da personalidade do agente, for possível verificar, positivamente, *a manutenção no agente, apesar daquela falta, de uma 'recta consciência', fundada em uma atitude de fidelidade ou correspondência a exigências ou pontos de vista de valor juridicamente relevantes*. Continuamos a pensar que só por esta via – cujo fundamento, como facilmente se perceberá, repousa em uma consideração inteiramente paralela à que serve de base à inexigibilidade – se consegue alcançar um critério *pessoal-objectivo* de não-censurabilidade da falta de consciência da ilicitude, que desde há muito vem sendo vivamente requerido pela prática e que (ao contrário do que sucede com o critério da inevitabilidade do erro, ou com outros análogos) poderá ser amplamente utilizável por ela" (grifos do original).

Também aqui, os alicerces lançados por Libet, que orientam num sentido para um poder de decisão característico da condição humana dão suporte. Ao menos no plano de um contexto de normalidade, o ser humano compreende, valora e age. Nesse ponto, deixemos um questionamento para que o leitor faça a sua própria valoração: se o ser humano não fosse livre em seu agir, do que adiantaria ter o conhecimento da ilicitude de um comportamento?

3.3. Exigibilidade de conduta diversa

Dentre os elementos da culpabilidade, é na circunflexão da exigibilidade de conduta diversa que o problema da liberdade de opção se coloca do modo mais visível. Isso porque o assim dito poder de agir de outro modo põe-se em relação de mútua exclusão com a inexigibilidade. Noutros termos, se o agente podia agir de outro modo é porque lhe era

26. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 205.

exigível um comportamento conforme a norma, ao passo que se o agente *não* podia agir de outro modo, isso torna o seu comportamento conforme a norma inexigível.

Em paralelo à problemática neurocientífica, a edificação de um fundamento material de culpabilidade assenta-se na própria consagração da noção do homem pela Constituição. Dessa forma, está absolutamente correto o escólio de José Cerezo Mir:[27]

> "El concepto material de culpabilidad ha de ser coherente con el concepto del ser humano que inspira la Constitución. Nuestra Constituición, que consagra un Estado social y democrático de Derecho, se basa, sin duda, en la Concepción del hombre como persona, como ser responsable, como un ser capaz de autodeterminación conforme a critérios normativos."

Precisamente nesse sentido, em adesão à doutrina do penalista espanhol, é o entendimento de Luiz Regis Prado,[28] consoante se observa da passagem a seguir reproduzida:

> "Tem-se, para logo, que o conceito material de culpabilidade deve ser coerente com o conceito de ser humano que inspira o texto constitucional. A Carta brasileira se funda em uma concepção do homem como pessoa, como ser responsável, capaz de autodeterminação segundo critérios normativos.
>
> Proclama-se o Estado democrático de Direito, que tem por fundamentos a soberania, a cidadania, a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, CF), com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, e a promoção do bem de todos, e regida, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, bem como da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade (arts. 3º, 4º e 5º, *caput*, CF).
>
> O conceito de liberdade aqui manejado é um conceito normativo e não metafísico, conforme à Constituição. Nada mais claro. No Estado de Direito democrático e social, o predomínio do ser humano deve ser indiscutível; há de ser sempre o fim precípuo de toda atividade estatal.
>
> Trata-se de alicerçar, em termos substanciais, a culpabilidade no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, considerando-a como ser livre e responsável, valores imanentes à sociedade democrática.

27. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español:* Parte General. Madrid: Tecnos, 2001 (4. reimpresión 2004). v. III. p. 40.

28. PRADO, Luiz Régis. *Tratado de direito penal brasileiro:* Parte Geral. São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 471. Também, de modo assertivo, amparado nas pesquisas de Benjamin Libet, SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021, p. 450-451: "*Libet demonstrou* que a despeito da ativação dos circuitos neuronais relacionados a um determinado comportamento surgirem antes de a pessoa ter consciência sobre o que vai fazer, em condições normais, *nada vai acontecer sem uma tomada de decisão consciente que vai se processar após a momento necessário ao surgimento da consciência.*"

> O homem é um ser dotado de capacidade conforme valores e fins. A concepção da culpabilidade, como capacidade de agir de outro modo, vem corroborada não só por exigências normativas – conceito de homem que inspira a normativa constitucional –, senão também pela concepção do ser humano da moderna Antropologia e Psicologia comparada, assim também, pelo reconhecimento da liberdade da vontade na realidade social, objeto de regulação jurídica.
>
> Demais disso, sempre que se possa comprovar a impossibilidade de agir de modo diverso, deve ficar, em princípio, excluída a culpabilidade" (grifos do original).

Referindo-se ao setor que se contrapõe ao livre-arbítrio, Fábio D'Ávila[29] obtempera que

> "a partir desse entendimento, a tradicional compreensão do homem responsável por suas ações, do homem que, diante de razões e contrarrazões, é capaz de decidir-se livremente, deve ser substituída por uma imagem de homem alheia a conceitos de responsabilidade, merecimento e culpabilidade."

Em sequência pondera que, "como é por todos sabido, a isso não resistem as noções mais elementares de responsabilização criminal ou mesmo civil".

Exatamente nesse sentido labora a melhor doutrina. Deveras, na precisa conclusão de Draiton Gonzaga de Souza,[30] em estudo em que faz uma crítica filosófica em prol da noção de livre-arbítrio "tal posição dificilmente pode ser compatibilizada com a noção constitucional da pessoa humana, que cada vez mais exerce influência no direito penal, tanto material como processual." Assim é que Ricardo Antunes Andreucci[31] propugna a culpabilidade sobrelevando a dimensão humana "a partir do *eu* livre e responsável."

Perfilhando a compreensão do homem a quem é dado o poder de decisão, dentre outros argumentos, observa Jorge de Figueiredo Dias:[32]

> "Para a liberdade aponta já também, em suma, a necessidade de um 'mediador' entre a abertura e o inacabamento que se revelam na estrutura biológica do homem, de um lado, e a incomensurabilidade e transcendência do existir humano, de outro."

29. D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal, literatura e representações. *Revista de Estudos Criminais*, n. 34, v. 9, jul.-set. 2009. p. 54.
30. SOUZA, Draiton Gonzaga de. Feuerbach e a questão do livre-arbítrio: acerca de pressupostos filosóficos do direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 50, v. 11, jul.-set. 2013, p. 60.
31. ANDREUCCI, Ricardo Antunes. A dimensão humana e direito penal. In: *Estudos e Pareceres de Direito Penal*. São Paulo: Ed. RT, 1981. p. 16.
32. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 143.

Em consonância com esse entendimento, de modo muito claro, escreve o consagrado neurocientista António Damásio,[33] a corroborar – quando bem entendidas – as conclusões de Libet:

> "O controle das inclinações animais por meio do pensamento, da razão e da vontade é o que nos torna humanos, segundo *As paixões da alma* de Descartes. Estou de acordo com sua formulação, só que, onde ele especificou um controle alcançado por um agente não físico, vejo uma operação biológica estruturada dentro do organismo humano que em nada é menos complexa, admirável ou sublime."

Em sequência, o pesquisador português prossegue de forma inequívoca:[34]

> "Isso significa que o amor, a generosidade, a honestidade e outras características humanas louváveis não são mais do que resultado de uma regulação neurobiológica orientada para a sobrevivência e que é consciente, mas egoísta? Será que isso nega a possibilidade do altruísmo e anula o livre-arbítrio? Isso quer dizer que não existe amor verdadeiro, amizade sincera, compaixão genuína? *De modo algum*. (...). O mesmo se aplica em grande medida ao altruísmo e ao livre-arbítrio. O fato de sabermos que existem mecanismos biológicos subjacentes ao comportamento humano mais sublime não impõe uma redução simplista desse comportamento aos rudimentos da neurobiologia."

Ante as considerações trazidas neste ponto, ainda que de forma breve, valendo-nos – a um tempo – das conquistas da Ciência Jurídico-Penal, mas sempre tendo em conta os estudos do neurocientista que tomamos como principal referência para este artigo, a denegação do livre-arbítrio torna-se problemática, porquanto a assim admitir-se faria soçobrar o edifício jurídico-penal e também porque *não* foi esta a conclusão de Libet. Antes pelo contrário, a conclusão de Libet considera que, a despeito de a vontade surgir de forma inconsciente, a decisão pelo comportamento pertence ao homem.

4. Considerações finais

Observar a produção de um pesquisador ao longo de décadas, dá verdadeiro sentido à expressão comumente utilizada para referir o melhor que se consegue compreender do assunto à luz do que há para ser conhecido. Essa racionalidade costuma aparecer nas publicações com a expressão *to the best of our knowledge*. A localização precisa da

33. DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes:* emoção, razão e o cérebro humano. 3. ed. Trad. de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 123-124.

34. DAMÁSIO, António R. *O Erro de Descartes: Emoção, Razão e o Cérebro Humano*. 3. ed. Trad. de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 124-125.

contribuição do Libet em neurociências está na discussão sobre o livre-arbítrio a partir da independência relativa entre a mente (*mind*) e o cérebro (*brain*). No que pertinente à Teoria Jurídica do Crime, a análise da obra de Libet se tornou um imperativo dado o extenso número de situações em que recortes de sua obra são citados na doutrina penal como substrato científico experimental que estaria supostamente refutar o livre-arbítrio humano.

A obra de Libet vem corroborar a percepção de que tomar assuntos complexos sem um minudente escrutínio não habilita a oferta de soluções adequadas à interpretação jurídica dos fatos. Conhecer a obra de um pesquisador do porte de Libet tomando-se apenas um de seus trabalhos é algo irrealizável. Libet apresentou uma escala progressiva de evidências que só lhe permitiu conclusões adequadas quando tomado o conjunto de sua obra como um todo.

No que tange aos estudos sobre liberdade, *Free will* tem sido traduzido para a Língua Portuguesa por livre-arbítrio, mas essa tradução guarda algumas dificuldades em relação a sua aplicabilidade na compreensão da Teoria Jurídica do Crime. Em essência, *will* foi utilizado pelo neurocientista no contexto de atos relacionados à volição própria e a atos sem volição própria. Para muitos críticos, no entanto, *will* foi traduzido como arbítrio no sentido de decisão, e não de volição. Cumpre salientar, como exaustivamente explicado nas seções destinadas a esse fim, que de acordo com os resultados das pesquisas do neurocientista, o arbítrio se dá em momento posterior à volição.

Pelo exposto no presente artigo, nota-se que a neurociências contribui para além da análise material do caso concreto e, ao contrário do setor que assim deduz, não se presta às inferências que buscam invalidar a existência de um sistema jurídico. Isso porque, as pesquisas neurocientíficas evidenciam a estrutura da recepção dos estímulos que culminam com a emergência da vontade e evidencia a estrutura da tomada de decisão, após a consciência do processamento dessa vontade pelo sistema nervoso da própria pessoa. Trata-se, portanto, de uma estrutura que funciona nas pessoas de um modo geral, pessoas para as quais estão direcionados os ordenamentos jurídicos.

Noutro extremo analítico, a neurociências do comportamento humano é capaz de explicar os casos em que há alterações específicas nos mecanismos de processamento dessa vontade e dos meios de refreá-la.

Por essas razões, o empirismo da aplicação da neurotecnologia confirma a possibilidade de utilização de um sistema jurídico baseado na responsabilidade penal subjetiva, que se funda em uma estrutura geral com previsão de hipóteses excludentes no todo ou em parte dessa mesma responsabilidade, como se observa em estados transitórios de ausência de consciência ou em estados de consciência reduzida.

Com o exposto no presente artigo, não há como remanescer a inferência citada em parte da doutrina penal de que a neurociências, notadamente, a produção científica de Benjamin Libet, estaria a denegar a existência do livre-arbítrio.

5. Referências

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. A dimensão humana e direito penal. In: *Estudos e Pareceres de Direito Penal*. São Paulo: Ed. RT, 1981.

Arnsten, A. F. T. The Neurobiology of Thought: The Groundbreaking Discoveries of Patricia Goldman-Rakic 1937-2003. *Cerebral Cortex*, v. 23 (10), p. 2269-2281. New York: Oxford University Press, 2013.

CARVALHO, Virgílio de Jesus Miranda. *Os valores constitucionais fundamentais:* esboço de uma análise axiológico-normativa. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español:* Parte General. Madrid: Tecnos, 2001 (4. reimpresión 2004). v. III.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Direito penal, literatura e representações. *Revista de Estudos Criminais*, n. 34, v. 9, p. 47-56, jul.-set. 2009.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes:* emoção, razão e o cérebro humano. 3. ed. Trad. de Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

ENGISCH, Karl. *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1965.

FARIA COSTA, José Francisco de. *Linhas de direito penal e de filosofia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

GRAF ZU DOHNA, Alexander. *Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 3. ed. Bonn: Ludwig Röhrscheid, 1947.

Herrmann, C. S.; Pauen, M.; Min, B. K.; Busch, N. A.; Rieger, J. W. Analysis of a choice-reaction task yields a new interpretation of Libet's experiments. *International Journal of Psychophysiology*, v. 67, p. 151-157. Amsterdam: Elsevier, 2008.

KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. 2. ed. München: C. H. Beck, 1997.

LEITE, Alaor. *Dúvida e erro sobre a proibição no direito penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

Libet, Benjamin. Do The Models Offer Testable Proposals of Brain Functions for Conscious Experience? *Advances in Neurology*, v. 77, p. 213-217. New York: Raven Press, 1998.

LIBET, Benjamin. Do We Have Free Will? *Journal of Consciousness Studies*, v. 6 (8-9), p. 47-57. Exeter: Imprint Academic, 1999.

LIBET, Benjamin. Mind Time. *The Temporal Factor in Consciousness*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

Libet, Benjamin; Gleason, Curtis A.; Wright, Elwood W.; Pearl, Dennis Keith. Time of Conscious Intention To Act in Relation to Onset of Cerebral Activity

(Readiness-Potential). The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act. *Brain: A Journal of Neurology*, v. 106 (3), p. 623-642. Oxford: Oxford University Press, 1983.

Miller, J.; Schwarz, W. Brain Signals do not Demonstrate Unconscious Decision Making: an Interpretation Based on Graded Conscious Awareness. *Consciousness and Cognition*, v. 24, p. 12-21. Amsterdam: Elsevier, 2014.

MUNHOZ NETTO, Alcides. *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PERLMAN, David. Benjamin Libet – Neurophysiologist Studied The Nature of Free Will. SFGATE, 18 de agosto de 2007. Disponível em: [www.sfgate.com/bayarea/article/Benjamin-Libet-neurophysiologist-studied-the-2546807.php#ixzz1dq5pV4F9]. Acesso em: 16.09.2020.

PRADO JÚNIOR, Bento. Em memória de Lívio Teixeira. *Estudos Avançados*, 8 (22), p. 245-248, 1994.

PRADO, Luiz Régis. *Tratado de direito penal brasileiro:* Parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2014. v. 2.

Radder, H.; Meynen, g. Does the Brain "Initiate" Freely Willed Processes? A Philosophy of Science Critique of Libet-Type Experiments and Their Interpretation. *Theory and Psychology*, v. 23 (1), p. 3-21. Thousand Oaks: SAGE, 2013.

RAMOZZI-CHIAROTTINO, Zelia; JOZEFRAN FREIRE, José. O dualismo de Descartes como princípio de sua filosofia natural. *Estudos Avançados*, 27 (79), p. 157-170, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel; DOTTI, René Ariel; ANDREUCCI, Ricardo Antunes; PITOMBO, Sergio M. de Moraes. *Penas e medidas de segurança no novo código*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SCHLEGEL, A.; ALEXANDER, P.; SINNOTT-ARMSTRONG, W.; ROSKIES, A.; TSE, P. U.; WHEATLEY, T. Barking up the Wrong Free: Readiness Potentials Reflect Processes Independent of Conscious Will. *Experimental Brain Research*, v. 229 (3), p. 329-335. Berlin: Springer Verlag, 2013.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Da inimputabilidade penal em face do atual desenvolvimento da psicopatologia e da antropologia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Curso de direito penal:* parte geral. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da; DIAS, Daison Nelson Ferreira. Nós temos livre-arbítrio? *Veritas*. Porto Alegre, v. 66, n. 1, p. 1-14, jan.-dez. 2021.

SOON, C. S.; BRASS, M.; HEINZE, H. J.; HAYNES, J. D. Unconscious Determinants of Free Decisions in the Human Brain. *Nature Neuroscience*, v. 11(5), p. 543-545. New York: Nature America Inc, 2008.

SOUZA, Draiton Gonzaga de. Feuerbach e a questão do livre-arbítrio: acerca de pressupostos filosóficos do direito penal. *Revista de Estudos Criminais*, n. 50, v. 11, p. 45-60, jul.-set. 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977.

TREVENA, J.; MILLER, J. Brain preparation before a voluntary action: Evidence against unconscious movement initiation. *Consciousness and Cognition*, v. 19(1), p. 447-456. Amsterdam: Elsevier, 2010.

WELZEL, Hans. *Das Deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1969.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A concepção ontológica da liberdade individual e seu déficit de verificabilidade para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, de Bruno Tadeu Buonicore – *RBCCrim* 163/61-104 (DTR\2019\42583);
- A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista, de Manuel Monteiro Guedes Valente – *RBCCrim* 173/103-121 (DTR\2020\13247);
- Culpabilidade e funcionalismo: uma análise a partir das concepções de Roxin e Jakobs, de Oliveiros Guanais – *RBCCrim* 169/81-116 (DTR\2020\7965); e
- Neurociências e culpabilidade em direito penal, de Winfried Hassemer – *RBCCrim* 100/211-225 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2 (DTR\2013\407).

A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal

The strength of the proportionality test in criminal law: or proportionality as a constitutional limit to the state criminal policy program

Anizio Pires Gavião Filho

Doutor em Direito pela UFRGS. Professor Coordenador do Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP/RS. Professor Titular da FMP/RS. Procurador de Justiça, RS.
ORCID: 0000-0002-8152-1005.
Lattes: 7774124880944708.
piresgaviao@hotmail.com

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Professor do Curso de Mestrado em Direito da URI-RS. Professor de Direito Penal e Processo Penal. Juiz de Direito.
ORCID: 0000-0003-1952-3365.
Lattes: 3248441957258684.
jfdclyra@tjrs.jus.br

Recebido em: 08.03.2021
Aprovado em: 24.05.2021
Última versão dos autores: 28.05.2021

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O trabalho avalia o rendimento do teste de proporcionalidade como possível limitador constitucional da política criminal estatal, aproximando a dogmática dos direitos fundamentais ao sistema penal. À partida, assume-se que o direito penal promove uma drástica intervenção nos direitos de liberdade dos indivíduos, merecendo uma argumentação racional em termos constitucionais. A hipótese do artigo é a de que

Abstract: The paper evaluates the performance of the proportionality test as a possible constitutional limiter of state criminal policy, bringing dogmatics of fundamental rights closer to the penal system. At the outset, it is assumed that criminal law promotes a drastic intervention in the rights of freedom of individuals, deserving a rational argument in constitutional terms. The hypothesis of the article is that proportionality

Gavião Filho, Anizio Pires; Lyra, José Francisco Dias da Costa. A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 182. ano 29. p. 69-103. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

a proporcionalidade é uma metodologia de confluência entre as exigências comunitárias de segurança e os direitos fundamentais, aparelhada da função de limitar o direito de punir estatal. Busca-se, portanto, promover uma articulação entre a política criminal estatal e os princípios constitucionais do controle penal. Para alcançar o objetivo, o estudo parte da análise do teste de proporcionalidade, recepcionado como um princípio operativo do sistema penal, dotado da relevante função de controlar as intervenções estatais no âmbito dos direitos fundamentais. Na sequência, analisa-se a funcionalidade da proporcionalidade no direito penal, aspirando a inserção da política criminal na dogmática dos direitos fundamentais (Constituição), reservando à conclusão a confirmação ou não da referida hipótese. Trata-se de pesquisa bibliográfica comparativa, com ênfase dogmática, desenvolvida com base no método dedutivo.

Palavras-chave: Teste de proporcionalidade – Política criminal – Constituição penal – Princípios constitucionais penais.

is a constitutional instrument of confluence between community security requirements and rei fundamental rights, equipped with the function of limiting the state's right to punish. Therefore, it seeks to promote an articulation between the state criminal policy and the constitutional principles of criminal control. To achieve the goal, the study starts from the analysis of the proportionality principle, accepted as an operative principle of the penal system, with the relevant function of controlling state interventions in the field of fundamental rights. Then, the functionality of proportionality in criminal law is analyzed, aiming at the insertion of criminal policy in the dogmatics of fundamental rights (Constitution), reserving to the conclusion the confirmation or not of the referred hypothesis. It is a comparative bibliographic research, with a dogmatic emphasis, developed based on the deductive method.

Keywords: Proportionality test – Criminal policy – Penal constitution – Criminal constitutional principles.

Sumário: 1. Introdução: o teste de proporcionalidade e sua vocação constitucional de limitar a política criminal – uma aproximação entre a Constituição e o direito penal. 2. O teste da proporcionalidade como princípio operativo do direito penal: uma leitura a partir da teoria principialista de Alexy. 3. A proporcionalidade no sistema penal: ou os direitos fundamentais e os princípios penais como limites à política criminal estatal. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução: o teste de proporcionalidade e sua vocação constitucional de limitar a política criminal – uma aproximação entre a Constituição e o direito penal

É sabido que a provisão de segurança é uma atividade estatal fundamental que – há muito tempo – é estimada como uma das bases do moderno Estado liberal e do pensamento filosófico herdeiro da metáfora do contrato social. Tal dever estatal de prover a

segurança cidadã[1] – uma decorrência dos direitos fundamentais[2] do Estado de Direito –, notadamente da feição objetiva de tais direitos, remete ao Estado a obrigação de não se intrometer na esfera de liberdade dos indivíduos (versão negativa dos direitos fundamentais), mas também, via ações prestacionais, prover – inclusive – a proteção com relação às agressões perpetradas por terceiros. Portanto, ao Estado, devidamente vinculado aos direitos fundamentais, cumpre não somente omitir-se de intromissão nas liberdades e bens do cidadão, senão também lhe ocorre a obrigação de proteger ditos bens e liberdades de ataques provenientes de outros cidadãos: a segurança pelo Estado. Assim, pode-se predicar que o dever de proteção é uma atividade principal do Estado, intimamente ligada ao princípio da sociabilidade. Afinal, a plena realização de projetos pessoais ou de ideais de vida boa dão-se no ambiente social. Não é por outro motivo que o direito penal, como uma construção humana, possui o desiderato de regular a vida dos seres humanos, no exercício do controle social, com a modesta função limitada de prevenir delitos e proteger bens jurídicos (ROXIN, 1997, p. 51). Trata-se de um sistema normativo a serviço das pessoas, isto é, dos sistemas biológicos, dotado da missão de proteger os interesses da sociedade, sejam eles pessoais, institucionais ou coletivos (MIR PUIG, 2006, p. 339), aberto às transformações sociais (ROXIN, 1997, p. 57-58). Em síntese, cabe ao Estado – por intermédio de sua política criminal[3] – programar politicamente as decisões sobre a forma que o controle penal será aplicado a fim de prevenir condutas socialmente nocivas. Do ponto, sobressai a interrogação desta investigação: é possível a política criminal ser auxiliada com critérios político-criminais? (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 23). Entende-se que a resposta pode ser positiva, algo que o trabalho se propõe a demostrar, assentando que é esta a função do teste da proporcionalidade e dos princípios constitucionais do direito penal. Certamente que não de defende um modelo puramente normativo e/ou judicial de política criminal – incompatível com a democracia e à margem valorativa do legislador democrático –, a quem cabe programar a política criminal do estado, estabelecendo os fins e objetivos. Entretanto, o programa criminal deve basear-se em uma argumentação racional que respeite os direitos fundamentais dos indivíduos,

1. A expressão segurança cidadã é de DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 69-78, a qual é utilizada para significar o dever estatal de proteger as pessoas com relação aos delitos. Assim, dita terminologia expressa o direito da cidadania ser protegida das ações delitivas praticadas por outrem. No trabalho, emprega-se como segurança pessoal, que se liga ao principio da sociabilidade.

2. Entende-se por direitos fundamentais os direitos humanos positivados na Constituição, isto é, os direitos humanos transformados em direito positivo ou direito constitucional. Conferir: BOROWSKI, Martin. *La estrutura de los derechos fundamentales*. Colômbia: Universidad Externado, 2003. p. 33-35.

3. Trabalha-se com a ideia de que política criminal corresponde à função política do estado de impedir o cometimento de crimes, bem como de preveni-los, por certo que devidamente vinculadas às exigências do Estado Democrático de Direito. Ver ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y processo penal*. Valência; Tirant lo Blanch, 2000. p. 31-32.

buscando, além disso, legitimidade constitucional. Há – inegavelmente – estreita vinculação entre a Constituição e o Código Penal (MIGLIARDI, 2015).

Dessa forma, a investigação assume que a política criminal estatal, de forma consensual, encontra-se vinculada a três princípios básicos, as diretrizes do programa criminal estatal, a saber: a) a sociabilidade, base do princípio da segurança, porque a existência humana e a realização do ideal de vida boa ocorrem no ambiente social, que deve ser tutelado; b) a liberdade humana, que exige edição de normas para regulamentá-la (a base do princípio da legalidade); e c) a dignidade da pessoa humana, que não pode ser violada pela instrumentalização ou reificação como meio para se atingir fins sociais (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 24). Esses são os princípios básicos que orientam a práxis da política no âmbito criminal, no afã de evitar as condutas lesivas à subsistência da sociedade, conduzindo-a a fins racionais e – principalmente – justificáveis. Expressando de outro modo, a obediência aos princípios constitucionais plasmados na Constituição confere aceitabilidade ao controle penal, aspecto relevante e nada desprezível em sociedades plurais e democráticas. Enfim, a proteção estatal ou paz jurídica não pode ser efetivada (tampouco almejada) a qualquer preço, menos ainda instrumentalizada para atender a qualquer finalidade ou capricho do legislador de plantão.

Com efeito, a liberdade do cidadão constitucionalmente protegida somente pode ser legitimamente restringida para a efetivação de outro direito fundamental. Sob esse aspecto, não se pode perder de vista que o direito penal tem como única função evitar condutas socialmente daninhas: comportamentos que dificultam ou impossibilitam sobremaneira a vida em comum; o controle penal tem como missão assegurar as condições do desenvolvimento pessoal de seus cidadãos. Essa é a lição que vem do "pensamento ilustrado" e de sua irrestrita defesa da liberdade: base da convivência humana. Dessa forma, o que legitima o Estado moderno e seu sistema penal é a proteção das esferas de liberdade e não a segurança. Logo, a penalidade, por limitar drasticamente os direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2018, p. 205), necessita de uma legitimação constitucional (OLIVEIRA, 2018, p. 213-224). Por isso, medidas coercitivas e ameaças de sanção, intervenções necessárias na vida social, mas severas do ponto de vista das liberdades fundamentais, encontram limites no direito constitucional, o fundamento normativo e democrático do direito penal substantivo (KUDLICH, 2018, p. 85). No limite, tendo-se a liberdade como valor primordial do Estado, a segurança necessária – outro valor fundamental – deve ser prestada com o mínimo de restrição possível, em respeito à dignidade da pessoa humana (KUDLICH, 2018, p. 88), possibilitando-se a efetiva participação de todos os cidadãos na vida política, econômica e social, ou seja, o máximo possível de bem-estar.

Assim, eventual lesão ou afetação de um estado de coisas moralmente valioso (ofensa a bens jurídicos) não constitui o único vetor moralmente relevante à criminalização de determinada conduta. Também não é suficiente, por si só, a ponderação do legislador, que, não raro, é tentado a buscar a "lealdade das massas", efetivando uma política

criminal de caráter populista[4], que pouco contribui à racionalidade da política criminal. Com efeito, intromissões na liberdade negativa das pessoas[5] sempre devem ser limitadas e proporcionais (PAREDES CASTAÑÓN, 2013, p. 237), porque envolvem princípios de justiça distributiva e comutativa (PAREDES CASTAÑÓN, 2013, p. 238). Em uma palavra, a política criminal estatal para efetivar seu dever de conferir a segurança social às pessoas, preservando os bens e estados valiosos da sociedade, deve prestar atenção nos direitos fundamentais do cidadão, à sua dignidade (MAIHOFER, 2008, p. 13) e ao seu sistema de garantias (FERRAJOLI, 2004, p. 91). É a forma racional de se propiciar o livre desenvolvimento e autorrealização dos projetos pessoais (CARBONELL MATEU, 1999, p. 199-200). Em suma, a Carta Fundamental – efetivamente – é o marco valorativo de todo o sistema penal, conferindo-lhe uma orientação lógico-formal. Ela se constitui no limite do poder estatal em matéria penal, preservando os direitos do indivíduo ao estabelecer princípios limitadores do direito de punir, contendo o excessivo e insaciável poder punitivo estatal. Sob essa orientação, a potestade punitiva do estado deve estar fundada e legitimada na Constituição, que não somente estabelece seus fins, objetivos e instrumentos, senão que contém os princípios fundantes do sistema de argumentação e aplicação do direito penal, vinculando o legislador e o aplicador do direito (DURÁN MIGLIARDI , 2015, p. 286-287).

Em suma, a política criminal se encontra vinculada à dogmática penal[6] (ROXIN, 2004, p. 76); limitada pelo conteúdo material dos valores e princípios constitucionais que, além de gozarem de consenso e aceitação, configuram a convivência entre o político bem comum e a dignidade humana. Sob esse aspecto, cumpre reconhecer a importância

4. O conceito de populismo punitivo é fornecido por DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Montevieo-Buenos Aires: IBDEF, 2007. p. 80-81. Na lente do autor, constitui-se como um proceder da classe política que, valendo-se do alarme social e medo provocado pelo crime, canalizam tais demandas populares, sem a devida mediação democrática e debate criminológico, para o direito penal, como forma de angariar ganhos eleitorais e a fidelidade do eleitor.

5. O conceito do *status* negativo da liberdade é dado por Alexy (2002). Na lente do referido autor, p. 251, que parte da classificação dos direitos fundamentais de Jellinek e sua divisão em positivo e negativo, o *status* negativo da liberdade, que não se confunde com a submissão do indivíduo à ordem estatal, o *status* negativo preserva as posições livres das pessoas. Afirma, portanto, os espaços de liberdade geral de ação, isto é, os direitos fundamentais de não intervenção, ou ações negativas em face do Estado. Em apertada síntese, a liberdade negativa responde à esfera individual da liberdade, espaço em que o homem é livre para realizar seus fins e desejos. Para uma concepção abrangente do denominado direito geral de liberdade, importa a leitura de Alexy, na mesma obra, p. 331 e ss.

6. A dogmática penal, no pensamento de Roxin, que se compartilha, traduz-se em uma rede de conceitos e dogmas que auxiliam o intérprete a conhecer o sentido dos preceitos legais, com o objetivo de orientar o processo de compreensão e interpretação do direito. Conforme ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000. p. 78-80.

da figura de Roxin[7], o penalista que reivindica que a política criminal deve ser encarada como objeto da ciência penal[8], de modo que os problemas político-criminais integram o conteúdo da teoria geral do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), consolidando o pensamento sistemático ou do sincretismo metodológico, que supera o estrito positivismo jurídico ou a pura esfera axiológica. Assim, a dogmática penal abandona o irracionalismo da Escola de Kiel e seu apego ao direito positivo e aos dogmas formais. O sistema penal passa a ser informado pelo signo teleológico, assumindo uma orientação pelas consequências, estimando que o fim (ou função) do direito penal é a proteção de interesses valiosos ou bens jurídicos fundamentais da sociedade, política essa limitada pelos valores e princípios constitucionais, marcos da convivência humana (YACOBUCCI, 2002, p. 412-413). Há uma estreita vinculação entre a Constituição e o direito penal, porque é ela que define e escolhe os valores e os fins da política estatal e do ordenamento jurídico, que regula a convivência social, democrática e pluralista (CARBONELL MATEU, 1999, p. 83-85).

Em resumo, considerando-se a política criminal, o campo em que são tomadas as decisões gerais sobre a vida em sociedade e programado os fins do sistema penal, entende-se que ela deve ser assentada em princípios penais e, pois, na Constituição. Assim, os princípios fundamentais da política criminal (sociabilidade/segurança, legalidade e dignidade da pessoa humana) são representativos dos valores e fins da vida social, o horizonte comunitário, na feliz expressão de Yacobucci (YACOBUCCI, 2002, p. 78-80). Logo, a vida sociopolítica e a política criminal estatal – implementadas em grande parte pelo legislador e judiciário – são guiadas pelos princípios e pela Constituição: é o limite negativo não permitindo que a restrição a direitos fundamentais vá além do necessário à convivência humana (marco de contenção). Sob o aspecto positivo, assegura a existência das condições necessárias para o livre desenvolvimento da existência humana (YACOBUCCI, 2002, p. 380-381). Portanto, o teste de proporcionalidade[9],

7. Na lição de Dias (2004, p. 30-31), há uma "penetração axiológica" no problema jurídico-formal, que impele a dogmática jurídica de apelar às finalidades valorativas e ordenadoras de política criminal de forma imanente. Transforma-se o labor da dogmática jurídico-penal, porque o jurista deixa de ser um simples "fazedor" de silogismos, passando a buscar, dentro do sistema jurídico, decisões justas.

8. A ciência penal é um modelo integrado, na qual se integram os conhecimentos normativos, criminológicos e político-criminais que tenham como fim combater a criminalidade. É o sistema global de análise da criminalidade. Consultar BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal*: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 22-23.

9. A proporcionalidade, na linguagem dos juristas brasileiros, está consagrada como "princípio". Entretanto, há entendimento que a concebe como "postulado interpretativo"(ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019). Também existe posicionamento doutrinário que a define como regra, o caso do pensamento de AFONSO DA SILVA, Virgílio. *Direitos Fundamentais*: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56-64. Todavia, para efeitos do presente estudo,

como princípio fundante e regulador da política penal do Estado, atua sob as instâncias de configuração do controle formal (legislativa e jurisdicional), harmonizando as exigências preventivas e punitivas da sociedade com as liberdades individuais, na busca da segurança social. Com uma advertência: a política não pode violar a dignidade da pessoa humana para promoção de interesses do Estado e/ou comunidade (YACOBUCCI, 2006, p. 85-102).

Ressalta-se que a citada barreira ou limite negativo imposto ao legislador é relevante, na medida em que, sob a dialética da sociedade do risco (PRITTWITZ, 2000, p. 427-446), sempre há o risco e a tentação de se efetivar um programa criminal irracional (YACOBUCCI, 2006, p. 90). Revela emblemático que na "modernidade penal", na ponderação entre liberdade *versus* segurança, concede-se primazia à segurança em detrimento aos direitos fundamentais. Há pois uma aposta muito otimista no rendimento funcional do bem jurídico para debelar todos os riscos e males sociais, que conduz o controle penal a uma situação insustentável, na correta leitura da Escola de Frankfurt (ROMEU CASABONA, 2000). O cenário atual é de fragilização dos direitos fundamentais e da proporcionalidade (ALBRECHT, 2010, p. 186). Com efeito, se nos primórdios a liberdade era um direito inquestionável, na aventura securitária da tardia modernidade penal (expressão de SCHEERER, 2002, p. 11), a liberdade restou relativizada em prol da segurança e fins sociais, levando-se ao extremo o "Programa de Malburgo" de Fran von Liszt. Em consequência, o direito penal moderno passou a ser utilizado como um poderoso instrumento político do Estado (SCHEERER, 2002, p. 12-13): um controle hipertrofiado, instrumento político que não conhece limites e contorna princípios, caminhando como um cordeiro da política, uma tecnologia de ameaça ao cidadão (SCHEERER, 2002, p. 14).

Esse é o desafio que se impele ao teste da proporcionalidade ou de razoabilidade[10], qual seja: aparelhar-se como racionalidade política-criminal apta a resguardar as liberdades fundamentais, estabelecendo que a intervenção penal seja idônea, indispensável e proporcional, assegurando a segurança dos cidadãos, mas, sobretudo, o conteúdo essencial dos direitos dos envolvidos. Detém, portanto, a importância política de concretar um modelo ético, político e jurídico da vida comunitária, regrando a presença e intervenção do controle penal na vida do cidadão (YACOBUCCI, 2006, p. 333-334). Ora, na medida em que qualquer afetação a direitos fundamentais não pode ser excessiva e/ou deficiente,

trabalha-se a proporcionalidade de forma autônoma, desvinculada do conceito restrito de norma, concebendo-a como um teste de controle constitucional de restrições operadas em sede de direitos fundamentais. Nesse sentido, ver SIECKMANN, JAN-R. *El modelo de los princípios del derecho*. Colômbia: Universidad Externado, 2006. p. 115 e ss.

10. O termo razoabilidade é utilizado pelo direito anglo-saxão, vinculando-se com as ideias de adequação, aceitabilidade e indoneidade. Vincula-se, pois, com a equidade e justiça. Tal orientação foi estabelecida no *case Associated Provincial PIcture Houses v. Wednesbury Corporation* (1947). Entretanto, no presente trabalho, considerando-se que a razoabilidade está inserida na proporcionalidade, confere-se preferência a esta terminologia, conforme Yacibucci (2002, p. 334).

as intromissões devem atender às seguintes condições: a) a necessidade da intervenção, porque a restrição a um direito deve ser indispensável para se alcançar um fim; b) a idoneidade da intervenção para atingir o objetivo; e c) uma proporcionalidade em sentido estrito entre a lesão de direitos, que provoca a intervenção estatal, e o benefício social que com ela se consegue (MIR PUIG, 2006, p. 339; QUEIROZ, 2016, p. 83-86). Entretanto, em que pese a importância teórica do teste de proporcionalidade, não se desconhece que seu rendimento – no cenário atual – não é significativo, como sinala Lagodny, que leciona no sentido de que boa parte das argumentações jurídico-penais não leva em consideração a dogmática dos direitos fundamentais (LAGODNY, 2007). Resulta discutível se os direitos fundamentais podem limitar adequadamente o legislador penal e estabelecer barreiras de inconstitucionalidade? Existem outros instrumentos legais? Por que o princípio do bem jurídico não pode cumprir tal função? Correto, pois o diagnóstico de Lagody, uma vez que a jurisprudência pátria (alemã no caso) raramente segue os seguintes passos previstos pelo teste da proporcionalidade, a saber: 1) o âmbito de proteção e a restrição a direito fundamental; 2) a busca de finalidade legítima; 3) idoneidade; 4) necessidade; e 5) a proporcionalidade em sentido estrito. Some-se a isso a ampla margem de ponderação conferida ao legislador, daí o motivo pelo qual sobrem poucas questões que possam ser reputadas como inconstitucionais (LAGODNY, 2007, p. 130-131). Entretanto, mesmo com esse diagnóstico pessimista, Lagodny aponta que o caminho a ser seguido é aquele que reconhece que a dogmática constitucional é fundamental ao direito penal. Em outros termos, a Constituição, pela via da ponderação e argumentação, pode enriquecer o potencial crítico da dogmática penal (LAGODNY, 2007, p. 134-135; MIR PUIG, 2006, p. 340).

Para cumprir o propósito deste trabalho, o teste da proporcionalidade será incorporado "no" direito penal, a fim de se dar maior densidade normativa aos princípios penais basilares, incorporando-os na dogmática dos direitos fundamentais, fundamentos para a consolidação de um controle penal respeitoso ao sistema de garantias constitucionais de todos (SILVA SÁNCHEZ, 2010, p. 413-414), delinquentes ou não (HIRSCH, 1979, p. 02-03). Assim, para dar conta de tal problemática, o estudo – num primeiro momento – trabalha com o teste da proporcionalidade (i). Nesse setor, serão traçados os contornos atuais do teste de proporcionalidade como metodologia para controlar as intervenções/restrições em direitos fundamentais, adotando-se, como teoria de base, a formulação teórica de Robert Alexy. Em um segundo momento (ii), o estudo se volta à questão da possível aplicação da proporcionalidade "no" controle penal, aproximando a política criminal estatal dos princípios (constitucionais) do direito penal. Aqui se encontra o problema: o teste da proporcionalidade possui relevância no sistema penal direito penal? Sua aplicação tem relevância normativa? A resposta a tais interrogações será apresentada na conclusão (iii).

Trata-se de investigação assentada em pesquisa bibliográfica comparativa, desenvolvida com base em método empírico-dedutivo.

2. O teste da proporcionalidade como princípio operativo do direito penal: uma leitura a partir da teoria principialista de Alexy

Quando se argumenta com base em princípios, pretende-se aproximar a realidade social ao sistema jurídico, traduzindo-se os conflitos sociais para o sistema normativo. Ora, princípios são padrões de racionalidade, devidamente recepcionados pela dogmática jurídica, auxiliando na busca da verdade e/ou racionalidade[11] das decisões políticas ou normativas, com relação a determinados estados de coisas ou fins perseguidos. São os princípios que permitem que a realidade que cerca o homem se torne inteligível, porque o sentido normativo conferido a eles permite a realização do justo, enfim, a correção da justiça (YACOBUCCI, 2002, p. 66-85). Sob essa perspectiva, o teste da proporcionalidade[12] ou princípio "derivado" de proporcionalidade, na dicção de Yacobucci (2006, p. 333)[13], possui uma enorme importância política, porque permite um confluência entre as exigências protetivas da comunidade com os interesses individuais limitados. Trata-se de um critério normativo de valoração da presença e ingerência do direito de punir na sociedade, a partir da orientação teleológica dos princípios materiais de política criminal (segurança, dignidade da pessoa humana e legalidade) (YACOBUCCI, 2006, p. 334). Dessa maneira, é um princípio basilar do direito penal, fornecendo a necessária limitação da potestade punitiva estatal, preservando – assim – as margens da liberdade de ação (ANDRADE, 2004, p. 56). Como princípio mediador do sistema penal, limita os processos de criminalização, mormente pela estrita ligação com os princípios constitucionais do sistema penal, tais como o princípio da subsidiariedade ou da última ratio e o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Em suma, o *mediating principle* da proporcionalidade pondera os custos humanos impostos pelos interesses da vida social[14], vedando o excesso de intromissão ou proteção insuficiente em sede de direitos fundamentais (COBO DEL ROSAL; VIVES ANTÓN, 1999, p. 81-82). Os seus componentes do fim lícito, a necessidade, a adequação e a proporcionalidade em sentido estrito estabelecem o

11. A racionalidade é tomada no sentido de razoabilidade, isto é, como coerência, justificação objetiva, aceitabilidade ou consenso. Ver ATIENZA, Manuel. Para uma razonable definición de "razonable". *Alicante*: Doxa n. 04, p. 189-200, 1987.

12. No Brasil, como já observado no início do artigo, de forma preponderante, trabalha-se com a ideia de princípio e, minoritariamente, como postulado interpretativo (na lição de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019). Já para Alexy, e seu destacado seguidor Virgílio A. da Silva, a proporcionalidade é uma regra. Consultar, do autor: *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Ed. RT, 2002. No estudo, prefere-se o termo "teste" de proporcionalidade, concebendo-o como uma técnica autônoma de controle de constitucionalidade das restrições operadas em sede de direitos fundamentais.

13. O autor define a proporcionalidade como um princípio derivado, aludindo que ela é uma decorrência dos princípios do bem comum e da dignidade da pessoa humana, ou seja, dos princípios basilares da política criminal.

14. O conceito de *mediating principle* é apresentado por Hirsch, Seelmann e Woblers (2012, p. 55-61).

justo e o razoável na restrição a direitos fundamentais (HASSEMER, 2012, p. 193-200; QUEIROZ, 2016, p. 83-84).

Inegavelmente, o teste da proporcionalidade, na sua dupla função de controlar o excesso e a defesa insuficiente a posições jurídicas fundamentais (NEUMANN, 2012, p. 201), se apresenta como "princípio" débil, na lição de Neumann (ZAGREBELSKI, 2007; GARCIA FIGUEROA, 2009, p. 103), na medida em que a sua aplicação reclama o cotejo de uma pluralidade de valorações que não podem ser determinadas de antemão pelo próprio princípio. Tal debilidade ou *ductibilidade* repousa no fato de que não é possível, fora de uma hipótese concreta, precisar as condições de sua aplicação, não importando perda de seu potencial crítico e argumentativo (NEUMANN, 2012, p. 204). Em definitiva, a proporcionalidade, como estrutura argumentativa, permite a razoável interpretação do que os direitos fundamentais ordenam, proíbe ou permitem ao legislador e ao julgador. Busca-se, em hipóteses de colisão entre princípios constitucionais, conferir a maior objetividade possível ao operador jurídico (BORNHOLD, 2005, p. 106). Por isso, a proporcionalidade evoca uma relação adequada, razoável, ou materialmente justa, recurso que se reputa fundamental a uma aplicação de bens constitucionalmente promovidos ou exigidos (SÁNCHEZ GIL, 2008, p. 225). Afinal, também no âmbito da intervenção penal deve haver uma relação de correspondência entre o mal causado pelo crime e o mal que se impõe pela pena (REALE JÚNIOR, 2009, p. 29).

O teste de proporcionalidade, amplamente difundido (JACKSON; TUNHNET, 2017; HUSCROFT; MILLER; WEBWER, 2015; BARAK, 2012) e acolhido pelos tribunais constitucionais dos mais diversos Estados constitucionais democráticos (KOMMERS; MILLER, 2012; SCHWABE, 2012), na sua formulação clássica, deve-se a Alexy (2002, p. 81), cuja teoria, embora não seja universal, provocou intensos debates entre diversas tradições culturais, inclusive no mundo anglo-saxão (RIVES; KUMM, ano apud SIECKMANN, 2011, p. 261-272, 273-296), é integrado pelos subprincípios do fim lícito, da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O fim lícito é aquele permitido pela Constituição. Na idoneidade/adequação, o teste analisa se a medida adotada pelo legislador ou julgador é idônea às finalidades noticiadas; a medida precisa demonstrar que é apta para a consecução da finalidade perseguida. Sob o aspecto do juízo da necessidade, procede-se a uma comparação entre a medida adotada e a existência de outros meios alternativos menos lesivos a direitos fundamentais. Assim, a medida imposta somente será valorada como legítima caso não haja outra possibilidade menos invasiva a direitos. No âmbito da proporcionalidade em sentido estrito, estabelece-se – qualitativamente – que o benefício que se obtém com a restrição de direito deve ser superior ao prejuízo causado a direito fundamental concorrente (SÁNCHEZ GIL, 2008, p. 226; GAVIÃO FILHO, 2010, p. 273). Logo, a proporcionalidade lida com a ponderação entre valores ou princípios, sendo uma decorrência da concepção "principialista" do direito sustentada por Alexy e seus seguidores (SIECKMANN, 2011). Em outros termos, para Alexy, a teoria dos princípios implica a proporcionalidade (ALEXY, 2009, p. 65), e essa implica aquela. Dessa maneira, o debate sobre a teoria dos princípios

pode ser reformulado como sendo o debate sobre a proporcionalidade (ALEXY, 2003, p. 92-137).

Com efeito, no pensamento do jurista e filósofo alemão, as constituições democráticas possuem duas classes de normas: as que constituem e organizam os poderes e o Estado, denominadas normas de organização, e as que limitam o poder estatal, os direitos fundamentais. No que concerne às normas de direitos fundamentais – ensina Alexy –, há duas construções essenciais sobre os direitos fundamentais: a estreita e a ampla. A primeira, a construção de regras; a segunda, a construção de princípios. Para aquela, as normas que definem os direitos fundamentais não se diferenciam das demais normas do ordenamento jurídico, sendo, por isso, aplicáveis da mesma maneira que as demais normas jurídicas. A questão é resolvida pela suficiência das próprias regras, via metodologia da subsunção; sob esse aspecto, protegem-se determinadas posições jurídicas. Já a construção de princípios sustenta que as disposições sobre os direitos fundamentais não se esgotam em demarcar determinadas posições jurídicas (direitos subjetivos), senão que constituem uma ordem objetiva de valores ou princípios deontológicos (concepção objetiva), que se projetam em todo o ordenamento jurídico (o efeito, no solo alemão do famoso caso *Lüth*, de 1958) (ALEXY, 2011, p. 120-135; PIEROTH; SCHLINK, 2019, p. 71). Sob a orientação objetiva, os direitos fundamentais não se limitam às relações do cidadão *versus* Estado (vocação defensiva): eles incidem também nas relações entre particulares, naquilo que se convencionou como eficácia horizontal ou efeito irradiante (ALEXY, 2010, p. 106-116; CANARIS, 2016, p. 28).

Observa-se que o debate sobre a proporcionalidade brota da discussão sobre a distinção entre regras e princípios, discussão essa iniciada na Alemanha nos anos 1950, graças a Josef Esser (VALE, 2012, p. 42), e que ganhou destaque internacional com a intervenção de Ronald Dworkin e seu conhecido artigo "The model of Rules" (ALEXY, 2003, p. 93). Considerando-se que não é objeto do presente artigo dar conta das dificuldades teóricas para distinguir princípios de regras (ou leis), assume-se – por conveniência – a tese de Alexy, expressada no sentido de que tanto as regras como os princípios são normas, porque ambas dizem sobre o dever ser, valendo como expressões deônticas de permissão ou proibição. Dessa forma, os princípios e as regras são razões para juízos concretos de dever-ser: dentro de uma distinção normativa, toda norma é uma regra ou é um princípio (YACOBUCCI, 2002, p. 103). Efetivamente, a distinção entre regras e princípios já foi investigada por vários autores, entre eles Dworkin (2010, p. 23) (representativo do mundo anglo-saxão) e Alexy, com sua experiência do direito alemão (ÁVILA, 2019, p. 55). Com base nas formulações alexyanas, tem-se que princípios são mandamentos de otimização ou razões *prima facie,* que determinam que algo seja realizado na melhor medida possível, atentando-se às possibilidades jurídicas e fáticas (ALEXY, 2010, p. 153; ALEXY, 2007, p. 64; ALEXY; BAEZ; SILVA, 2015, p. 13-38). Dessa forma, devem ser cumpridos na melhor forma possível, em diversos graus, podendo, por isso, haver colisão entre princípios, ou entre esses e as regras, conflito esse que deve ser solucionado pela metódica da ponderação (ALEXY, 2008, p. 13-42). As regras – ao contrário – são

mandamentos definitivos, uma vez que prescrevem definitivamente o âmbito de sua incidência. Elas se aplicam, ou não (tudo ou nada), pelo método da subsunção, em determinado caso (DWORKIN, 1999, 2007, 2013)[15]. A solução do conflito entre regras passa ou pela declaração de invalidade de uma regra oposta, ou pela introdução de uma cláusula de exceção, criando-se uma hipótese de não aplicação da regra (ALEXY, 2002, p. 82-84). Por isso, os conflitos entre regras se deslocam para o âmbito da validade. O diverso sucede quando existe colisão princípios, porque um deles deve ceder em atendimento ao grau de importância ou a sua *dimensão de peso*, sem que, entretanto, se declare inválido o princípio preterido.

Dessa maneira, o campo da colisão entre princípios reclama a intervenção da denominada lei da colisão ou da ponderação dos interesses opostos (ALEXY, 2002, p. 89-90). Por tal motivo, enfatiza-se a estreita conexão entre a teoria principialista do direito, o teste de proporcionalidade e seus subprincípios ou máximas da adequação, da necessidade e a proporcionalidade em sentido. Com efeito, enquanto em sede dos juízos de adequação e necessidade, valoram-se as possibilidades fáticas; no juízo da proporcionalidade em sentido estrito, analisam-se as possibilidades jurídicas (ALEXY, 2010, p. 111). Sob esse particular, correto o pensamento de Bernal Pulido, quando afirma que o teste de proporcionalidade idealizado por Alexy pode ser utilizado, de forma determinante, para dar roupagem constitucional às intervenções estatais em sede de direitos fundamentais (BARROS, 2000, p. 69), cotejando a legitimidade de tais intervenções. A proporcionalidade atua como o *limite dos limites*, que se pode impor a direitos fundamentais (BERNAL PULIDO, 2003, 2013). Por isso, quando se trata de otimizar as possibilidades jurídicas, é preciso observar a fórmula de peso ou a lei da ponderação alexyana, a qual estabelece que, *quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro* (ALEXY, 2002, p. 161). Importa – pois – que se demarque: a) o grau de incumprimento de um princípio; b) o grau de satisfação do princípio contraposto; e c) a importância da satisfação do princípio contraposto, justificadora que dever ser da não satisfação do outro (ALEXY, 2010, p. 112). Dessa forma,

15. Com efeito, Dworkin, e sua concepção hermenêutica do direito como integridade, defende que as regras, espécies de norma tal como os princípios, são aplicadas na forma *do tudo ou nada*, o que significa dizer que, frente a casos considerados em uma norma-regra, as únicas opções possíveis são a validez ou não para o caso. Pelo contrário, quando a hipótese cuida de princípios morais, há colisão (e não invalidez), que deve ser solucionada pela fórmula do peso, dando-se atenção ao princípio prevalente. Assim, pode-se dizer que Dworkin compartilha de algumas teses alexyanas, especialmente o pensamento central no sentido de que regras e princípios são espécies de normas; admitindo – portanto – a colisão entre princípios, a ser solucionada pela fórmula de peso. A diferença entre os autores repousa na metodologia, porque Dworkin sugere a possibilidade de o juiz (metáfora do Hércules), pela interpretação, encontrar uma única resposta correta para o caso. Não é partidário da teoria da argumentação jurídica, tampouco sufraga da ideia da ponderação. Pensa Dworkin que o juiz, assentado em uma determinada tradição jurídica e pelos seus pré-conceitos, aliada ao pleno conhecimento que deve ter acerca da história da jurisprudência dos tribunais, possa encontrar a resposta correta para a colisão entre princípios.

a fórmula de peso regra o processo argumentativo na busca de uma resposta justificada à colisão de princípios colidentes (ALEXY, 2008, p. 13-44; BORNHOLDT, 2005, 160).

Abreviando-se – com Canotilho – pode-se concluir que, no âmbito do conceito de norma, há uma distinção entre regras e princípios, distinção esta operacionalizada a partir de diversos critérios, tais como: o grau de abstração, o grau de determinação, o caráter de fundamentalidade, com a proximidade da ideia de justiça, natureza normogenética dos princípios enquanto fundamento das normas. No entanto, o autor centrou na diferença qualitativa entre regras e princípios idealizada por Alexy. Esta versão defende que princípios são exigências de otimização, sujeitos – assim – ao balanceamento de valores e interesses (ou melhor, princípios morais), que não ponderados conforme o seu peso em determinada situação concreta, porque colidem. Este espaço não pertence às regras, que são mandamentos definitivos, aplicando-se ou não a uma determinada situação, uma vez que o legislador já procedeu às devidas ponderações: as regras antinômicas excluem. Ora, a existência de regras e princípios permite – na lição do mestre português – a decodificação de um constitucionalismo adequado, isto é, a compreensão da Constituição como um sistema aberto entre princípios e regras (CANOTILHO, 2002, p. 1146). Essa perspectiva teórica e jurídica de um sistema constitucional principialista, além de apresentar suportes rigorosos para a solução de casos metodológicos de colisão de direitos fundamentais, o ponto cego do positivismo jurídico, permite ao sistema constitucional respirar, enraizar e caminhar pelo próprio sistema (CANOTILHO, 2002, p. 1149). Por tais considerações, o teste de proporcionalidade, ainda na lição do mestre português, aparelha-se como método de controle das limitações operacionalizadas em direitos fundamentais, velando pela aplicação do princípio da igualdade e, sobretudo, vedando o excesso (CANOTILHO, 2002, p. 1281). Com tais considerações, o passo seguinte é questionar sobre os ganhos de sua aplicação no direito penal.

3. A proporcionalidade no sistema penal: ou os direitos fundamentais e os princípios penais como limites à política criminal estatal

O teste da proporcionalidade opera dentro do sistema penal, como já destacado no presente trabalho, ponderando entre as exigências do bem comum e a preservação dos âmbitos da autonomia e desenvolvimento individual das pessoas. Ou seja, avalia se a decisão política ou jurisdicional restritiva de direitos em matéria penal se encontra justificada constitucionalmente, seja pela importância do bem perseguido, seja pela moderação ou razoabilidade dos meios eleitos para a busca dos fins, coordenando direitos individuais com o fim público (YACOBUCCI, 2002, p. 338-339). Em outros termos, a proporcionalidade assume o desafio de compatibilizar as colisões entre os princípios basilares ou materiais da política criminal (sociabilidade, legalidade/liberdade e dignidade da pessoa humana) com o direito penal, franqueando uma ligação com os princípios do direito penal. Somente com tal interpenetração que se afigura possível conferir

maior densidade normativa à proporcionalidade; permitindo-se que a práxis da política criminal adquira uma orientação normativa e racional, devidamente regida pelos princípios constitucionais do sistema penal. Configura-se, assim, a Constituição Penal, isto é, a constitucionalização do direito penal, que significa que o legislador se encontra vinculado, no momento de editar normas penais, aos princípios basilares do sistema penal e, sobretudo, ao rígido sistema das garantias dos direitos fundamentais. Logo, a racionalidade das leis penais e sua constitucionalidade vinculam-se a tal orientação principiológica, a forma factível de formular e de criticar as deliberações políticas em âmbito criminal (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 30-31). Em suma: a política criminal em um Estado de Direito deve aspirar ser regida por princípios, que se constituem em limite ao exercício do poder; ao mesmo tempo, a garantia dos direitos de liberdade, que se dá pelo direito (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 32). Assim, a proporcionalidade tem uma aplicação decisiva no Direito Penal (FELDENS, 2008; GOMES, 2003), já que as intervenções penais sempre representam uma violenta intervenção em direitos fundamentais da pessoa (BARROSO, 2018, p. 224-226).

Partindo-se da premissa de que a segurança da vida social é fator determinante da política criminal e, pois, das tipificações penais, tem-se que o dever de proteção que dela decorre bifurca-se em duas direções, a saber: a) proibindo punições excessivas; e b) punições ineficientes ou inexistentes (infraproteção). A proteção não pode ir além do necessário, punindo sem necessidade ou condutas de escassa gravidade; tampouco pode ser insuficiente, castigando, por exemplo, com penas irrisórias crimes graves, enfim, deixando de proteger determinado bem jurídico (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 134-135). Dessa forma, a lei penal – instrumento do qual se vale o Estado para proteger determinadas posições jurídicas – pode, em igual medida, vulnerar direitos fundamentais com uma intervenção excessiva (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 134-138) ou por uma proteção insuficiente (FELDENS, 2008, p. 90; SARLET, 2004; STRECK, 2004). Sob esse aspecto, embora não seja objetivo do presente trabalho dar conta das vertentes da proporcionalidade, cunhadas no Brasil como "dupla face", entende-se que uma nota deve ser dita sobre a vedação de defesa deficiente[16], que se relaciona com o também controverso dever legislativo de incriminação. Sabe-se que tal controvérsia mereceu atenção de juristas brasileiros (SARLET, 2010, p. 143-167), que defendem que ela – a proibição de defesa insuficiente em matéria penal – advém dos deveres de proteção do Estado Social (GRECO, 2006, p. 401-426). Defende-se, de forma acertada, que tal vedação se desenvolveu a partir dos contributos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais prestacionais (ALEXY, 2002, p. 419)[17], convertendo-se em direito subjetivo. Daí decorre – portanto – o dever

16. Faceta que não será aprofundada no presente estudo, pois para tal mister seria necessário outro trabalho de fôlego.

17. Alexy (2002) denomina de *direitos a ações positivas do Estado*, para diferenciá-los dos denominados *direitos a ações negativas do Estado* (direitos de defesa em face do Estado, destinados a garantir a liberdade do indivíduo contra as intervenções do poder público), que podem abarcar

estatal de editar leis penais para a proteção de bens jurídicos fundamentais, dever esse que – inclusive – limita constitucionalmente a ampla discricionariedade do legislador que impera em tal âmbito. Cumpre à política criminal do estado de proteger os cidadãos das agressões provenientes da própria entidade estatal ou de terceiros, obedecendo ao que se convencionou como eficácia horizontal dos direitos fundamentais em face de terceiros (ALEXY, 2002, p. 419), o fundamento constitucional dos deveres de proteção do Estado (BERNAL PULIDO, 2013, p. 120-121). Em suma, a proibição de proteção deficiente é a segunda variável do princípio da proporcionalidade no exercício de controle da legislação penal e dos provimentos jurisdicionais (BERNAL PULIDO, 2013, p. 133-134), incumbindo ao Estado e às suas políticas de segurança defender o cidadão também das agressões praticadas por particulares (CANARIS, 2016, p. 52).

Cuida-se de tema espinhoso na medida em que a posição contrária – a que nega a existência de autênticos mandatos expressos de criminalização – parece ser mais acertada, porque há, verdadeiramente, uma contradição em termos com a função de inclusão social dos direitos fundamentais. Para Staechelin, defensor de tal posicionamento, a proibição da defesa deficiente em matéria penal, que se remonta à polêmica decisão do BverfGE alemão na discussão sobre a criminalização ou descriminalização do aborto, oportunidade em que se reconheceu que o Estado se encontra obrigado a perseguir determinados valores fundamentais pelo direito penal, é controversa. No pensamento do autor, a Constituição não contém verdadeiros mandatos de criminalização, porque tal afirmação não se revela compatível com um direito penal liberal, defensor da liberdade e autonomia individual. Na lente do autor, é o princípio do bem jurídico e a maior ou menor gravidade da ofensa, devidamente ponderado pelo legislador, que deve demarcar as margens de segurança e de proteção que a sociedade necessita (STAECHELIN, 2000, p. 290-304; GONÇALVES, 2007). No mesmo sentido, posiciona-se Albrech (2010, p. 152), que – com razão – destaca que a liberdade é um programa exigente, muito embora seja depreciada na atualidade, tempo informado por um terror indomado (após o evento trágico de 11 de setembro de 2001, nos EUA). A partir de então, na lente do autor, a liberdade foi capturada pela segurança, fato que trouxe graves ameaçadas aos sistemas de direitos fundamentais. Nas palavras do jurista alemão, preservar a ideia de liberdade e não sacrificá-la ao soberano administrador da segurança consiste na verdadeira promessa do pacto social. Segundo ele, a liberdade não deveria ser subvertida por considerações de segurança (ALBRECH, 2010, p. 159). Em síntese, para Albrecht, resulta falsa a ideia de que existe um dever de ação estatal de criminalizar como mandamento do contrato social, negando a existência do direito fundamental à segurança, porque o dever de ação estatal para o bem da liberdade do ser humano somente pode ser compreendido como uma reclamável segurança em todos os direitos fundamentais. Afinal, o Estado deve estar a favor da liberdade e não contra ela (ALBRECH, 2010, p. 165). Por mais que se admita um controle

até a necessidade de se proteger o cidadão das agressões perpetradas por terceiros, inclusive por normas de direito penal (ver, nesse particular, ibid., p. 427).

de constitucionalidade nesse sentido, entende-se, amparado na lição de Palazzo (1989, p. 114-115), somente poderia ser exercido, de forma excepcional, nas hipóteses de absoluta irrazoabilidade da norma, ou seja, quando privada de qualquer justificação racional, porque sempre há o perigo de defraudar, sensivelmente, o legislador de seu poder, além de violar o princípio fundamental do direito penal liberal: a liberdade.

Retomando-se ao tema da estreita vinculação entre os princípios materiais da política criminal e a proporcionalidade, pensa-se que o primeiro teste de proporcionalidade (a busca de um legítimo, isto é, que não seja contrário a Constituição) é informado, primordialmente, pelo princípio da legalidade, pois somente após a edição de uma lei emanada poder legislativo, criminalizando determinando comportamento, que se revela possível proceder-se a uma valoração constitucional acerca dos motivos ou razões determinantes à intromissão no âmbito da liberdade das pessoas. Não é sem motivo o fato de o princípio da legalidade ser uma decorrência da noção de bem comum ou da sociabilidade, isto é, das necessidades sociais de uma convivência pacífica e segura, que são as condições fáticas ao desenvolvimento da liberdade das pessoas, ou seja, a busca da ordem, da tranquilidade e segurança social, os fins do pacto social. Dessa maneira, se ao direito penal compete, assumindo orientações preventivas gerais e especiais, exercer o controle formal sobre a violência informal, a legitimidade de sua atuação reclama que os fins se submetam ao manto da lei. De dizer, os fins da segurança e da paz devem ser funcionalizados nos limites da lei e não pela pura força (ou razão do Estado), mormente porque a liberdade, em tempos modernos, assume uma conotação jurídica (YACOBUCCI, 2002, p. 175-179). Em síntese, a convivência social e a vida política são conformadas por normas jurídicas; as pessoas, além de possuírem uma existência social, possuem uma essência jurídica, necessitando de justiça nas suas relações (YACOBUCCI, 2002, p. 186-187). Assim, o controle penal encontra seu limite na legalidade; essa, por seu turno, deve ser vista no seu duplo sentido: a legalidade formal e a legalidade material. Isso significa dizer que o império da lei, a base filosófica do Estado de Direito, não se contenta com a simples edição de uma lei advinda do legislador, porque não se acredita na suficiência da entidade da lei, aspecto caro ao formalismo jurídico e a escola positivista do direito. Ao contrário, a lei e sua correta interpretação pedem obediência para além do enunciado normativo: a Constituição e declarações internacionais de direitos humanos (legalidade material). Portanto, com Yacobucci, pode-se afirmar que a legalidade é um "princípio material" ou "configurador" do sistema penal, na medida em que abarca outros princípios herdados do direito penal da Ilustração (YACOBUCCI, 2002, p. 229-231; SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 73-74)[18].

18. Para Sánchez-Ostiz (2012), a legalidade é definida como subprincípio, na medida em que aglutina, de forma sistemática, várias regras.

Sob os influxos da legalidade, o marco do estado liberal herdado da Ilustração, principalmente pelo pensamento de Beccaria (2005, p. 44-45)[19] e Feuerbach (2010, p. 67), há submissão de todos os poderes públicos ao governo da lei, observando-se a formulação clássica de Feuerbach, expressada no conhecido brocardo latino *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*. Dita garantia de legalidade em matéria penal condiciona o exercício do direito de punir do Estado à reserva constitucional da existência de uma lei penal (LOPEZ AGUILAR, 1991). Sob esse aspecto, possui uma dupla fundamentação: a) de caráter político, como expressão da liberdade e do Estado de direito (da qual deriva a exigência formal da lei e a segurança jurídica); b) de natureza penal, demarcando a essência ou função da normal penal. Essa garantia de legalidade atende ao pensamento ilustrado e ao princípio político da separação de poderes; somente o legislador é legitimado, com base na sua representação direta da sociedade (detentor da vontade geral), a decidir sobre a limitação da liberdade individual e impor penas. Trata-se de uma garantia do Estado de direito e, como fundamento de política criminal, a legalidade reclama que alguém possa ser punido por crime se houver uma lei prévia criminalizando a conduta (ARROYO ZAPATERO, 1983). Em síntese, do princípio da legalidade em matéria penal, com fundamento na divisão de poderes e na democracia representativa, advém as seguintes garantias ou limitações dirigidas ao legislador e ao judiciário, prescrevendo: 1) somente a lei é a instância normativa legitimada para criminalizar condutas e estabelecer sanção (reserva da lei); 2) a lei deve descrever exaustivamente a conduta proibida, porque é vedado o emprego da analogia ou interpretação extensiva de tipos penais incriminadores em prejuízo do réu; 3) proibição de se conferir efeitos retrativos a tipos penais desfavoráveis ao réu; e 4) proibição do "bis in idem", ou dupla punição pelo mesmo fato (ARROYO ZAPATERO, 1983; LOPEZ AGUILAR, 1991).

O princípio da legalidade – no Brasil – possui assento no art. 5, inc. II, da Constituição, que dispõe: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei". Assim, de acordo com a Constituição, somente em virtude da lei pode-se impor obrigações aos cidadãos, principalmente com ameaça de sanções penais. Portanto, a legalidade e o consequente império da lei terminam por submeter todo o poder e toda a autoridade à lei soberana (expressão democrática da autonomia dos cidadãos), principalmente no seu sentido formal, ou seja, como a norma produzida pelo parlamento, segundo o trâmite legislativo estabelecido na Carta Magna (o bloco de constitucionalidade das leis) (CANOTILHO, 2013, p. 244-245). No direito penal, o princípio da legalidade foi recepcionado no art. 1º, do CPB, que estabelece: "Não há pena sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal". Cuida-se – efetivamente –, na sempre atual lição de Hungria, antes de ser um critério jurídico-penal, de um princípio político-liberal, na medida em que constitui um anteparo da liberdade individual em face da força expansiva da autoridade do Estado (HUNGRIA; DOTTI, 2014,

19. Nas palavras do autor: "[...] só as leis podem decretar delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador".

p. 05-06). Por isso, conclui Hungria, um direito penal fora ou além das leis é um retrocesso na civilização jurídica, uma contramarcha aos tempos medievais sob o domínio do arbítrio judicial. No lugar da segurança dos textos legais, há abertura de espaço para manifestação dos pré-conceitos, opinião unilaterais e os palpites de cada juiz. No lugar dos prévios "moldes penais" (*lex praevia*), a fonte da jurisprudência, a diversidade de julgamentos, as paixões do momento;

> "[...] os ódios pessoais ou partidários, os caprichos da prepotência, o incubo das paixões do momento, as sentenças inspiradas na covardia ou servilismo em face dos governantes; o que é pior, em face da desorientada opinião pública" (HUNGRIA; DOTTI, 2014, p. 13).

Tomando-se emprestada a crítica de Hungria – muito atual em tempos de um direito penal inflacionado e da presença de tentativas de desacreditar a lei, o que não significa, por óbvio, rechaçar o aspecto hermenêutico e argumentativo do moderno conceito de direito (e apostar no positivismo jurídico e a pureza do método da subsunção (PFERSMANN, 2014, p. 87) –, pode-se destacar a presença de desafios contemporâneos ao império da lei (LAPORTA, 2007, p. 18), notadamente do perigo do arbítrio judicial (FERRAJOLI, 2018, p. 371)[20]. Na quadra atual, informada por uma dose de falta de racionalidade das leis penais em face de uma política criminal orientada somente pela segurança (BÖHHN, 2013, p. 121-153) (ou populismo midiático (VOBKUNLE, 2020, p. 23), apresenta-se um cenário preocupante. No que concerne ao direito penal, os desafios da legalidade brotam da falta de atenção ao mandato de determinação taxativa da lei, mormente em face da proliferação de leis penais em branco e/ou tipos indeterminados, que remetem a outras disposições legais (não raro, administrativas) a completa adequação típica. Logo, ficam dependentes da interpretação judicial. A lei penal deve evitar ambiguidades e a falta de taxatividade, sob pena de não se precisar, de antemão, qual é a conduta punida; importa não esquecer que é vedado ao juiz ampliar, analogicamente, preceitos penais. Por último, mais problemático é o desafio de definir o que significa "reserva da lei penal". Somente a lei ordinária organicamente emitida pelo poder legislativo é fonte de lei[21]? O costume e os tratados internacionais também o são? Embora a resposta razoável seja a de que, em matéria penal – espaço em que estão em jogo direitos fundamentais – somente a lei em sentido estrito pode estabelecer crimes e sanções, a Corte Penal Internacional já reconheceu o valor do costume pelo direito internacional, que representa uma exceção à

20. Quando o autor trata da crise da legalidade e da justiça penal em tempos da também crise do sistema político (o problema da corrupção e as tentativas de criminalização do poder).

21. No entendimento de Arroyo Zapatero (1983), por mais que não se possa defender uma reserva absoluta da lei, pela necessidade, por vezes, de normas integradoras, daí o porquê que sentenças proferidas por tribunais constitucionais tenham valor de lei, sendo consideradas fontes do direito. Entretanto, conclui que a definição de delitos e estabelecimento de penas, em matéria penal, devem ser objeto de lei orgânica.

estrita reserva da lei (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 172; ESER, 2013) [22]. Sob esse aspecto, não menos problemática, na realidade brasileira, a postura ativista adotada pelo STF, externada quando do julgamento da ADO 26 (RIOS; MELLO, 2020). Em dito julgamento, o Supremo Tribunal Federal, além de declarar a mora parlamentar na tipificação penal, a Corte cumpriu seu papel, reconhecendo a omissão legislativa, até porque se reconhece a relevância do debate. Coisa distinta, entretanto, é criminalizar a conduta, atuando como legislador e violando a legalidade, bem como a disposição de que crimes decorrem da lei escrita e não da jurisprudência (DISSENHA; MARTINS, 2020). Entende-se, com o devido respeito merecido pela Corte, que houve um indevido alargamento do conceito de crime de racismo e, no pior, criminalizou a conduta, fragilizando a garantia da legalidade, a essência do Estado de direito (RIOS; MELLO, 2020, p. 331). Um acréscimo, essa imoderação do legislador negativo (o STF) já se detectou quando a Corte equiparou o crime de injúria por preconceito, para fins de reconhecer o caráter imprescritível do delito, ao delito de racismo (VELOSO, 2018).

No âmbito da aplicação do subprincípio da necessidade (ii), sobre o qual se aglutinam ou grupo de regras ou princípios que auxiliam na ponderação entre os princípios materiais da política criminal, destacadamente entre a segurança e seus entrechoques com os direitos fundamentais (legalidade/liberdade), repousa a exigência constitucional da relevância do interesse protegido que chegue a ponto de justificar uma intromissão em sede de direitos fundamentais. O interesse tutelado na norma penal deve ser de vital importância. O controle penal deve proporcionar uma perceptível proteção da sociedade (SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 208-209); portanto, cumpre ao legislador democrático, observando as suas amplas margens valorativas, demonstrar a existência de um bem ou valor com dignidade penal. Ao judiciário, o legislador negativo, repousa, com a devida modéstia, declarar as manifestas inconstitucionalidades, especialmente àquelas que violarem os direitos fundamentais. Abreviando, o recurso ao controle penal se legitima quando se revelar idôneo à tutela de bens jurídicos (GOMES, 2003, p. 126-133). No direito penal, o princípio da necessidade se funda na exigência constitucional de que o interesse objeto da norma tenha relevância para justificar restrição no direito fundamental de liberdade (GOMES, 2003, p. 83). Parte da constatação da vital importância do bem, que não deve ser relegado a outros instrumentos legais que não o controle penal. Há uma avaliação da utilidade da pena à prevenção de crimes, com a prévia determinação de quais interesses deverão ser protegidos. Dessa forma, revela-se indispensável a presença de um interesse merecedor de reprovação penal, porque – na sua ausência – surge uma flagrante inconstitucionalidade no recurso ao controle penal (BECHARA, 2014, p. 194-195). Assim, não passam pelo referido teste meras afirmações ou defesa de valores

22. O tema envolve a complexa questão entre a "justiça de transição" e as medidas legais contra a impunidade e violações internacionais de direitos humanos. Ver Eser (2013, p. 155-173) e McEvoy (2008).

religiosos, morais, éticos, mormente pelo fato de que tais dissensos devem ser tolerados em sociedades plurais e democráticas (ROXIN, 2006, p. 20-21).

Dessa maneira, a medida interventiva somente se legitima caso se comprove a existência de um bem jurídico irrenunciável (KUDLICH, 2018, p. 93); nesse particular, calha o debate mundial travado sobre o futuro do princípio do bem jurídico nas atuais sociedades modernas, informadas pelos riscos e perigos. Debate esse que – inclusive – rendeu obra coletiva cuja organização foi realizada por Hefendehl (2007). Sob esse aspecto, o estudo não aprofundará na discussão sobre o futuro do bem jurídico ou da existência de alternativas ao princípio (NEUMANN, 2015; NEUMANN, 2012, p. 519-532; MARQUES, 2016); tampouco se assumirá qual teoria merece acolhimento (a teoria pessoal/liberal[23] ou a teoria espiritualizada/coletiva?). Apenas se tecem breves comentários sobre a questão. Deixando de lado o posicionamento que pensa que a função do direito penal é manter a identidade normativa da sociedade (ALCÁCER GUIRAO, 2003. p. 54), ou seja, manter a vigência da norma (Jakobs) (ROXIN, 2006, p. 33-36; JAKOBS, 2008, p. 75), bem como o pensamento radical que defende a "morte" do princípio (BURCHARDT, 2013, p. 29-51), entende-se que a ideia de proteção de bens jurídicos como fundamento e limite do direito penal deve ser mantida, parecendo ser impossível renunciar a tal categoria na interpretação dos tipos penais (ROXINS, 2007, p. 443-458). Como refere Schünemann (2007, p. 197-264), o teorema do bem jurídico é o ponto de partida para examinar a legitimidade dos tipos penais, funcionando não somente como estrutura imanente do sistema, como também potencializando uma crítica imanente ao sistema, atuando como um critério de política criminal, uma vez que, com seu impulso liberal, opõe-se a restrições não necessárias das liberdades civis. Por tal funcionalidade, o princípio do bem jurídico é definido pelo citado penalista alemão como "o ponto de fuga" do direito penal, porque ele permite que o intérprete se libere das amarras formais da lei, enriquecendo o processo interpretativo, de forma mais ampla, com o auxílio dos princípios básicos do direito penal, encarnando – enfim – a dimensão constitucional, sem que possa, nas suas palavras, reputar de "calamidade" a declaração de inconstitucionalidade de uma decisão legislativa. Dessa forma, para Schünemann, é com a análise do bem jurídico enquanto elemento estrutural do delito que se revela possível uma exegese global, orientada por diretrizes constitucionais (SCHÜNEMANN, 2007, p. 198-199).

Assumindo-se a concepção de que o bem jurídico é uma base irrenunciável do sistema penal, devidamente complementado pelo "harm priciple" (HIRSCH, 2007, p. 38-52) da

23. Defendida por Hassemer (1999, p. 26), o teórico fundante da teoria pessoal do bem jurídico, que, em apertada síntese, sustenta que o Estado somente tem permissão de punir com ameaça de pena uma ação que viole interesse humano. A teoria pensa o bem jurídico a partir do indivíduo e não da sociedade. Dita teoria é criticada por ser restrita em demasia e não abarcar interesses não humanos (crueldade aso animais, p. e.) ou meros sentimentos, ou, ainda, pela incapacidade de incorporar bens coletivos (Wolfgang Wolhers). Nas palavras do autor: só os interesses humanos ou, em seu caso, os bens jurídicos podem ser objeto de proteção pelo direito penal. Uma cominação penal que tenha por objeto ideologia social é ilegítima.

tradição anglo-saxã, entende-se que o bem jurídico é – verdadeiramente – uma "diretriz normativa" (SCHÜNEMANN, 2007, p. 202). Com ela, é factível interpretar critérios dogmáticos e formais com os conhecimentos filosóficos (função crítica do bem jurídico), da qual se extrai importantes conclusões: a) do contrato social advém a ideia de que cumpre ao direito penal propiciar o livre desenvolvimento das pessoas, a primeira coordenada do que se deve punir e o que não; b) os bens devem ser compartidos por todos como necessários a uma vida boa, sendo que as diversas orientações morais e religiosas do sentido da vida não podem ser tuteladas pelo controle formal (secularização do direito penal); c) com o conceito de dano se expressa que não merece tutela penal qualquer espécie ofensa e lesividade, que não se confunde com meras contrariedades e/ou imperfeições organizacionais (SCHÜNEMANN, 2007, p. 208). Em suma, a ideia de proteção de bem jurídico atua para o além de sua função crítica, prestando-se – inclusive – a legitimação de tipos penais. Por isso, quando a medida se revelar abertamente inadequada à proteção de interesse vital, será reputada de inconstitucional (BERNAL PULIDO, 2013, p. 129; COBO DEL ROSAL; VIVES ANTÓN, 1999, p. 84).

No âmbito da aplicação do subprincípio da adequação/idoneidade/utilidade (iii), avalia-se a qualidade instrumental do meio escolhido, verificando-se a sua aptidão empírica para alcançar o fim. Exige, portanto, uma relação adequada entre o meio e o fim da norma. Logo, a intervenção penal deve se mostrar idônea à proteção de determinado bem jurídico, isto é, quando a punição, efetivamente, for importante à sociedade e servir para motivar as pessoas (a vigência da norma) (GOMES, 2003, p. 126-128). Resumindo, na idoneidade, o legislador penal assume que sua ameaça de pena, fundada em uma causalidade empírica que resulta do exame cuidadoso da realidade social, pode ser melhorada (prognóstico), demostrando que a situação exige o uso de meios penais (HASSEMER, 2016, p. 142-143). Sob esse olhar, revelam-se problemáticas as punições do aborto e do consumo de drogas – por exemplo –, porque, salvo melhor avaliação, há uma inaptidão aos fins declarados pela lei; no caso do aborto, as medidas penais, do ponto de vista empírico, não passam pelo referido teste. Veja-se que os abortos clandestinos continuam sendo realizados, até mesmo no exterior, não se verificando um real incentivo à não interrupção da gravidez. A norma – pois – não cumpre seu efeito motivacional. Além disso, produz efeitos criminológicos negativos, pois não raro conduz terceiros envolvidos às margens do direito penal. Por último, no ponto mais sensível, consagra o caráter seletivo do sistema penal, penalizando as mulheres provenientes dos extratos mais baixos, que realizam o aborto na clandestinidade, com a utilização de técnicas rudimentares, colocando a vida (que se quer proteger) em risco (a do nascituro e da própria gestante). Nesse entorno, não seriam mais eficazes medidas preventivas do tipo educacional e social? No que concerne ao comércio de drogas, a punição engendra mais problemas que solução. Sob o aspecto criminológico, a conduta do tráfico (e consumo) não arrefeceu; ao contrário, é responsável pelo "boom" carcerário. Do olhar sociológico, agrava-se a saúde pública, já que, na clandestinidade, não há qualquer controle oficial acerca da qualidade das drogas, além de marginalizar os consumidores (GOMES, 2003, p. 144-150). Parece que

não se cumpre a idoneidade, pois o meio não favorece o fim. Aqui uma nota se impõe: o controle judicial sob tal máxima poderia ser mais exigente, valendo para o Brasil (RODRIGUES, 2009; SILVA, 2002, p. 23-50) a advertência germânica de Kudlich no sentido de que lá o Tribunal Constitucional somente reconhece a inidoneidade quando o meio é absolutamente inidôneo (KUDLICH, 2018, p. 93), reputando o controle como frágil.

O juízo da adequação também se presta para avaliar sobre a existência ou não de meios alternativos à hipótese legislativa eleita, que possam promover de forma ótima e menos lesiva a direitos fundamentais (ÁVILA, 2019, p. 217). Em outros termos, no conflito entre segurança e legalidade, os instrumentos legais somente devem ser acionados quando houverem fracassado os outros meios. O exercício do direito de punir, portanto, deve ser reduzido ao mínimo imprescindível. Não basta, dessa forma, a simples presença de um bem jurídico-penal. Pede-se um juízo adicional: a demonstração da insuficiência protetiva dispensada pelas vias alternativas ao controle penal (BECHARA, 2014, p. 205). Daí decorre o mandamento de que a intervenção penal somente se legitima quando for imprescindível para a proteção do bem (GOMES, 2003, p. 83), devendo ser menos agressiva quanto possível (BECHARA, 2014, p. 195).

Importa notar que do juízo da necessidade defluem os princípios fundamentais do direito penal, tais como: de intervenção mínima, comumente associada à subsidiariedade ou fragmentariedade da tutela penal (BECHARA, 2014, p. 195)[24]. Com uma advertência inicial: o destinatário principal de tal teste é o legislador democrático, o qual goza de amplas margens valorativas, possuindo preferência ponderativa na escolha dos meios. Entretanto, a discricionariedade legislativa se submete ao controle judicial de constitucionalidade (KUDLICH, 2018, p. 94), porque há uma drástica limitação de direitos fundamentais. Por isso, o legislador-penal deve ser tolerante com relação às ilegalidades sociais, devendo evitar o recurso da legislação penal como remédio fácil, procedendo, de forma equilibrada, entre as necessidades preventivas da vida social e a liberdade. Não se pode esquecer que a tutela penal se reserva, de forma subsidiária, para as hipóteses mais graves[25] (MUÑOZ CONDE, 2003, p. 107)[26], cumprindo ser excluída caso exista, nas

24. Posicionamento cético com relação à capacidade de rendimento de tal princípio, partindo, acertadamente, da constatação de que nas democracias modernas o direito penal se converteu na *prima* ou *solo ratio,* é apresentado por Mañalich R (2019).

25. Que determina, segundo Silva Sánchez, que o Direito penal deve reduzir sua intervenção penal às hipóteses em que seja estritamente necessário em termos de utilidade social, pois a pena é um mal somente aplicável aos casos em que seja imprescindível aos fins de proteção social. Ver Silva Sánchez (2010, p. 393-394).

26. Para Muñoz Conde, o poder punitivo do Estado é regido pelo princípio da intervenção mínima, que significa que somente deve ser acionado para casos de ofensa grave a bens jurídicos. Logo, as perturbações mais leves devem ficar a cargo de outros ramos do ordenamento jurídico. Assim, a subsidiariedade, acessoriedade ou secundariedade são consequências que derivam do princípio da intervenção mínima.

mesmas condições, outros meios menos gravosos (COBO DEL ROSAL; VIVES ANTÓN, 1999, p. 85-87).

Seguindo a orientação do princípio da intervenção mínima[27], o direito penal só deve intervir em casos de ofensas graves a bens jurídicos, já que as perturbações mais leves devem ser solucionadas por outros ramos do direito. Não é por outro motivo que Muñoz Conde entende que as ideias de subsidiariedade[28-29], de acessoriedade e de fragmentariedade[30] são consequências que derivam do princípio da intervenção mínima (MUÑOZ CONDE, 2003, p. 107). O direito penal possui uma limitada e modesta função de proteger bens jurídicos de forma concorrente com outras barreiras disponíveis pelo ordenamento jurídico, tais como o direito civil e o direito administrativo sancionador, além do controle social informal. Na trilha do autor, os bens jurídicos não somente devem ser protegidos pelo direito penal, senão que também ante o sistema penal, porque, se para o restabelecimento da ordem violada forem suficientes medidas de caráter civil ou administrativo, essas é que deverão ser empregadas (MUÑOZ CONDE, 2003, p. 123). Já, do caráter fragmentário do direito penal, aparecem três mandamentos: a) defender bens jurídicos de ataques graves (exigência de lesividade); b) a punição atinge somente uma pequena parte das condutas imorais praticadas, cumprindo ao sistema penal selecionar aquelas ofensas mais graves; c) assentar que condutas meramente imorais não merecem sanção, porque deve haver limites ao paternalismo jurídico-penal (MUÑOZ CONDE, 2003, p. 124-125). Revelam-se problemáticas, na visão do referido autor, que se compartilha por repercutir, no cenário brasileiro, a punição da exploração de jogos de azar, principalmente porque o próprio Estado fomenta a atividade e os crimes relacionados à *moral sexual*, notadamente porque, no lenocínio e na exploração da prostituição de adultos, há – verdadeiramente – uma confusão entre direito e moral ou de "normalização dos costumes" (PEREIRA, 2019; MUÑOZ CONDE, 2003, p. 126-130; QUEIROZ, 2002, p. 77).

Na derradeira parcial da proporcionalidade em sentido estrito (iiii), exige-se que os meios utilizados pela potestade estatal, além de adequados e necessários, guardem uma relação razoável com o fim perseguido, ponderando-se a restrição de direitos imposta com a pena e o fim perseguido; avaliando-se, inclusive, os benefícios alcançados pelo processo de criminalização (BECHARA, 2014, p. 195). De maneira breve, impõe-se que

27. Uma crítica quanto à capacidade de rendimento do princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade é apresentada por Seber (2012, p. 129-144).

28. Para Roxin (1999, p. 65-66), a missão conferida ao direito penal de proteção subsidiária de proteção a bens jurídicos é uma decorrência do princípio da proporcionalidade. As intervenções mais duras do direito penal, no estado de direito, somente podem ocorrer quando os outros instrumentos não obtiverem êxito.

29. Para Queiroz (2016. p. 66-67), o mandamento de somente se utilizar do sistema penal caso os outros institutos fracassarem tem origem na proporcionalidade; na vedação do excesso.

30. Segundo ibid., p. 68, do caráter fragmentário (ou acessório) do direito penal, tem-se que o sistema não é exaustivo na seleção de ilicitudes, senão que descontínuo, atendendo à relevância do bem jurídico.

a ingerência em direito fundamental e o benefício perseguido não resultem desproporcionais entre si. Trata-se de uma ponderação mais ampla, que não se submete aos rígidos limites democráticos da adequação e necessidade (KUDLICH, 2018, p. 95). Logo, coteja-se a relação entre o bem jurídico e o direito fundamental limitado para determinar-se se medidas adotadas são ou não proporcionais (COBO DEL ROSAL; VIVES ANTÓN, 1999, p. 88-89; GOMES, 2003, p. 155). Em suma, como a intervenção jurídico-penal afeta direitos fundamentais, somente será proporcional se se destinar a proteger direitos ou interesses merecedores de proteção penal, que forem afetados com gravidade, sob a perspectiva da análise de custos e benefícios (BECHARA, 2014, p. 195-196). Satisfaz-se dito teste caso o grau de satisfação do objetivo pretendido com a intervenção seja pelo menos equivalente ao grau de afetação da liberdade. Cuida-se de uma equiparação de duas intensidades ou graus: o da realização da medida e o da restrição do direito fundamental. Logo, há uma íntima ligação com o bem jurídico, porque, quanto mais grave é um delito, maior ofensa produz ao bem jurídico, legitimando-se uma intervenção média ou grave; ao contrário, quanto menos grave o crime, maiores são as chances de não estar justificada a intervenção penal (BERNAL PULIDO, 2013, p. 130-131).

Em síntese, uma vez reconhecido que o teste de proporcionalidade funciona como um padrão universal de controle do poder e valoração das medidas restritivas de direitos fundamentais (SCHLINK, 2012), estima-se que ele possui especial rendimento no sistema penal, permitindo – inclusive – a atualização do princípio do bem jurídico às novas demandas sociais por segurança, sem, no entanto, descurar da sua função primordial: a defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais de liberdade, a base racional do moderno direito penal liberal.

4. Conclusões

A primeira conclusão a que se chega é que a dogmática constitucional é a pedra de toque do direito penal. Dessa maneira, a Constituição relativiza não poucos princípios nucleares do direito penal, dotando a dogmática penal de potencial crítico, vinculando a política criminal com os direitos fundamentais. Efetivamente, o direito constitucional é o elo normativo entre o processo legislativo e a prática da administração do direito penal; o Estado de direito deve orientar a sua política criminal conforme a Constituição e com a democracia. Com efeito, com tal liame, os princípios penais fundamentais (o bem jurídico, a intervenção mínima, dentre outros) são substituídos (ou ganham densidade argumentativa) pela proporcionalidade. Dessa maneira, as intervenções do direito penal nos direitos fundamentais do cidadão se submetem ao teste de proporcionalidade, que será satisfeito: a) se a lei persegue um objetivo legítimo (não vedado pela Constituição, de regra, satisfeito com a presença do bem jurídico); 2) se a lei se encontra capacitada para alcançar o objetivo; 3) se a lei é necessária, porque, para se chegar a determinado objetivo, não existe outro meio alternativo meio menos severo, aparelhado com a mesma

efetividade; e 4) se a lei não é desproporcional ao objetivo da ação. Nesse aspecto, reside a força normativa do teste de proporcionalidade: conectar a dogmática penal e os princípios fundantes do direito penal com os direitos fundamentais constitucionais, forjando a denominada Constituição penal.

Em síntese, com a proporcionalidade "no" direito penal, os princípios fundamentais do sistema penal, especialmente o princípio do bem jurídico e da intervenção mínima, são inseridos na dogmática dos direitos fundamentais, incidindo o controle da constitucionalidade das leis penais, seja na fase legislativa, seja na fase de aplicação da lei. Assim, por mais que se reconheça a dignidade da legislação e a ampla margem de liberdade conferida ao legislador para aparelhar a funcionalidade do direito penal, há uma secular resposta do direito constitucional no sentido de que ele deve aprovar uma lei proporcional, isto é, que deve haver um equilíbrio na relação meios e fins. Por isso, a dogmática dos direitos fundamentais e a teoria da ponderação concebida por Alexy se projetam no caráter aberto e conflitivo existente nas opções de política criminal. Dessa forma, do método argumentativo e do caráter principiológico do direito penal, podem-se extrair as seguintes balizadas básicas: a) quanto mais importante seja o interesse geral estabelecido em norma de conduta, maior será a presunção de legitimidade da norma penal; e b) quanto menos plausível for o perigo a bens e/ou interesses da comunidade, maior deve ser o peso conferido aos interesses que deverão ser protegidos, o ônus argumentativo do legislador. De tais balizas, recepcionam-se as seguintes diretivas sobre a colisão de princípios: 1) quando o delito ofender bens jurídicos personalíssimos e pessoais dotados de relevância constitucional (vida, integridade física, liberdade sexual, entre outros), ou causarem graves danos sociais, maior a liberdade de conformação do legislador; e 2) quando se tratar de crimes de perigo ou de lesões moderadas e leves a bens jurídicos, há prevalência do direito de liberdade, fator que exige do legislador cuidados argumentativos adicionais, especialmente de dados empíricos e ensinamentos criminológicos.

Efetivamente, o teste da proporcionalidade permite que se pondere entre as exigências de proteção de bens jurídicos, necessidades essas que fluem da sociedade, e os direitos de liberdade das pessoas. Dessa maneira, o legislador quando cria tipos penais e comina penas, no exercício de sua liberdade democrática, assume o compromisso argumentativo de comprovar que a intervenção penal busca um fim idôneo e permitido pela Constituição, que se liga à presença de um interesse vital à vida comunitária. Também é seu dever demostrar que não há, no ordenamento jurídico, outro meio legal menos invasivo a direitos fundamentais (dotado da mesma eficácia), apto a proteger o bem da vida. Por fim, que a penalização é proporcional ao fim que se destina. Observa-se que os princípios do direito penal incidem em ditas parciais, enriquecendo normativamente o teste de proporcionalidade e seu método ponderativo, que se afigura indispensável para cotejo das normas penais e decisões judiciais.

Finalizando as considerações, sustenta-se que a proporcionalidade *no* direito penal contribui normativamente, estabelecendo limites razoáveis e suportáveis à afetação

de direitos fundamentais por sanções penais, ponderando até em que limite é possível a proteção de bens jurídicos. Também – ao contrário – as hipóteses em que as razões morais evidenciem que se deve renunciar à proteção penal por intromissão desproporcional a posições jurídicas fundamentais. Logo, a proporcionalidade, que reincorpora os princípios limitadores penais com a Constituição, sedimenta-se como limite primário do direito penal material, tema relevante em tempos em que a segurança interior se encontra no centro da discussão política. O caminho é introduzir, como já notado, os princípios penais (que são vagos e indeterminados) nos testes parciais da proporcionalidade, isto é, nos juízos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, enriquecendo os distintos planos da proporcionalidade com conteúdo dogmático, ativando uma função limitadora com cariz constitucional. Reconhece-se que a proporcionalidade não é um ótimo critério para análise da constitucionalidade de normas proibitivas, porque, em face da divisão entre os poderes, não cabe ao poder judiciário ponderar se a solução escolhida pelo legislador é a mais justa ou politicamente a mais apropriada. Tais margens valorativas para eleição dos fins pertencem ao legislador parlamentar, requerendo dos juízes uma ação comedida no exercício de tal controle para não violar a legitimidade democrática do legislativo. Entretanto, como os preceitos penais devem ser interpretados em conformidade com a Constituição, o controle constitucional via proporcionalidade, ainda que distante da práxis dos tribunais no Brasil (pois, raramente, a jurisprudência submete as intervenções penais ao exame exauriente da proporcionalidade e suas máximas), afirma-se como barreira irrenunciável do direito de punir. Ao fim e ao cabo, se não se chega ao ponto de declarar inconstitucional determinada lei por ferir a proporcionalidade, fica o legislador "em maus lençóis" para atendimento de seu dever argumentativo de comprovar a racionalidade e constitucionalidade da punição. Esse parece ser o caso da incriminação do aborto consentido na Espanha, porque a punição em colisão com os direitos fundamentais de liberdade (reprodutiva e sexual) das mulheres, embora não se traduza em uma inconstitucionalidade, carece de uma justificação moral, merecendo severa crítica desde a perspectiva político-criminal. Tal crítica, no relevante, calha ao caso brasileiro, que mantém um sistema proibitivo com relação ao aborto consentido, de todo questionável à luz do teste da proporcionalidade na sua parcial da adequação, desviando-se do trilho mundial da descriminalização parcial. Ora, a antiga criminalização do aborto anencefálico já padecia de uma grave violação da proporcionalidade em sentido estrito, que se apresentava pela desproporção entre o custo individual e sociológico da medida penal imposta à gestante em comparação com possíveis benefícios sociais. O mesmo raciocínio se aplica na complexa questão das drogas, tanto no consumo, que dificilmente passaria pelo teste da necessidade ou adequação, chegando no excesso de punição para o tráfico (que possui uma pena mínima de cinco anos, próxima demais do crime de homicídio e muito distante do crime de contrabando, que é de dois anos); ferindo, portanto, a proporcionalidade em sentido estrito. Efetivamente, sob o escrutínio do teste de proporcionalidade e princípios (constitucionais) penais, o legislador não se

encontra em posição confortável para argumentar e demostrar a inexistência de uma política social alternativa. Por mais que se respeite a opção valorativa do legislador, a pena prevista para o crime viola a proporcionalidade.

Em suma, a proporcionalidade se afirma como o limite dos limites à intervenção em direitos fundamentais pelo sistema penal, estabelecendo o razoável e proporcional em termos de política criminal. Sob esse aspecto, exige do Estado que não transgrida determinados marcos, com intervenções desproporcionais, mesmo que seja com as melhores das intenções protetivas, devendo se abster de intromissões que firam a dignidade da pessoa humana, preservando os espaços livres dos cidadãos contra restrições indevidas.

5. Referências

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia*: uma fundamentação para o direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos e de Helena Schissl Cardoso. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael. *Lesión de bien jurídico o lesión de deber?* Barcelona: Atelier, 2003.

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Org.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010.

ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso*: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008. p. 13-44.

ALEXY, Robert. Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección. In: SIECKMANN, Jan-R. (Ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*: estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 120-135.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Colômbia: Universidad Externado, 2003.

ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*: em comemoração ao 70 aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015.

ANDRADE, Manuel Costa. Constituição e legitimação do direito penal. In: AVELÃS NUNES, Antônio; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais*: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, [s. l.], ano 3, n. 08, p. 09-46, maio/ago. 1983.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

ATIENZA, Manuel. Para uan razonable definición de "razonable". *Alicante*: Doxa n. 4, p. 189-200, 1987.

BARAK, Ahron. *Proportionality*. Cambridge: Cambridge University, 2012.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro*: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Lucia Guidicini e de Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2003.

BERNAL PULIDO, Carlos. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Madri: Marcial Pons, 2013.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

BÖHHN, María Laura. Estado de direito na Alemanha. Sobre "inimigos" e "criminosos" no parlamento e frente ao Tribunal Constitucional alemão. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 121-153.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para a resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pullido. Colombia: Universidad de Externado, 2003.

BUNZEL, Michael. La fuerza del principio constitucional de proporcionalidad como límite de la protección de bienes jurídicos en la sociedad de la información. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios jurídicos? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 147-176.

BURCHARDT, Christoph. O princípio de proporcionalidade no "direito penal constitucional" ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHHM, María Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29-51.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Trad. Ingo W. Sarlet e de Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio Luis. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal*: concepto y principios constitucionales. 3. ed. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

COBO DEL ROSAL, Manuel; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Derecho penal*: parte general. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra ed., 2004. t. 1: Questões fundamentais a doutrina geral do crime.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal em la encrucijada.* Montevideo--Buenos Aires: IBDEF, 2007.i

DISSENHA, Rui; 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, n. 172, p. 383-419, out. 2020.

DURÁN MIGLIARDI, Mario. *Constitución penal y teoría de la pena*: apuntes sobre uma relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial. Colombia: Díkaion, 2015.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

DWORKIN, Ronald. *La justiça com toga.* Trad. Marisa Iglesias Vila e de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério.* Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito.* Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESER, Albin. Medidas nacionais e transnacionais contra a impunidade da criminalidade amparada pelo estado e de crimes internacionais: conclusões de política jurídica a partir de um projeto comparado sobre a justiça de transição.

In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 155-173.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. Trad. Perfecto Andrés Ibánez et al. 6. ed. Madrid: Trotta, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. *Escritos sobre derecho penal*: nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal. Buenos Aires: Hammurabi, 2018.

FEUERBACH, Anselm v. *Anti-Hobbes*: o sobre los límites del poder supremo y el derecho de coación del ciudadano contra el soberano. Tradução de Leonardo G. Briond. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad*: una aproximación neconstitucionalista al Derecho a travéz de los derechos. Madrid: Trotta, 2009.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 401-426.

HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 193-200.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

HASSEMER, Winfried. *Por que castigar?* Razones por las que merece la pena la pena. Tradução de Manuel Cancio Meliá e de Francisco Muñoz Conde. Valência: Tirantlo Blanch, 2016.

HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007.

HIRSCH, Andrew von. *Abolish parole?* Michigan: University of Michigan Library, 1979.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación

del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2007. p. 38-52.

HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOBLERS, Wolfgang. Introducción. Que son mediatings principles? In: HISRCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 55-61.

HUNGRIA, Nélson; DOTTI, René Ariel. *Comentário ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: GZ, 2014. t. 1.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*: los límites del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

HUSCROFT, Grant; MILLER, Bradly W.; WEBWER, Gregoire. *Proportionality and de rule of law*. Cambridge: Cambridge University, 2015.

JACKSON, Vicki; TUNHNET, Mark. *Proportionality*: new frontiers, new challenges. Cambridge: Cambridge University, 2017.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Genacelia Batista de Oliveira Mendes et al. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KOMMERS, Donald P.; MILLER, Russel A. *The Constitutional Jurisprudence of Federal Republic of Germany*. Duhram: Duke University Press, 2012.

KUDLICH, Hans. *Cuestiones fundamentales de la aplicación del derecho penal*: contribuciones a la teoría del método y la imputación en el derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2018.

LAGODNY, Otto. El derecho penal substantivo como piedra de toque de la dogmática constitucional. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 129-146.

LAPORTA, Francisco J. *El imperio de la ley*: una visión actual. Madrid: Trotta, 2007.

LOPEZ AGUILAR, Juan Fernando. La reserva da ley en materia penal (Ley, reserva de ley y legalidad penal, desde la perspectiva del constitucionalista español). *Revista Española de Derecho Constitucional*, [*s. l.*], ano 11, n. 33, p. 105-143, set./dez., 1991.

MAIHOFER, Werner. *Estado de derecho y dignidade humana.* Trad. Jose Luis Guzmán Dalbora. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2008.

MAÑALICH R., Juan Pablo. El principialismo político-criminal como fetiche. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 161, p. 57-71, nov. 2019.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. A propósito de se aferir a legitimidade de intervenção do direito penal (A partir de uma análise sobre a dignidade penal do bem jurídico que se pretende tutelar). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 119, p. 274-301, mar./abr., 2016.

MATUS, Jean Pierre (dir.). *250 anos dei deliti e dele penne*: de la obra maestra a los becarios. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2011.

MCEVOY, Kieran. Más ala del legalismo. Hacia un entendimiento más profundo de la justicia transicional. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, p. 447-484, 2008.

MIGLIARDI, Mario Durán. Constitución penal y la teoría de la pena: apuentes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial. *Díkaion*, Chía, v. 24, n. 2, p. 282-306, dez. 2015.

MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montevideo: IBDEF, 2006.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Montevideo: IBDEF, 2003.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do direito penal. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio (Org.). *Direito penal como crítica da pena*: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seus 70 anos. Madri: Marcial Pons, 2012. p. 519-532.

NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Límites al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

NEUMANN, Ulfried. "Alternativas: nenhuma". Sobre a crítica mais recente à teoria pessoal do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2015, n. 116, p. 95-109, set./out. 2015.

OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. *Juízo e prisão*: ativismo judicial no Brasil e nos EUA. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Ferreira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PAREDES CASTANÓN, José Manuel. *La justificación de las leyes penales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2013.

PEREIRA, Alessandra Margotti dos Santos; VIANNA, Túlio. A inconstitucionalidade da criminalização do lenocínio no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 161, p. 279-308, nov. 2019.

PFERSMANN, Otto. *Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI*. Trad. Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. 2. ed. Trad. António Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2019.

PRITTWITZ, Cornelius. El derecho penal Alemán: fragmentário/subsidiario? ultima ratio? reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del derecho penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos María. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 427-446.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal*: parte geral 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
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, n. 169, p. 321-345, jul. 2020.
RODRIGUES, Luís Fernando Matricardi. *A proibição de insuficiência e o STF*: há controle de proporcionalidade da omissão estatal? 2009. Monografia – Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2009.
ROMEU CASABONA, Carlos María. *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.
ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari e de Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general 1. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Thomson Civitas, 1997.
ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Thomson Civitas, 1999. t. 1: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.
ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madrid: Marcial Pins, 2007. p. 443-458.
ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Veja, 2004.
ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*. Valência: Tirant lo Blanch, 2000.
SÁNCHEZ GIL, Rubén. El princípio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008.
SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*: un retorno a los principios. Madrid: Marcial Pons, 2012.
SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, mar./abr. 2004.
SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, deveres de proteção e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidade da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria penal. In: SILVA, Christiane Oliveira Peter da.
CARNEIRO, Gustavo Ferraz Sales (Coord.). *Estudos em homenagem ao professor Gilmar Mendes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 143-167.

SCHEERER, Sebastian. Prólogo. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SCHLINK, Bernard. Proportionality in constitutional law: why everywhere but here? *Duke Journal of Comparative and International Law*, [s. l.], v. 22, n. 2, p. 291-302, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. El principio de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación. In: HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico*: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático? Madri: Marcial Pons, 2007. p. 197-264.

SCHWABE, Jurgen. C*inquenta anos da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal*. Lisboa: Fundação Konrad Adenauer, 2012.

SEBER, Gerhard. Puede ser "subsidiário el Derecho Penal? Aporías de un princípio jurídico "indiscutido". In: HIRSCH, Andrew von; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Límitres al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 129-144.

SIECKMANN, Jan-R. (Ed.). *Teoría principialista de los derechos fundamentales*: estudios sobre la teoria de los derechos fundamentales de Robert Alexy. Madrid: Marcial Pons, 2011.

SIECKMANN, Jan-R. *El modelo de los principios del derecho*. Colômbia: Universidad de Externado, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O proporcional e o razoável*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

STAECHELIN, Gregor. Es compatible la "prohibición de infraprotección" con una concepción liberal del derecho penal. In: ROMEU CASABONA, Carlos María (Org.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 80, p. 303-345, 2004.

VALE, André Rufino do. *Estrutura das normas de direitos fundamentais*: repensando a distinção entre regas, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Antônio Rodolfo Franco Mota. *Tudo posso naquele que me fortalece*: uma análise acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal na democracia brasileira. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza – UNIFOR, Fortaleza, 2018.

VOBKUNLE, Andreas. *Defesa do estado constitucional democrático em tempos de populismo*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2020.

YACOBUCCI, Guilherme Jorge. El princípio de proporcionalidad como regla fundamental de política criminal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (Coord.). *Novos rumos do direito penal contemporâneo*: livro em homenagem ao Prof. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 85-102.

YACOBUCCI, Guilhermo J. *El sentido de los principios penales*: su naturaleza y funciones em la argumentación penal. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002.

ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A proporcionalidade como método de controle da decisão penal – parte 1: O problema da estrutura normativa entre regras e princípios, de Cristina Sílvia Alves Lourenço e Maurício Sullivan Balhe Guedes – *RBCCrim* 127/135-166 (DTR\2016\24942); e
- Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência, de Ingo Wolfgang Sarlet – *RBCCrim* 47/60-122, *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/99-152 e *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 2/555-610 (DTR\2004\160).

O direito penal comparado na era da política criminal transnacional: ressignificação, subversão e resistência

Comparative criminal law in the era of transnational criminal policy: reframing, subversion and resistance

Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa

Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor do PPG em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande – FURG.
Lattes: [lattes.cnpq.br/6875539624428498].
ORCID: [orcid.org/0000-0002-3061-4156].
eduardo.pitrez.correa@furg.br

Salah H. Khaled Jr.

Doutor e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS). Mestre em História (UFRGS). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professor do PPG 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

Recebido em: 30.09.2020
Aprovado em: 23.05.2021
Última versão dos autores: 24.05.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo explora a relevância do direito comparado como via de conhecimento crítico no contexto contemporâneo de internacionalização do direito penal. A hipótese central é a de que o direito comparado se ressignifica e reafirma como disciplina indispensável à compreensão crítica no campo das ciências criminais no momento em que há um projeto global de homogeneização de parcelas significativas dos direitos penais nacionais, podendo servir como instrumento de

Abstract: The paper explores the relevance of comparative law as critical theory in the context of the internationalization of criminal law. The main hypothesis is that comparative law both reaffirms and resignifies itself as an indispensable discipline for critical understanding in the field of criminal sciences, at the moment when there is a global project to homogenize significant portions of national criminal law systems. Through bibliographical and documentary

Corrêa, Eduardo Pitrez de Aguiar; Khaled Jr., Salah H. O direito penal comparado na era da política criminal transnacional: ressignificação, subversão e resistência.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 182. ano 29. p. 105-120. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

subversão e resistência contra imposições valorativo-normativas desajustadas de nossa realidade jurídica, econômica e social. Por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, conclui-se que o direito penal comparado deve cumprir uma tarefa fundamental de nosso tempo, que é promover, ao lado de uma crítica ao direito nacional – para o que sempre esteve disponível –, uma reflexão adequada sobre o processo de homogeneização que nos é imposto, desvelando aspectos genealógicos, culturais, geopolíticos, sistêmicos, empíricos e teóricos relevantes à tomada de decisão político-criminal desde nossa realidade marginal.

Palavras-chave: Direito penal comparado – Política criminal transnacional – Harmonização – Americanização – Convenções penais.

research, it is concluded that the comparative criminal law must fulfill a fundamental task of our time, which is to promote, alongside a critique of national law - for what has always been available -, a proper reflection on the homogenization process, unveiling genealogical, cultural, geopolitical, systemic, empirical and theoretical aspects relevant to decision-making in the field of criminal policy.

Keywords: Comparative criminal law – Transnational criminal policy – Harmonization – Americanization – Criminal law conventions.

Sumário: 1. Introdução. 2. Revisitando a comparação jurídica. 3. O direito penal comparado na era da política criminal transnacional. 4. Um direito penal comparado desde a margem: com que sentido?. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. Introdução

O Twitter oficial de uma das seções da Organização dos Estados Americanos (OEA), a mais abrangente organização internacional das Américas, em uma postagem recente divulgava: "O caráter transnacional dos delitos representa amplos desafios, tornando fundamental a Assistência Mútua entre os Estados [...]. *Conheça a Lei Modelo sobre este tema*". (OEA, 2020, grifamos) O objetivo da atuação da Organização, como explicava o vídeo contido nessa e em outras publicações na mesma plataforma, seria fazer com que os Estados tivessem um *padrão comum de normas* em tema de delinquência transnacional, bem como em sede de cooperação penal internacional.

Na página *web* do Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crime (UNODC), entre outras inúmeras publicações similares da entidade, o leitor encontrará um "Guia Legislativo" para implementação da Convenção Contra a Corrupção (UNCAC), cujo objetivo é servir de orientação para legisladores nacionais na tarefa de promover as necessárias alterações no direito interno para *harmonização das legislações* dos Estados na matéria (UNODC, 2012). Essa harmonização compreende, além de normas de direito material, questões de processo penal que abrangem desde a investigação preliminar até a execução da sentença. Ao lado desse "fornecimento de normas", a organização oferece

"assistência técnica" aos Estados, a saber, treinamento de funcionários estatais vinculados à aplicação da lei para implementação das referências normativas transnacionais e promoção da persecução penal dos crimes nelas definidos.

A divulgação, a título de promoção, de uma "Lei Modelo" no perfil institucional da OEA em rede social, ou a disponibilização de "Guias Legislativos" na internet, pelo UNODC, para promover alterações legislativas em matéria jurídico-penal e treinamento de "agentes da lei", são expressões simbólicas de um movimento mais profundo, o da política criminal transnacional, uma poderosa articulação de esforços de globalização de valorações jurídico-penais que opera pela promoção de uma agenda político criminal em nível global e pela harmonização de ordenamentos nacionais, levados a convergir para uma referência tornada comum (CORREA, 2017, p. 3).

De fato, o tempo em que a política criminal e seus aspectos formais imediatos, o direito e o processo penal, eram produtos de resolução nacional passou à história. Ainda que a inspiração em referências estrangeiras sempre tenha estado presente tanto nas formulações legislativas quanto nas doutrinárias em âmbito jurídico-penal, a configuração contemporânea é claramente diferente. Um movimento de desnacionalização das principais escolhas político-criminais e, consequentemente, de suas refrações tanto teóricas como legislativas se instaurou fundamentalmente a partir dos anos 1970 e se intensificou com a virada do milênio. Uma característica fundamental deste processo é que as políticas criminais dos Estados estão sendo levadas a convergir para a política criminal estadunidense, o que desvela o elemento geopolítico do fenômeno e chama a atenção de todos quantos conheçam as funções do direito e da pena na estruturação das relações de poder.

Nesse cenário, uma observação panorâmica das principais questões que dominam a atenção na esfera pública e o debate teórico pertinente ao direito e ao processo penais permite centrar as discussões em torno de programas políticos criminais transnacionalizados: guerra às drogas, organizações criminosas, lavagem de dinheiro, corrupção e terrorismo. Como se sabe, toda a lei penal traduz uma decisão político-criminal que lhe é antecedente. Assim, é no corpo desses programas que se encontram inseridos modelos de enfrentamento de desvios socionormativos e categorias jurídico-penais que têm pautado tanto a atuação das agências penais como as reflexões teóricas mais incisivas relativamente ao domínio penal.

Esses modelos e categorias não só têm aptidão para, como têm de fato causado profundo impacto nos ordenamentos – e nas sociedades – nacionais, no que aqui nos importa, no ordenamento jurídico-penal brasileiro. Muitas são as críticas que poderiam ser feitas - e eventualmente já o foram – a cada uma dessas categorias individualmente ou à própria eleição dos meios de direito penal para o tratamento de muitas das questões versadas nestes programas político-criminais. O presente artigo, todavia, encaminha outra abordagem. Procura-se, como objetivo geral, explorar a relevância de uma disciplina um tanto quanto desprestigiada na tradição jurídica brasileira, a do direito comparado, como via de conhecimento crítico do direito penal no contexto contemporâneo. A hipótese central é a de que o direito comparado se ressignifica e reafirma como disciplina indispensável à compreensão

crítica no campo das ciências criminais no momento em que há um projeto global de homogeneização de parcelas significativas dos direitos penais nacionais, podendo servir como instrumento de subversão e resistência contra imposições valorativo-normativas desajustadas de nossa periférica realidade jurídica, econômica e social.

Conquanto o direito comparado seja disciplina há muito conhecida na investigação jurídica, argumentamos que ao tempo em que os sistemas nacionais são *dirigidos por agendas político-criminais transnacionais*, é fundamental o método comparativo para identificar as origens, interesses, qualidade, adequação e resultados desse movimento, promovendo uma reflexão a propósito de suas referências em uma perspectiva crítica e dialógica.

Assumimos como premissa que, no modo como esses programas político-criminais têm se feito sentir no sistema de justiça criminal brasileiro, ao lado de promover o encarceramento massivo, produzem uma assistemática inserção de categorias e valorações que transformam o direito e o processo penal brasileiros em verdadeiras colchas de retalhos, no qual pretendem conviver, sem constrangimento, figuras tão contraditórias como a indisponibilidade da ação penal e o acordo de não persecução; o princípio da legalidade da pena e a negociação sobre regime de cumprimento; o princípio da intranscendência da pena (pessoalidade) e o confisco alargado; a vedação ao anonimato e "informante do bem"; o sistema acusatório e a prova produzida de ofício pelo juiz, entre outras inúmeras possíveis referências de verdadeiras *rachaduras sistêmicas* provocadas pelas valorações, modelos e categorias que vêm incorporados nos programas político-criminais transnacionais.

O artigo desenvolve-se em três seções. Na primeira delas discorre-se sobre o direito comparado em sentido geral, abordando a temática da relevância dessa zona do saber jurídico e algumas críticas que contra ela se lançaram ao longo do tempo. A seguir, levanta algumas questões que se colocaram à comparação jurídica desde sua identificação como um espaço próprio de investigação jurídica, e de que modo se direcionou, em face delas, o estudo jurídico-comparativo. Posteriormente, na segunda seção, apresentamos o problema que se coloca ao direito comparado ao tempo da internacionalização do direito penal ou, como aqui se compreende, na era da política criminal transnacional. Por fim, na última seção, procura-se esboçar uma resposta à indagação sobre o sentido que deve assumir, desde a margem, o direito penal comparado, em face do contexto contemporâneo.

O método é bibliográfico e documental, dentro de uma matriz teórica crítica, que não pretende descrever os fenômenos e os consensos teóricos e sociais que são constitutivos da ordem vigente, mas desnudá-los e, em sendo o caso, subvertê-los, a partir de um diagnóstico crítico do presente.

2. Revisitando a comparação jurídica

Não são poucas as polêmicas que historicamente gravitaram em torno do direito comparado ou, de modo mais preciso, da comparação jurídica. Como refere Jimenez

Serrano, "O problema da construção teórica e metodológica do comparativismo jurídico continua sendo um desafio para os pesquisadores e historiadores do Direito" (2006, p. 5). Para Mayda, a comparação jurídica ainda convive com conceitos imprecisos e cientificamente inexatos; doutrinas filosóficas de pouco valor científico; preocupação com questões irrelevantes; e análises puramente descritivas e desprovidas de método (1970, p. 650). Para além da imprecisão aqui referida, são muitos os mal-entendidos quanto à existência de uma função que a comparação jurídica teria a desempenhar (SACCO, 2001, p. 27). A comparação jurídica sempre enfrentou um nível considerável de resistência. Segundo Ancel (1980, p. 16), historicamente parece ter predominado a percepção de que os ordenamentos jurídicos nacionais devem ser defendidos de influxos estrangeiros, o que para ele não faz sentido cientificamente. Jescheck pondera que a comparação jurídica enriqueceria a teoria do delito e a discussão sobre a pena, possibilitando o diálogo com outras construções dogmáticas que não necessariamente as de raiz nacional (JESCHECK, 2006, p. 43). Alguns autores sustentam que a comparação jurídica, quando associada ao método histórico, possibilita um conhecimento mais adequado do próprio direito nacional (SÁNCHEZ LORENZO, 2008, p. 1101). Para David, a comparação jurídica se torna cada vez mais importante, uma vez que se aprofundam as relações de cooperação em nível regional e universal, o que exige um conhecimento mútuo dos respectivos ordenamentos jurídicos em questão (2002, p. 9). Jescheck considera que "deve ser possível também uma Teoria Geral do Direito Penal, e na verdade uma que construa não apenas pressupostos filosóficos-gerais, mas que parta de fundamentos empíricos-comparados" (JESCHECK, 2006, p. 43). Para David, "[...] o Direito Comparado veio a ser considerado, atualmente, como um elemento necessário de toda a ciência e cultura jurídicas" (2002, p. 3). No mesmo sentido, Kai Ambos aponta que a proliferação de organizações e associações internacionais favorece o desenvolvimento da perspectiva comparada (2019, pp. 21-22).

Portanto, a questão, na atual quadra da história, especialmente no espaço do penal, não deve ser a de *se* o direito comparado tem uma finalidade definida e consensual. O esforço de investigação relevante deve ser o de identificar, na específica fenomenologia contemporânea do direito e do processo penais, o papel crucial que pode cumprir o direito comparado na apreciação crítica das categorias e modelos encartados nos programas de homogeneização dos direitos (penais) nacionais, especialmente se agregarmos ao método comparado uma perspectiva genealógica. É dizer, cuida-se de fazer ver *qual* finalidade e *com que* sentido o direito comparado pode contribuir, no nosso tempo, para um sistema de justiça criminal na periferia do capitalismo global.

Embora o desenvolvimento do Direito Comparado tenha sido obstaculizado pelo advento da Guerra Fria, o cenário de distensão gradual na segunda metade do século XX veio a favorecer cada vez mais o desenvolvimento de análises situadas no campo da comparação jurídica. De fato, a polarização constitutiva da Guerra Fria acarretou um engessamento do direito comparado, reorientado à dicotomia socialismo-capitalismo que marcou o pós-Guerra. Com a nova fase do constitucionalismo (neoconstitucionalismo

ou constitucionalismo de pós-Guerra) que marcou esse período, também os direitos nacionais – e suas elaborações teóricas, legislativas e judiciais – voltaram-se para dentro, ou melhor, para as próprias constituições nacionais. Um bom exemplo é o desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, que se desencadeou fortemente nesse período, especialmente na Alemanha, centrada na interpretação da Lei Fundamental Alemã (v.g., ALEXY, 2008, p. 31).

Não que o direito soviético não tenha despertado atenção e estudo, sob o olhar comparatista, mas as relações eram fundamentalmente de oposição entre rivais. Na perspectiva dos socialistas, "a diferença de estrutura econômica de um país socialista e de países capitalistas leva, em princípio, a considerar que o direito soviético é bom e os direitos burgueses maus" (DAVID, 2002, p. 202). Já na visão dos juristas ocidentais, há "dificuldade em conceber que se possa ver uma verdade indiscutível numa doutrina que não pretende ser revelada e que não procura dar sentido à vida e ao Universo", estando baseada "numa corrente de ideias do século XIX, no seu entender ultrapassada" (DAVID, 2002, p. 202).

Nesse contexto, a Guerra Fria congelou as expectativas que se haviam estabelecido com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) de maior cooperação entre os Estados, tendo, como se sabe, dividido o mundo e impedido qualquer iniciativa que não fosse reconduzida à dinâmica bipolar do conflito. Desde a perspectiva do direito comparado, não há "ambiente comparativo", em nível internacional e científico, com liberdade de pensamento e ação, se a comparação não pode chegar a nenhum resultado que não seja "classificado" dentro de uma lógica dicotômica, entre direito capitalista e direito socialista. A divisão entre blocos de Estados – e seus respectivos sistemas jurídicos – entre capitalistas e socialistas acaba por capturar e reduzir as iniciativas de reflexão que considerem a diversidade dos sistemas jurídicos, especialmente no âmbito das organizações internacionais.

A título exemplificativo, quando se publicou no âmbito do Programa das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, em 1951, uma lista de assuntos para investigação – necessariamente em perspectiva comparada – no campo penal, a lista compreendia, entre outros, temas como a formulação de regras para cuidado de prisioneiros, o uso de prisão curta, criminosos reincidentes, delinquência juvenil, prisão anterior à sentença, enquanto os representantes do Reino Unido e da França expressavam apoio a um intercâmbio em sede internacional das diferentes visões sobre questões de direito penal, as manifestações da União Soviética e da Bielorrússia eram críticas a propósito da investigação dessas temáticas em sede internacional, sustentando tratar-se de questões exclusivamente domésticas (CLARK, 1994, pp. 14-15).

Somente com o fim do conflito bipolar é que o debate poderia, de lado a lado, se libertar um pouco das amarras do pensamento dicotômico, permitindo abrir-se ao aprendizado recíproco. Muitos países do Leste Europeu viriam a se interessar pelo Programa das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes (CLARK, 1994, p. 15), enquanto, do outro lado, a noção de que é imprescindível uma maior

participação dos cidadãos nas tarefas da administração e na vida do Estado "para a realização de uma verdadeira democracia é cada vez mais aceita mesmo fora dos países ou círculos marxistas" (DAVID, 2002, p. 203).

Importa constatar que, se na sequência do segundo pós-guerra houve certo engessamento do direito comparado, nesse período acabaram sendo gestadas, em nível internacional, estruturas normativas e institucionais que, com o fim do conflito, viriam a se tornar efetivamente operativas, com grande significação para a comparação jurídica, sobretudo no domínio penal. No âmbito normativo, é o caso de grandes tratados de direitos humanos, como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), de 1950, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de 1966, e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969. Em sede institucional, é o caso da criação da União Europeia (cujas origens estão em 1957), do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), em 1959, e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), de 1979.

Com essa bagagem normativa e institucional que, conquanto construída no período do conflito bipolar, permaneceu durante ele congelada, o fim da Guerra Fria demarcaria uma mudança no relacionamento interestatal, na agenda internacional e nas interações entre as sociedades que é determinante para o modo como o direito penal viria a se configurar posteriormente, tornando imprescindível a abordagem comparatista. Todavia, mesmo nesse quadro que se veio a instaurar de interconectividade global, com circulação de informações – inclusive no âmbito jurídico-penal – sem precedentes, o direito penal comparado ainda não encontraria seu espaço adequado no seio dos estudos sobre direito, estando em uma espécie de estagnação (AMBOS, 2019, p. 59). É preciso mobilizá-lo, todavia, em um sentido adequado.

3. O direito penal comparado na era da política criminal transnacional

Por mais controvertido que seja o conceito de globalização, as consequências do quadro maior de internacionalização da circulação de informação, pessoas, bens, serviços e capital são evidentes. Vivemos um tempo de aproximação geográfica e comunicativa das sociedades, com aumento da pluralidade e complexidade das relações sociais. Portanto, não é possível sustentar o isolamento da ciência jurídica diante desse quadro de complexidade (SÁNCHEZ LORENZO, 2008, p. 1099-1100). O debate de certo modo se assemelha ao que é travado no campo da expansão do direito penal para abarcar uma esfera cada vez mais ampla de "proteção" a bens jurídicos. Por um lado, não parece factível supor que um modelo de intervenção mínima situado no âmbito de um catálogo restrito de bens jurídicos individuais possa ser restaurado, mas, por outro lado, é preciso definir critérios que situem o direito penal no espaço de contenção do poder punitivo que lhe deve ser constitutivo. Da mesma forma, a complexidade de relações e interações em nível transacional é cada vez maior, o que inviabiliza uma perspectiva centrada unicamente em

especificidades regionais. Mas isso não significa que uma política criminal transacional possa desconsiderar tais especificidades, sendo essa uma das maiores contribuições que a comparação jurídica teria a prestar, uma vez que efetivamente dispõe de métodos para contrastar diferentes tradições jurídicas.

Contudo, Kai Ambos aponta que mesmo agora não é fácil para o direito comparado encontrar lugar no campo maior das ciências jurídicas, especialmente no ensino do direito (2019, pp. 58-59). No mesmo sentido, Somma salienta que, inclusive no contexto crescente de internacionalização em que vivemos, o direito comparado ainda é constantemente fustigado por quem o considera um campo de investigação exótico, no mínimo desnecessário, em relação a outras expressões mais tradicionais da ciência do direito. Essa resistência, adverte Somma, se deve mais às qualidades do que aos defeitos do direito comparado, e está associada às virtudes culturais e críticas que promovem a abordagem comparatista, desestabilizando as estratégias de legitimação do jurista tradicional, apresentado como um solucionador técnico e neutro dos conflitos sociais (2015, p. 55).

Daí porque não é demais enfatizar a importância do direito comparado hoje. Mais do que isso, todavia – e o que de fato anima o presente artigo –, é preciso explicitar o *sentido* que deve assumir o direito comparado em face do movimento que *domina e direciona* a política criminal e, de conjunto, o direito penal material e processual dos Estados, especialmente na periferia do capitalismo global e no âmbito de um crescente espectro de intervenção jurídico-penal internacional.

O quadro contemporâneo tem seu embrião no movimento de guerra às drogas, na década de 1970, quando começa a se desenvolver de maneira mais decidida um projeto de "transnacionalização do controle social, cuja finalidade é dirimir as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade" (CARVALHO, 2016, p. 53). Um programa político-criminal de caráter belicista é institucionalizado ao nível das organizações internacionais, em especial a ONU, alcançando todo o globo. Em virtude de suas dificuldades internas com o consumo de drogas, os EUA, marcadamente a partir do Governo Nixon, projetam externamente o problema pela exportação de uma agenda político-criminal fundada, entre outros mecanismos de promoção de convergência (v.g. ajuda financeira e militar), em tratados que universalizam e impõem o modelo norte-americano de enfrentamento da questão das drogas.

Esse modelo, exportado e imposto do centro para a periferia,

> "[...] ignorava a alteridade, ou seja, estava alheio (ou pouco preocupado) à historicidade, às questões sociais, políticas e econômicas, bem como à relação cultural entre a droga e os grupos sociais envolvidos" (CARVALHO, 2016, pp. 60-61).

O resultado desse programa no Brasil é catastrófico, especialmente para jovens negros e pobres, que são os alvos preferenciais de criminalização e morte. Para além deste aspecto – certamente relevante, por exemplo, para uma abordagem empírico-comparada –, o programa tem profundas implicações nos mais diversos âmbitos de expressão do

direito penal brasileiro, compreendendo desde a investigação criminal (novos meios de investigação), o direito material (novos tipos penais) e o processual (novas categorias processuais), bem como a execução (nova formas). Veja-se, a modo de exemplo, a contribuição do modelo de enfrentamento às drogas para a vulgarização do instituto da prisão cautelar; para flexibilização (seletiva) da inviolabilidade do domicílio (em virtude da atribuição de "permanência" do crime); para a figura da pena de caráter desumano ou degradante (superlotação dos presídios e regime disciplinar diferenciado).

Outra categoria introduzida pela política criminal transnacional de guerra às drogas, e que viria a transformar em muitos aspectos os sistemas jurídico-penais nacionais, foi uma nova figura delituosa, a lavagem de capitais, que surgiu, pela primeira vez em sede internacional, em dezembro de 1988, quando foram adotadas no mesmo mês duas relevantes fontes em matéria penal transnacional: a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena) e os chamados Princípios do Comitê da Basiléia para Supervisão Bancária. Essa nova espécie delitiva seria posteriormente combinada com os outros projetos de harmonização político-criminal global que viriam na sequência, os relativos ao terrorismo, às organizações criminosas e à corrupção, positivados, internacionalmente, na Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999), na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo – e seus Protocolos (2000), e na Convenção contra a Corrupção – Convenção de Mérida (2003). A semente plantada com o modelo global de padronização do tratamento do problema do comércio e do consumo de estupefacientes cresceu e a experiência viria a ser replicada e expandida para cultivar outros domínios político-criminais.

De resultado, drogas, lavagem de capitais, organizações criminosas e corrupção vieram a constituir-se na contemporaneidade no *leitmotiv* da atuação das agências penais nacionais, capturadas pelo *agenda setting* que se estabelece por intermédio dos programas político-criminais transnacionais. Colaboração premiada, negociação da pena (quantidade e regime), acordo de não persecução, "informante do bem", confisco alargado, obstrução de justiça, pertinência à organização criminosa, punição de atos preparatórios (ao terrorismo), punição de atos de exaurimento ou tradicionalmente posteriores ao crime (lavagem de capitais), prisão antes do trânsito em julgado, deveres de *compliance*, pulverização da ideia de sigilo fiscal e bancário, entre outras inúmeras questões que são produtos, diretos e indiretos, desses programas político-criminais transnacionais, foram – ou pretendem ser – introjetadas no direito e no processo penal brasileiros *pela força do movimento que os promove*, e não porque sua escolha seja derivada de um processo de reflexão comparada entre diversas hipóteses de regulação disponíveis.

Longe de um processo de reflexão comparativa, no âmbito da internacionalização do direito penal, o que se testemunha é um processo unidirecional do centro para a margem, em que estão bem definidos fornecedor e consumidores de política criminal. Nesse quadro, que bem poderia se designar de *mcdonaldização* da política criminal e de suas consequentes formulações normativas, não assistimos a um processo de *convergência*

esclarecida derivada do estudo e da comparação das diversas opções regulatórias desenvolvidas por diferentes democracias constitucionais, no qual se realizasse um intercâmbio livre de soluções jurídicas entre os vários sistemas que são, de fato, afetados por problemas com elementos em comum (CORREA, 2017, p. 116). Pelo contrário, presencia-se um desenvolvimento no qual os diversos sistemas jurídicos nacionais aproximam-se do sistema vigente nos Estados Unidos, no que Adán Nieto qualifica como uma *americanização do direito penal* (2009, passim). Também nesta linha é o diagnóstico de Vogel, advertindo que "a política criminal estadunidense é a mais influente em escala planetária" (2005, p. 118).

Não por outra razão, uma investigação comparativa, em perspectiva genealógica, que se debruce sobre as origens daqueles programas político-criminais – e seus princípios e categorias –, que têm pautado a atuação das agências penais brasileiras e mobilizado de maneira mais incisiva todo o sistema de justiça criminal, desvelaria que políticas criminais nascidas nos Estados Unidos se estenderam ao mundo todo, no corpo de um plano de ação global expressamente declarado (*International Crime Control Strategy*) que identifica espécies delitivas com dinâmica transnacional como ameaças à segurança nacional estadunidense e determina uma atuação em sede de política externa orientada à contenção desse suposto inimigo (CORREA, 2017, pp. 18-119).

Contudo, a convergência para os modelos de *common law* anglo-americano não se restringe ao domínio penal – e, portanto, a estas supostas ameaças – e está, de modo mais amplo, conectada com a expansão do modelo globalizante de capitalismo de matriz neoliberal ou capitalismo neoamericano. Somma adverte – com olhar não circunscrito ao domínio penal – que a padronização das "regras do jogo" está associada ao desejo de diminuição dos custos de circulação e produção, aumentando o grau de segurança jurídica a que corresponde uma menor ingerência dos poderes públicos na atividade privada. Nesse quadro, a tradição de *common law* é apresentada como menos interventiva, devendo ser preferida em relação à *civil law*. Para isso, ao lado de outras estratégias culturais, instituições como o Banco Mundial promoveram estudos – divulgados em seu relatório *Doing Business* – para sustentar a superioridade do sistema de *common law* sobre o de *civil law* relativamente à capacidade de criar um melhor ambiente para o desenvolvimento da atividade empresarial, uma tese, salienta Somma, sem base empírica adequada e orientada ideologicamente (2015, pp. 141-144).

Ninguém haveria de estranhar, nesse contexto, que a primeira convenção internacional relativa ao tema da corrupção, de 1997, é da Organização para a Cooperação Econômica e o Desenvolvimento (OCDE), e contém, o tratado, como anexo, uma tabela com as estatísticas de exportações dos países-membros. A posterior Convenção da ONU contra a Corrupção (2003) expandiria globalmente a temática, e no corpo dessa política criminal são carregados amplamente modelos de *common law*, tomando como referência o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) e viabilizando sua maior aplicação no estrangeiro. A origem e as razões fundantes do movimento são conhecidas. Como salientam Ferreira e Morosini, "Com a implementação da FCPA, o governo dos EUA começou a pressionar

para a internacionalização da luta contra a corrupção e a adoção pelos países de lei semelhante" (2013, p. 264). O objetivo seria superar "as discrepâncias entre as condições regulamentares para as empresas dos EUA e as de outros países, que seriam ligadas pelo mesmo regime internacional anticorrupção" (Idem).

4. Um direito penal comparado desde a margem: com que sentido?

O direito penal comparado, neste contexto, e desde a margem, que sentido deve assumir? A realidade marginal de um país como o Brasil em muito se diferencia dos contextos geográficos nos quais grande parte de tais diretrizes normativas foram concebidas e articuladas. Se mesmo nos contextos originais as motivações já parecem questionáveis pelo fato de visarem à satisfação de interesses estranhos aos que devem demarcar o território de possibilidades de aplicação do direito penal, no Brasil, a recepção irrefletida e pouco cuidadosa de tais categorias pode facilmente se mostrar conducente à produção de verdadeiros desastres político-criminais. O século XX está repleto de importações indevidas de institutos e teorias que não se coadunam com a realidade concreta do país, seja na esfera normativa ou no âmbito das práticas punitivas efetivamente implementadas. São muitas as feridas provocadas pela abdicação de um lugar de fala próprio e dedicado a um esforço de contenção, como na atual quadra histórica exige a própria Constituição. Resistir contra esse processo é um esforço decolonial por definição. Sob essa perspectiva, cuida-se de atentar para influxos globais de índole punitivistas contra os quais é necessário se acautelar, diante de um contexto internacional caracterizado por crescente complexidade. Como observam Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar,

> "Assiste-se hoje a uma dinâmica muito particular do poder mundial, em que: a) os Estados perdem parte de seu poder de decisão, sitiados por algumas centenas de macrocorporações transnacionais que operam com cálculos de rendimento imediato; b) a concentração de riqueza se acentua e assume características estruturais; c) a distância entre o centro e a periferia do poder mundial se amplia; d) o poder se contenta com mercados que excluem setores da população cada vez maiores; e) a capacidade de planejamento a longo prazo acha-se neutralizada; f) o discurso penal inquisitório torna-se revestido por critérios que pretendem prescindir de ideologias (erradamente chamados de pragmáticos); g) no plano internacional assiste-se a atos de franca intervenção punitiva e a Suprema Corte dos Estados Unidos, consagrando o princípio *male captus bene detentus*, legitima a competência para o sequestro estrangeiro; e h) os organismos internacionais se encontram em uma perigosa situação de fragilidade" (2003, p. 333-334).

Nesse sentido, para responder a provocação sobre o sentido que deve assumir o direito comparado desde a margem, é preciso destacar que não há direito comparado propriamente dito quando o resultado é, invariavelmente, a convergência para uma única determinada matriz jurídica ou se procede à hierarquização das famílias jurídicas, com base em interesses

subjacentes e não explicitados. Quando assim ocorre, o que se desvela é uma função já conhecida dos comparatistas, a do uso do direito comparado como geopolítica, inserindo-se a comparação no conjunto de estratégias culturais de um projeto de governança (SOMMA, p. 81).

É verdade que não há nenhuma novidade na influência dos modelos políticos dos países centrais nos Estados marginais e nas colônias, situando o direito latino-americano na periferia do centro ocidental (SOMMA, 2015, pp. 121-123). O direito penal alemão, por exemplo, influenciou fortemente o direito penal material brasileiro – como de resto, a toda a América Latina, Portugal e Espanha –, o que em boa parte derivava de uma compreensão de sua maior evolução teórica (GIACOMOLLI e SILVA, 2010, p. 565). O sistema processual penal brasileiro é herdeiro da tradição inquisitória: não só recepcionou o processo penal do inimigo fundado no século XIII, como sua releitura moderna, que pode ser encontrada no *Code d'instruction criminelle*, de 1808. O Código de Napoleão efetivamente fundou o chamado sistema misto de processo penal, cujo sentido consistia em promover uma "restauração inquisitória", retomando o espírito das Ordenações do século XVII, verdadeiros monumentos legislativos laicos da sistemática inquisitória. Com ele, foi abandonado um sistema de inspiração acusatória, adotado após a Revolução Francesa: o poder punitivo era novamente convocado para desempenhar a sua tradicional função de extermínio da diferença, assegurando a consolidação da nova ordem vigente (KHALED JR, 2020, p. 145). O sistema misto se difundiu na Europa e alcançou a América Latina. Francisco Campos, ministro da Justiça do Estado Novo de Vargas, bem soube honrar a tradição autoritária pela qual tinha simpatia. Projetou um código de processo penal condizente com o espírito de seu tempo e inspirado na obra de Manzini, arquiteto por excelência do edifício jurídico da Itália fascista, desse modo, é forte a influência no CPP de referências colhidas no Código Rocco, um modelo ideológico que "manteve-se praticamente intacto." (GIACOMOLLI, 2015, p. 160).

Todavia, é possível dizer, ao menos no caso brasileiro após o período colonial, que havia maior diversidade nos "fornecedores", e que a referência adotada não era *de um modelo que se impunha*, capitaneado por organizações internacionais, se bem que refletindo uma opção e interesse político-criminal individualmente bem definido. O processo de internacionalização do direito penal representa uma mudança de perspectiva, instituindo uma instância de comparação *sem nacionalidade* (declarada), portanto, perigosamente universal.

Se é certo que as categorias que integram os programas de homogeneização político-criminal não devem ser presumidas, de modo provinciano, como males em si, em virtude de sua origem internacional ou estrangeira (um preconceito que aqui se refuta fortemente, em qualquer campo, como premissa), também é certo que não devem ser presumidas, também em virtude dessa origem, como imanentemente benfazejas ou adequadas ao nosso sistema jurídico-penal, colonizadamente concebido como sempre demandante de civilização e modernização pelo exterior que nos *norteia*.

Como advertiu Fragoso, a simples transposição de categorias externas é o perigo da investigação comparada, e não é, em verdade, direito comparado. Não haverá trabalho válido, nesse campo, sem se considerar a realidade criminológica, o contexto cultural,

econômico e social das referências em comparação (1977, pp. 24-25). E no campo penal, as opções punitivas, ao ingressarem no domínio do discurso universal, não raro começam a ser "invocados de forma autônoma e distante das especificidades locais" (CARVALHO, 2016, p. 53).

Assim, o direito penal comparado deve cumprir uma tarefa fundamental de nosso tempo, que é a de promover, ao lado de uma crítica ao direito nacional – para o que sempre esteve disponível – uma reflexão adequada sobre o processo de homogeneização que nos é imposto. Esse é, na contemporaneidade, o seu sentido mais relevante e novo. É nesta disciplina que se pode encontrar o instrumental necessário para pôr em perspectivas as pluralidades, as identidades e, por certo, as convergências, de modo a que, nos diversos âmbitos em que a ciência jurídico-penal comparada pode prestar auxílio, estejam presentes os aspectos genealógicos, culturais, geopolíticos, sistêmicos, empíricos e teóricos relevantes à tomada de decisão político-criminal desde a nossa realidade marginal.

5. Considerações finais

O presente artigo abordou o direito penal comparado na era da política criminal transnacional.

Procurou-se demonstrar a relevância que assume o direito penal comparado no quadro de uma agenda de homogeneização dos principais aspectos da política criminal dos Estados, que se encontram submetidos a programas que, ao lado de pretender indicar quais desvios socionormativos devem ser objeto da atenção preferencial dos sistemas de justiça criminal, fornece normas e treinamento para sua implementação e aplicação no âmbito interno dos Estados. Tais programas desconsideram a diversidade e pretendem impor uma agenda global para a política criminal, que visa atender aos interesses do capital, desconsiderando a heterogeneidade cultural e as diferentes realidades vividas em circunscrições geográficas distintas.

A partir de uma perspectiva crítica desse movimento, identificou-se que o que se presencia não é um diálogo entre culturas jurídicas, uma conversação entre saberes que, em uma perspectiva comparada, são postos à disposição de reformadores nacionais que objetivem uma qualificação sistematizada e coerente dos sistemas de direito penal, em um sentido amplo. Pelo contrário, evidenciou-se presenciarmos um movimento de direcionamento dos sistemas nacionais, levados a convergir para modelos político-criminais predeterminados, inseridos e oriundos de uma bem identificada cultura jurídica, bem como associados com um determinado modelo de capitalismo.

O processo, a que também sinalizamos como de *mcdonaldização* da política criminal, caminha no sentido oposto ao de uma sociedade global multicultural, e não é dialógico, derivado de observação e aprendizado recíprocos. Ao oposto, se estabelece de forma monológica, em que há um emissor e receptores bem definidos, do centro para a margem, em uma conversação unidirecional. Não parece exagerado pensar em tal processo como algo

que remete aos primórdios do anseio colonial. O (neo)colonialismo normativo é movido por uma retórica altamente persuasiva e asséptica, apresentada como civilizatória e cooperativa, mas que não deve ser recepcionada acriticamente.

Por isso, é necessário que o direito penal comparado assuma um sentido próprio em face desse quadro, que representa uma mudança de perspectiva, se ressignificando em face de um novo contexto histórico-jurídico, para servir como instrumento de subversão e resistência contra imposições valorativo-normativas desajustadas de nossa periférica realidade jurídica, econômica e social.

A comparação, propriamente feita e esclarecida, é a antítese do adesismo. Compararemos, analítica e criticamente, com liberdade de pensamento e ação, no quadro da diversidade global e assentados em nossas vivências sociais e normativas, antes de adotar a "lei modelo" divulgada no Twitter.

6. Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMBOS, Kai. Estado y futuro del derecho penal comparado. *Revista Criminalia*, Anõ LXXXVI-1, Vol. 86, n. 1, Ciudad de México, Enero-Abril 2019.

ANCEL, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1980.

CARVALHO, Salo de. *A Política Criminal de Drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CLARK, Roger S. *The United Nations Crime Prevention and Criminal Justice Program*: Formulation of Standards and Efforts at Their Implementation. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1994.

CORREA, Eduardo Pitrez de Aguiar. *Política Criminal Transnacional da Sociedade em Rede*: regimes de proibição global, margem de apreciação, princípio da norma mais favorável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERREIRA, Luciano Vaz; MOROSINI, Fabio Costa. A implementação da Lei Internacional Anticorrupção no comércio: o controle legal da corrupção direcionado às empresas transnacionais. In: *Austral*: Revista Brasileira de Estratégia e Relações Internacionais, v. 2, n. 3, Porto Alegre, pp. 257-277, Jan.-Jun. 2013.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. O Direito Penal Comparado na América Latina. In: *Revista Penal*, n. 24, Forense, Rio de Janeiro, pp. 17-25, jan.-dez. 1977.

GIACOMOLLI, Nereu; SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. Panorama do Princípio da Legalidade no Direito Penal Alemão Vigente. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 2, pp. 565-582, jul.-dez. 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Desenvolvimento, Tarefas e Método do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.

JIMENEZ SERRANO, Pablo. *Como Utilizar o Direito Comparado para a Elaboração de Tese Científica*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal*: para além da ambição inquistorial. 3. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

MARTÍN, Adán Nieto. ¿Americanización o Europeización del Derecho Penal Económico? In: DELMAS-MARTY, Delmas (Coord.) et al. *Los Caminos de la Armonización Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

MAYDA, Jaro. Algunas Reflexiones Críticas sobre el Derecho Comparado Contemporáneo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Ciudad de México, n. 9, pp. 639-666, 1970.

OEA. OEA-*Cooperación Jurídica El carácter trasnacional de los delitos presenta amplios desafíos, volviendo fundamental la Asistencia Mutua entre los Estados*._ @OEA_oficial Conoce la Ley Modelo en este tema [bit.ly/LM_asistencia]. 17.09.2020. Twitter: *@OEA_Justicia*. Disponível em: [twitter.com/oea_justicia]. Acesso em: 18.09.2020.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. El Derecho Comparado del Siglo XXI. In: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008. pp. 1099-1107. Disponível em: [www.redalyc.org/articulo.oa?id=42723039034]. Acesso em: 15.09.2020.

SOMMA, Alessandro. *Introducción al Derecho comparado*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

UNODC. *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Segunda edición revisada, 2012. Naciones Unidas, Nueva York, 2012. Disponível em: [www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_corruption/Publicacoes/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf]. Acesso em: 15.09.2020.

VOGEL, Joachim. Derecho Penal y Globalización. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 9, Madrid, pp. 113-126, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología*: aproximación desde un margen. Bogotá: Temis, 1988.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Funções, métodos e limites do direito penal comparado, de Albin Eser e Luiz Henrique Carvalheiro Rossetto – *RBCCrim* 178/19-46 (DTR\2021\3719); e
- Reflexões sobre o papel do direito penal comparado no desenvolvimento do direito penal e sua relação com a dogmática penal, de Emília Merlini Giuliani – *RBCCrim* 178/103-148 (DTR\2021\5588).

A criminalização do não recolhimento de ICMS próprio declarado: considerações sobre as novas diretrizes do STJ e do STF

The criminalization of the non-payment of the tax on sales and services (ICMS) calculated in its own regime which has been declared: considerations on the new guidelines set by the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court

Fernando Oscar Castelo Branco

Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da PUC-SP. Mestre e Doutorando em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da PUC-SP. Advogado Criminalista no escritório Castelo Branco Advogados Associados.
fernando@cbadvogados.com.br
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7932887695556451].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-4372-6162].

José Carlos Cardoso Souza

Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de Marília (Unimar). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de São Paulo (UNESP). Doutorando em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da PUC-SP.
jccvlcardoso@gmail.com
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7949784844726157].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9473-730X].

Recebido em: 08.05.2020
Aprovado em: 20.07.2020
Última versão dos autores: 22.03.2021

Áreas do Direito: Tributário; Penal

Resumo: O presente artigo aborda a criminalização da conduta do não recolhimento do ICMS apurado em regime próprio, ainda que declarado ao Fisco, nos termos do artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990 (*apropriação indébita tributária*),

Abstract: This article enters the center of the discussion about the criminalization of the conduct of non-payment of ICMS calculated in its own regime, even when the amount is declared to the Tax Authorities, by identifying the

Branco, Fernando Oscar Castelo; Souza, José Carlos Cardoso. A criminalização do não recolhimento de ICMS próprio declarado: considerações sobre as novas diretrizes do STJ e do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 182. ano 29. p. 121-159. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

identificando os argumentos aduzidos pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal nos recentes (e polêmicos) julgamentos do HC 399.109/SC e do RHC 163.334/SC, respectivamente. No desenvolvimento do estudo, a partir das premissas e dos institutos da dogmática jurídico-penal, é feita cautelosa análise dos fundamentos utilizados pelos Ministros tanto pela tipicidade quanto pela atipicidade, em paralela comparação com o entendimento doutrinário qualificado, para, ao fim, realizar importantes considerações sobre a tese restritiva definida pelo Supremo Tribunal Federal, com o objetivo de balizar a aplicação da apropriação indébita tributária do ICMS próprio pelos operadores do Direito.

Palavras-Chave: Apropriação indébita tributária – ICMS próprio – Interpretação restritiva.

arguments presented by the Ministers of the Brazilian Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court involved in the recent (and polemic) trials (HC 399,109/SC and RHC 163,334/SC), considering that actions as tax misappropriation (article 2, II, of Law 8,137/1990). This study, based in the penal-juridical premises and institutions, is developed by a cautelous analysis of the justifications used by the Ministers in your decisions whether to criminalize or not, what is compared with the qualified doctrinal thinking. In the end, the real target of this article is to realize important considerations about the thesis fixed by the Federal Supreme Court, aiming to guide the restrictive interpretation of this new understanding by those responsible for applying the law.

Keywords: Tax misappropriation – ICMS calculated in its own regime – Rigid interpretation.

Sumário: 1. Introdução. 2. A inter-relação entre Direito Penal e Direito Tributário. 3. Enquadramento do ICMS próprio declarado no tipo penal de apropriação indébita tributária (art. 2º, II, da Lei 8.137/1990) diante dos recentes julgamentos do STJ e do STF. 3.1. Elemento subjetivo especial do tipo. 3.2. Elemento normativo do tipo: "cobrado". 4. A tese fixada pelo STF no julgamento do RHC 163.334/SC: cláusulas de restrição. 4.1. Dolo de apropriação. 4.2. Devedor contumaz. 4.3. Necessária modulação dos efeitos temporais do acórdão. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise da criminalização do não recolhimento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (ICMS) "próprio" declarado, cujo enquadramento se ajustou na forma do tipo penal de apropriação indébita tributária (artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990).

O tema ganhou significativa repercussão no cenário nacional em decorrência dos recentes julgamentos do Superior Tribunal de Justiça (HC 399.109/SC) e do Supremo Tribunal Federal (RHC 163.334/SC), pois os entendimentos ali firmados trouxeram novidades na forma de tratamento da questão, o que conduzirá (e já está conduzindo), necessariamente, a um impacto geral nos mecanismos de criminalização secundária aplicados por magistrados, membros do Ministério Público e agentes da polícia judiciária.

Muito embora as decisões colegiadas sejam desprovidas de eficácia vinculante e efeitos *erga omnes*, nos moldes previstos pela legislação, é inegável que os acórdãos servirão (e já estão servindo) como verdadeira bússola para todos os operadores do sistema penal, razão pela qual são indispensáveis a discussão e o estudo crítico de determinados pontos.

Inicialmente, é necessário assinalar que importantes aspectos inscritos naquelas decisões colegiadas ainda não foram devidamente esclarecidos, motivo pelo qual o presente estudo busca dirimir ou, ao menos, atenuar, as controvérsias verificadas.

Não são poucas as divergências sobre o tema, tanto no plano doutrinário quanto na jurisprudência: o próprio Superior Tribunal de Justiça apresentava diferentes posições entre as turmas criminais, visto que o recente julgamento do *Habeas Corpus* 399.109/SC, realizado pela Terceira Seção daquela Corte, resultou de apertada decisão majoritária, com placar de cinco votos a três; já o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 163.334/SC em dezembro de 2019, confirmou, por sete votos a três, a decisão referendada naquela Corte Superior, ou seja, nada menos do que 1/3 dos respectivos órgãos colegiados se opõe ao entendimento assentado nas decisões promulgadas.

O expressivo número de votos em contraste demonstra, com nitidez, a patente diversidade de opiniões e a ausência de pacificação de entendimento.

Nesse ponto, deve-se destacar a importância dos votos divergentes do Ministro Gilmar Mendes e da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, utilizados como referência neste artigo, por ser, a nosso ver, a interpretação mais adequada, pois estão em consonância com a doutrina qualificada amplamente majoritária.

Entre os principais pontos em divergência, destaca-se a criminalização do simples descumprimento de obrigações existentes na seara administrativa.

A doutrina mais qualificada é assertiva ao defender que não basta o mero inadimplemento das obrigações para a configuração de crime tributário, pois se trataria de mero ilícito fiscal. Vale, por isso, a regra de exigência do dolo específico de fraudar o fisco, sendo crucial a verificação do elemento subjetivo especial do tipo, que não pode ser simplificado como um elemento subjetivo geral. Em outras palavras, não é suficiente o mero dolo genérico no tipo penal previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por meio dos votos vencedores na definição da decisão em comento, conferiu diferente interpretação ao requisito do elemento subjetivo e, de forma complementar, trouxe a figura peculiar do "devedor contumaz", cuja conceituação é ainda extremamente ampla e vagamente associada, por alguns juristas, à violação da concorrência e do princípio da ordem econômica, ideia derivada de um raciocínio analógico com alto grau de subjetividade, o que, frise-se, é vedado em matéria penal, em que se exige interpretação restritiva dos elementos (subjetivos e objetivos) da estrutura típica.

Apesar do próprio acórdão ter ressalvado que tal circunstância deve ser interpretada de maneira não discricionária nem arbitrária, será árdua a tarefa de evitar subjetivismos

por parte dos julgadores no emprego deste termo, nitidamente vago e indeterminado, pois a cultura punitivista e criminalizadora, atualmente preponderante no sistema de justiça criminal brasileiro, tende a favorecer interpretações abrangentes no sentido de ampliar o espectro de alcance do tipo penal em análise, ainda que o resultado seja a violação de regras e princípios constitucionais.

Outro importante aspecto do problema ora tratado é o perigo da equivocada invocação de institutos e conceitos jurídico-tributários para fins de enquadramento de condutas no tipo penal previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990, principalmente com relação à verificação do sujeito passivo da obrigação tributária do ICMS próprio, uma vez que o referido delito pressupõe a apropriação de valores de terceiros.

Aliás, um dos grandes desafios oriundos dessa discussão é exatamente o envolvimento simultâneo de conceitos, princípios e regras de Direito Tributário e Direito Penal, ancorados, muitas vezes, em bases e fundamentos diversos.

Esclarecido o cerne do problema de pesquisa e a partir do quadro apresentado, o presente artigo, em sua estratégia metodológica, se propõe a estudar essa nova forma de criminalização em cinco passos progressivos ao longo do desenvolvimento dos capítulos: a) definição da base teórica circundante à questão, compreendendo a intersecção entre Direito Penal e Direito Tributário; b) identificação dos fundamentos essenciais que embasaram as decisões judiciais mencionadas; c) destaque das posições divergentes e seus argumentos principais; d) análise do pensamento doutrinário a respeito da questão; e) considerações sobre a necessária adequação, no campo prático, da interpretação restritiva das duas categorias centrais do debate ("dolo de apropriação" e "devedor contumaz"), oriundas da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no RHC 163.334/SC, assim como sua modulação temporal, em consonância com o princípio da irretroatividade penal, também aplicável às alterações de consolidada jurisprudência, como se demonstrará.

Ainda que não se concorde com o posicionamento jurisprudencial majoritário pela criminalização do não recolhimento do ICMS próprio declarado, esse artigo busca, ao fim, trazer efetiva contribuição prática para balizar a forma de utilização dos fatores "dolo de apropriação" e "devedor contumaz" de acordo com a devida interpretação restritiva, imperativa em Direito Penal, bem como delimitar seu alcance temporal.

2. A inter-relação entre Direito Penal e Direito Tributário

É inegavelmente forte a simbiose existente entre esses dois campos jurídicos, verificável na semelhança estrutural das normas penal e tributária, na forma como a tipicidade e as tipologias (fato gerador *versus* fato típico, antijurídico e culpável) de ambos os ramos são similares e no importante ponto de intersecção entre eles, potencializado no objeto de estudo do presente artigo: a forma específica de configuração de crime contra a ordem tributária.

Apesar dos pontos de convergência, estes não são naturais, mas construídos, ou seja, não é da essência das duas áreas a manutenção de uma relação de tanta proximidade, o que configura o risco de importações utilitaristas recíprocas, na medida em que passam a precisar uma da outra para definir figuras típicas para a sustentação de um juízo já definido *a priori*.

Por essas diferenças, é necessário cautela com as possíveis consequências dessa relação para o Estado Democrático de Direito brasileiro.

De fato, do ponto de vista estrutural, há fortes semelhanças entre as tipologias utilizadas nas dogmáticas jurídico-penal e jurídico-tributária, visto que a norma penal e a norma tributária guardam estrita proximidade, na medida em que apresentam similar formato.

Uma coisa, porém, é a estrutura das normas; outra é o seu conteúdo, que varia em função dos princípios orientadores de cada campo, de sua respectiva epistemologia e das peculiaridades das condutas reguladas: o Direito Tributário regula o fato jurídico tributário e suas variadas formas de apuração; já o Direito Penal tutela, grosso modo, a causação de danos ou riscos a bens jurídicos relevantes à sociedade.

Ainda assim, o ápice do diálogo entre Direito Penal e Direito Tributário se exterioriza com a tipificação penal dos crimes contra a ordem tributária, quando a norma penal incriminadora classifica como o agente passível de responsabilização criminal por certa conduta aquele que é também o sujeito passivo da obrigação tributária. É o caso da apropriação indébita tributária.

Neste ponto de intersecção, passa a fazer-se necessária a exata delimitação do sujeito passivo tributário, na medida em que acarretará a responsabilização na esfera criminal.

No crime do artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990, o problema ocorre na interpretação do termo "cobrado", figura que não se apresenta quando se trata de ICMS próprio declarado, motivo pelo qual o seu não recolhimento não é crime, visto tratar-se de mero inadimplemento, como será melhor exposto a seguir.

O problema consiste na mistura de categorias dos diferentes ramos do Direito no momento de sua aplicação:

> "[...] os crimes tributários não se confundem com as infrações tributárias; contudo, sempre e quando o delito fiscal tenha como pressuposto lógico, ou fático, o dever de pagar tributo, será necessário constatar se houve, ou não, a prática de uma infração tributária. Nisso reside a necessidade de constatar a dupla tipicidade, qual seja, tanto tributária quanto penal." (BITTENCOURT, 2016, p. 677.)

Essa recorrente confusão é uma determinante do atual expansionismo do denominado Direito Penal Econômico, fenômeno global de mitigação de uma série de princípios penais.

Assim, o que se defende no presente artigo é a não utilização da lógica jurídico-penal como "apêndice inadequado do Direito Tributário comum, buscando servir de

instrumento do Estado para a cobrança de tributos" (NUCCI, 2010, p. 1037). É nesse sentido que se torna extremamente temerário o estreitamento da relação entre Direito Penal e Direito Tributário.

3. ENQUADRAMENTO DO ICMS PRÓPRIO DECLARADO NO TIPO PENAL DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA TRIBUTÁRIA (ART. 2º, II, DA LEI 8.137/1990) DIANTE DOS RECENTES JULGAMENTOS DO STJ E DO STF

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 163.334/SC, em dezembro de 2019[1], referendou, por sete votos a três, a decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça proferida nos autos do HC 399.109/SC, também por maioria de votos, no sentido de que é típica a conduta do contribuinte que deixa de recolher, no prazo legal, ICMS sobre operações próprias, ainda que devidamente declaradas ao Fisco, nos termos do artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990[2]. O acórdão trouxe a seguinte ementa:

> "Ementa: Direito penal. Recurso em habeas corpus. Não recolhimento do valor de ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço. Tipicidade.
>
> 1. O contribuinte que deixa de recolher o valor do ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço apropria-se de valor de tributo, realizando o tipo penal do art. 2º, II, da Lei no 8.137/1990. 2. Em primeiro lugar, uma interpretação semântica e sistemática da regra penal indica a adequação típica da conduta, pois a lei não faz diferenciação entre as espécies de sujeitos passivos tributários, exigindo apenas a cobrança do valor do tributo seguida da falta de seu recolhimento aos cofres públicos. 3. Em segundo lugar, uma interpretação histórica, a partir dos trabalhos legislativos, demonstra a intenção do Congresso Nacional de tipificar a conduta. De igual modo, do ponto de vista do direito comparado, constata-se não se tratar de excentricidade brasileira, pois se encontram tipos penais assemelhados em países como Itália, Portugal e EUA. 4. Em terceiro lugar, uma interpretação teleológica voltada à proteção da ordem tributária e uma interpretação atenta às consequências da decisão conduzem ao reconhecimento da tipicidade da conduta. Por um lado, a apropriação indébita do ICMS, o tributo mais sonegado do País, gera graves danos ao erário e à livre concorrência. Por outro lado, é virtualmente impossível que alguém seja preso por esse delito. 5. Impõe-se, porém, uma interpretação restritiva do tipo, de modo que *somente se considera criminosa a inadimplência sistemática, contumaz, verdadeiro modus operandi do empresário, seja para enriquecimento ilícito, para lesar a concorrência ou para financiar as próprias atividades*. 6. A caracterização do crime depende da demonstração do dolo de apropriação, a

1. Apesar de o julgamento ter ocorrido em 18.12.2019, o acórdão foi publicado apenas em 13.11.2020.

2. "Constitui crime da mesma natureza [*crime contra a ordem tributária*]: II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos."

> ser apurado a partir de circunstâncias objetivas factuais, tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de "laranjas" no quadro societário, a falta de tentativa de regularização dos débitos, o encerramento irregular das suas atividades, a existência de débitos inscritos em dívida ativa em valor superior ao capital social integralizado etc. 7. Recurso desprovido. 8. Fixação da seguinte tese: *O contribuinte que deixa de recolher,* de forma contumaz e com dolo de apropriação*, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço incide no tipo penal do art. 2º, II, da Lei 8.137/1990*." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – grifos nossos)

O caso concreto que originou o debate perante os tribunais de superposição decorre de denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra dois empresários que deixaram de recolher, em oito meses não consecutivos entre os anos de 2008 e 2010, a quantia total de R$ 30.463,05 aos cofres públicos, referente ao ICMS sobre operações próprias, tendo sido denunciados pelo tipo penal de apropriação indébita tributária.

Embora os empresários tenham sido absolvidos sumariamente em razão da atipicidade da conduta, o Ministério Público recorreu da decisão, a qual foi reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que determinou o prosseguimento da ação penal. O acórdão motivou a impetração de *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça, que até então tinha posicionamento dividido sobre o tema em suas Turmas criminais, e, posteriormente, a interposição de recurso ordinário perante a Suprema Corte.

Os Ministros vencidos sustentaram, com base em doutrina amplamente majoritária, que o simples inadimplemento fiscal, sem a identificação de comportamento fraudulento, não pode ser objeto de tutela penal, utilizada somente de forma fragmentária e subsidiária.

Argumentaram, ainda, que os elementos normativos do tipo, "descontado" e "cobrado", à luz dos conceitos do Direito Tributário, se referem à hipótese de responsabilidade tributária – em que o sujeito passivo indireto desconta ou cobra valores pertencentes ao contribuinte e deixa de recolhê-los ao erário –, o que impediria sua aplicação no caso de ICMS próprio, no qual não haveria a "cobrança" ou o "desconto" do tributo.

Por outro lado, a corrente vencedora, liderada pelos Relatores em ambas as Cortes, argumentou que, à semelhança do que ocorre na apropriação indébita prevista no artigo 168 do Código Penal, a apropriação indébita tributária pressupõe apenas a retenção de coisa alheia móvel da qual se obteve a posse de forma lícita e legítima com a finalidade de se apropriar dela, de modo que o fato de o agente declarar os valores ao Fisco não tem o condão de elidir o crime, já que, segundo essa posição, a clandestinidade, fraude ou qualquer outro ardil não compõem a estrutura típica do delito:

> "Para a configuração do delito de apropriação indébita tributária – tal qual se dá com a apropriação indébita em geral – o fato de o agente registrar, apurar e declarar em guia própria ou em livros fiscais o imposto devido não tem o condão de elidir ou exercer

> nenhuma influência na prática do delito, visto que este não pressupõe a clandestinidade. O sujeito ativo do crime de apropriação indébita tributária é aquele que ostenta a qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária, conforme claramente descrito pelo art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990, que exige, para sua configuração, seja a conduta dolosa (elemento subjetivo do tipo), consistente na consciência (ainda que potencial) de não recolher o valor do tributo devido. A motivação, no entanto, não possui importância no campo da tipicidade, ou seja, é prescindível a existência de elemento subjetivo especial." (STJ, HC 399.109/SC, 3ª S., rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 22.08.2018, *DJe* 31.08.2018.)
>
> "Já na apropriação indébita tributária, a censurabilidade da conduta decorre da circunstância de que o agente toma para si um valor que não lhe pertence, ao qual teve acesso pelo único e específico motivo de lhe ter sido atribuído o dever de recolher o tributo. Diferentemente do delito do art. 1º, o tipo penal do art. 2º, II, da Lei nº 8.137/1990 não requer fraude. Considerando que, de acordo com a jurisprudência do STF, o valor do ICMS pago pelo consumidor final jamais pertenceu ao contribuinte, tratando-se de um mero ingresso temporário em sua contabilidade, o não recolhimento do imposto caracteriza apropriação indébita." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – Voto do Relator.)

Também entendeu a maioria pela inexistência de óbice no enquadramento dos casos de não recolhimento do ICMS próprio ao tipo penal previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990, especificamente quanto à alegação de atipicidade da conduta por não haver imposto "cobrado" de terceiro. De acordo com a tese vencedora, o contribuinte de direito, ao reter o valor do imposto, repassa o encargo ao consumidor final, de modo que o valor do tributo cobrado não constitui receita ou faturamento de sua propriedade, mas circula em seus cofres apenas a título de trânsito contábil, o que equivaleria efetivamente a "cobrar" o tributo do consumidor:

> "Aliás, merece destaque a circunstância de que a regra penal sequer se utiliza diretamente do termo "tributo", mas da expressão "valor do tributo". Portanto, é irrelevante, do ponto de vista jurídico-penal, saber se aquele que arca economicamente com o valor pago é ou não o contribuinte: isso porque, indiscutivelmente, a quantia por ele paga ao comerciante é o "valor do tributo", isto é, a expressão econômica ou dimensão monetária do tributo. [...] A conduta típica é mista, composta de uma ação, consistente na cobrança ou desconto do valor do tributo devido, seguida de uma omissão, o "deixar de recolher" o valor cobrado ou descontado. [...] O melhor exemplo da hipótese é justamente o do ICMS. O produtor da mercadoria, ao vendê-la, repassa o valor do imposto devido na operação ao atacadista e, no prazo legal, recolhe-o aos cofres públicos. O atacadista, de sua parte, revende a mercadoria ao varejista, repassando-lhe a carga econômica do tributo antes de recolhê-lo. Finalmente, o varejista vende a mercadoria para o consumidor final, que assume o economicamente o encargo tributário de toda a cadeia produtiva. Cada integrante da cadeia cobra o imposto do próximo adquirente do produto, até que o consumidor final, após sucessivas transferências de encargo, suporte o ônus de pagar o valor correspondente ao ICMS, acrescido ao preço do produto." (STF,

RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, DJe 13.11.2020. Voto do Relator.)

A Suprema Corte, diante da repercussão do caso – que contou com dezenas de pedidos de entidades para atuar na qualidade de *amicus curiae*[3] e ampla divulgação da mídia –, e em atenção à preocupação externada por alguns Ministros, fixou tese contendo cláusulas restritivas não previstas no tipo penal, justamente para evitar a criminalização genérica e irrestrita de empresários que eventualmente deixam de recolher o tributo e que não se utilizam da inadimplência como estratégia empresarial.

Como transcrito na ementa supramencionada, a tese fixada determina que só incide no tipo penal do artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990, "o contribuinte que deixa de recolher, de forma contumaz e com dolo de apropriação, o ICMS cobrado do adquirente da mercadoria ou serviço" (STF, RHC 163.334/SC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 13.11.2020).

Considerando que os acórdãos servirão de parâmetro para todos os operadores do Direito, mostra-se necessária a análise crítica da interpretação conferida ao tipo penal de apropriação indébita tributária, em especial, ao elemento subjetivo do crime, segundo a dogmática jurídico-penal e seus princípios basilares, e ao elemento normativo ("cobrado") de acordo com conceitos e institutos tributários[4], bem como da proposta formulada pela Suprema Corte no julgamento do RHC 163.334/SC quanto à delimitação do sujeito ativo do crime, ou seja, aquele que pratica a conduta proibida descrita no tipo penal "de forma contumaz e com dolo de apropriação".

3.1. Elemento subjetivo especial do tipo

Para que haja crime, é fundamental verificar, entre outros elementos, a tipicidade da conduta em suas duas vertentes: a objetiva (normativa), consistente em examinar se o núcleo do texto legal foi realizado, com as suas condições; e a subjetiva, que se traduz na existência de dolo ou culpa, uma vez que não são todos os tipos penais que punem a conduta culposa (negligência, imprudência e imperícia).

Em se tratando de crimes contra a ordem tributária, não se pune a ação ou omissão realizada com culpa, por causa da razão de existir destes delitos, que consiste na função

3. Ingressaram com pedido para intervir nos autos na condição de *amicus curiae*, entre outras, as seguintes entidades: Federação do Comércio de Bens, Serviços e Turismo do Estado de São Paulo (FecomercioSP); Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP); Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e Serviço Móvel Celular e Pessoal (SindiTelebrasil); Associação Brasileira do Agronegócio (ABAG); Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB); e Colégio Nacional de Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal (CONPEG).

4. Considerando inexistir divergência quanto à impossibilidade de enquadramento do não recolhimento de ICMS próprio no elemento normativo "descontado", o presente estudo abordará apenas a interpretação conferida ao termo "cobrado" constante do tipo penal em análise.

de prevenção geral negativa da pena: coibir sonegação e fraudes fiscais, atos que têm como fator essencial o dolo, que, conforme ensina Tavares (2018, p. 266-270), possui um elemento intelectivo, o conhecimento de "todos os elementos objetivos do tipo", e outro volitivo, a vontade de realizar a conduta típica e o seu resultado (lesão ou perigo a um bem jurídico).

No entanto, existem tipos penais que não se satisfazem apenas com o dolo, mas exigem a presença de outros elementos subjetivos especiais, como é o caso da apropriação indébita tributária, que não se satisfaz com a intenção de não pagar o tributo, sendo indispensável a vontade de fraudar, enganar e/ou ludibriar o Fisco, pois "a lei penal não existe para punir o devedor, e, sim, para reagir contra a fraude e a sonegação acintosa e grave" (ANDRADE FILHO, 2015, p. 86).

Tratando-se de ilícito tributário, há "maior reprovação social na conduta do contribuinte que propositadamente emprega uma fraude para se omitir do recolhimento do tributo", justificando sua caracterização como crime fiscal e, portanto, a aplicação de "uma sanção mais severa, de natureza penal" (MALAN, 2010, p. 235).

Nessa linha, a Suprema Corte já havia se manifestado no sentido de que os delitos previstos na Lei 8.137/1990, que define os crimes contra a ordem tributária, não se referem simplesmente ao inadimplemento de tributos, "mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis" (STF, RG no ARE 999.425/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, *DJe* 16.03.2017).

Não é lógico, portanto, que se considere ter havido conduta criminosa quando o indivíduo realizou a declaração do imposto, mas não o pagou, pois não é verificável a intenção de ocultar ou de se esquivar da obrigação:

> "Não queremos, em absoluto, sustentar que o contribuinte do ICMS não pode cometer crimes contra a ordem tributária. Sem dúvida que os cometerá, pelo menos em tese, se ocultar da autoridade fiscal fato relevante para o surgimento da obrigação de pagar tal tributo. Isto ocorrerá quando omitir declaração que tinha o dever legal de fazer à autoridade fiscal [...]. Também, em princípio, cometerá esta modalidade de delito quando dolosamente deturpar fatos, em prejuízo da Fazenda Pública, isto é, alterar situações que devam ser de conhecimento do Fisco, fornecendo-lhe documentos falsos (v.g., produzindo o derramamento de 'notas frias'), adulterando a escrita contábil, constituindo 'empresas fantasmas', etc. Nenhum crime cometerá, porém, quando apenas deixar de recolher o ICMS, após ter feito corretamente todas as anotações de estilo. Em suma, falta tipicidade na conduta do contribuinte que declara e não paga seu débito de ICMS." (CARRAZZA, 2010, p. 607.)

Portanto, é necessário que, para a consecução do objetivo desejado, o autor se utilize de algum meio fraudulento em sua conduta comissiva ou omissiva "que impossibilite a cobrança pelos meios ordinários" (MACHADO, 2011, p. 421).

Em sentido contrário ao sustentado pela doutrina amplamente majoritária, o Superior Tribunal de Justiça (HC 399.109/SC) e o Supremo Tribunal Federal (RHC 163.334/SC), nos termos dos votos dos Relatores, decidiram ser desnecessária a presença de fraude ou qualquer outro ardil para a imputação da apropriação indébita tributária, sendo suficiente a presença do dolo genérico de se apropriar indevidamente dos valores não repassados ao Fisco.

Por outro lado, a necessidade de identificação de comportamento fraudulento para a caracterização do crime foi corretamente sustentada nos votos vencidos proferidos pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, quando do julgamento do HC 399.109/SC, e pelo Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do RHC 163.334/SC[5].

Para ambos, o dolo genérico de não recolher o tributo, sem a fraude, não é suficiente para se imputar o crime de apropriação indébita tributária, pois inexistente a carga de reprovabilidade necessária para legitimar a intervenção criminal, marcada pela subsidiariedade e intervenção mínima:

> "Com efeito, a sonegação fiscal evidencia o fim deliberado de suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social mediante artifício fraudulento, configurando o ilícito penal previsto na Lei no 8.137/90. Por outro lado, o atraso ou descumprimento da obrigação de recolher tributo próprio que já foi regularmente declarado pelo contribuinte constitui inadimplência fiscal que configura ilícito administrativo passível de execução fiscal e inscrição em dívida ativa. [...] De todo o exposto resulta que a conduta consistente em deixar de recolher, no prazo legal, o valor do ICMS referente às operações próprias, corretamente declaradas pelo contribuinte, não constitui apropriação indébita tributária, nem sonegação fiscal. Tratando-se de fato fato atípico, não pode o Estado valer-se do direito penal como instrumento de arrecadação, nem o Judiciário acolher pretensão que culminaria, em última análise, em prisão civil por dívida." (STJ, HC no 399.109/SC, 3ª S., rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 22.08.2018, *DJe* 31.08.2018 – Voto da Min. Maria Thereza de Assis Moura.)
>
> "Isso significa que o mero dolo de não recolher o tributo, de uma forma genérica, é insuficiente para preencher o tipo subjetivo do art. 2º, inciso II, da Lei 8.137/1990, sendo necessária a presença de uma vontade de apropriação fraudulenta dos valores do fisco para materializar o elemento subjetivo especial do tipo em apreço. Tal *animus* se manifesta pelo ardil de omitir e/ou alterar os valores devidos e se exclui, logicamente, com a devida declaração da espécie tributária junto aos órgãos da administração fiscal [...] a intervenção criminal só se justifica na medida em que houver alguma forma de fraude por parte do agente, já que a fraude, e não a dívida, é o objeto da norma penal [...] um direito penal tributário que sobrepõe interesses arrecadatórios a garantias individuais fundamentais avança um limite não permitido pela ordem constitucional, ofendendo, assim, o princípio da subsidiariedade." (STF, RHC 163.334/SC, TP,

5. No STJ, Os Ministros Jorge Mussi e Sebastião Reis Júnior acompanharam o voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Já no STF, os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio acompanharam a corrente minoritária liderada pelo Ministro Gilmar Mendes.

> rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – Voto do Min. Gilmar Mendes.)

É importante ressaltar que não se faz aqui apologia à sonegação fiscal ou qualquer apelo à sua descriminalização, pois se reconhece a gravidade dos crimes contra a ordem tributária, que ferem o bem jurídico supraindividual da ordem econômico-tributária. Assim, é incontestável que, "se o não pagamento do ICMS próprio vier acompanhado de fraude, sonegação, dissimulação ou omissão dolosa de obrigações acessórias, haverá crime" (BOTTINI; SANTIAGO, 2018).

Entretanto, adverte-se para a necessária cautela de restrição da criminalização, exclusivamente às hipóteses em que esteja configurada a vontade consciente de fraudar, sonegar, dissimular ou omitir obrigações acessórias.

3.2. Elemento normativo do tipo: "cobrado"

Verificada a imputação subjetiva, passa-se à análise da imputação normativa, que consiste na compreensão do tipo objetivo, ou seja, do enunciado normativo em que o termo "cobrado" aparece como condição objetiva para a tipificação do crime previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990.

Fundamental, portanto, que se compreenda o significado do termo "cobrado" no contexto em que é utilizado pelo Direito Tributário, conforme precisa orientação da doutrina:

> "é preciso conhecer a qualificação que a lei tributária dá a estes fatos, os efeitos que a lei tributária dá a estes fatos, os efeitos que a lei tributária atribui a esses fatos, a qualificação que dá aos agentes em torno desses fatos, para só depois entender o fato jurídico sobre o qual poderá incidir a lei penal. Então, diante da lei penal, a lei tributária é uma lei de subposição." (ATALIBA, 1994, p. 30.)

A correta delimitação das expressões tributárias é fundamental, pois permite conferir à norma penal a máxima precisão de seus elementos, em obediência ao princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal), o qual assegura que "o cidadão não será submetido à coerção penal distinta daquela predisposta em lei" (BATISTA, 2004, p. 67).

O ICMS pode ser apurado e pago em regimes diferentes, entre os quais se destacam o Regime Normal e o Regime de Substituição Tributária (ICMS-ST), que gera a retenção antecipada.

No regime normal (ICMS próprio), de tributação plurifásica não cumulativa, há a sistematização de créditos e débitos nas sucessivas operações, com a antecipação de potenciais valores devidos a título de tributo, mas ainda não corretamente definidos; modelo totalmente diferente do regime de substituição tributária, em que a cobrança antecipada

do tributo é única e concentrada em apenas um contribuinte, que efetivamente substitui a tributação nos outros momentos da cadeia, facilitando a fiscalização pelos órgãos fiscais, pois há certa complexidade em acompanhar as diversas operações comerciais realizadas ao longo de sua série.

Nas palavras de Schoueri (2015, p. 565):

> "Fala-se em substituição tributária quando o legislador, conquanto descrevendo uma conduta praticada por uma pessoa (contribuinte) como hipótese tributária, determina que, verificada aquela conduta, outra pessoa (substituto) terá a obrigação de recolher o tributo. Tal o caso, por exemplo, da legislação do ICMS, que determina que o imposto devido em virtude da venda realizada por agricultores a comerciantes será devido pelos últimos. Note-se que quem gerou a saída da mercadoria foi o agricultor, mas é o comerciante quem deve o tributo."

Já especificamente no regime de substituição tributária "para frente", há uma peculiaridade e grande semelhança ao regime normal: o vendedor da mercadoria apura o seu ICMS pelo regime normal (ICMS próprio), mas responde também como substituto, tornando-se contribuinte de todo o resto do ICMS a incidir na cadeia econômica da mercadoria:

> "Na substituição tributária para frente, o fato gerador, que numa operação normal (sem substituição), ocorreria somente no momento da saída da mercadoria do estabelecimento nas operações subsequentes, passa a ocorrer no início do ciclo econômico. O seu momento próprio de ocorrência passa a ser outro. Nesse caso de operação subsequente, não é aplicável a regra ordinária, anteriormente referida, cuja hipótese de incidência consiste na prática de operação de circulação de mercadoria e cuja consequência é o dever de pagar o imposto sobre o valor da operação já praticada. Em vez disso, aplica-se outra regra jurídica, expressamente prevista, cuja hipótese consiste na ocorrência presumida de fato tributário futuro e cuja consequência é o dever de recolher o imposto sobre o valor presumido da operação." (ÁVILA, 2006, p. 94.)

Nesse caso, ainda que o valor do tributo seja presumido, há a figura da substituição e, portanto, há cobrança do tributo do real contribuinte, o consumidor, que foi substituído. É situação muito distinta da relação tributária oriunda do regime normal do ICMS (próprio): o vendedor é o contribuinte, pois está diretamente vinculado com o fato gerador praticado.

Há, com isso, nítida diferenciação entre estes modelos:

> "No âmbito tributário há uma nítida diferença entre ICMS próprio e ICMS por substituição, que é o detalhe, que escapou ao STJ na apreciação do caso [...] O ICMS próprio é não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas operações anteriores pelo mesmo ou outro Estado (art. 19, LC 87/96). Aqui reside um aspecto importantíssimo para distinguir as duas sistemáticas

> de tributação, pois, *nem todas as operações com ICMS próprio, destacado nas notas fiscais, representam dívidas fiscais*. Isto porque *a dívida não surge com uma única operação comercial, mas ao final do período de apuração do tributo*, fruto de uma sucessão de operações comerciais." (BECHARA; SCAFF, 2019 – grifos do original)

Desta forma, temos o ICMS normal (ou próprio) e o ICMS substituído, mas, somente em uma dessas relações tributárias (substituição), há ICMS "cobrado". No regime de ICMS normal (ou próprio), o comprador não é devedor do tributo, motivo pelo qual não é "cobrado" qualquer valor dele no sentido jurídico-tributário, ou seja, apenas o ICMS substituído admite o termo "cobrado", porque se trata de futura dívida tributária do substituído que já é antecipada e efetivamente cobrada, como bem salientou o Professor Dr. Fernando Facury Scaff (2019) ao comentar o caso em estudo:

> "está assente que haverá crime quando ocorrer a retenção de ICMS por substituição tributária (ICMS-ST) e esta não for recolhida aos cofres públicos correspondentes, pois, nesta modalidade de apuração, não há uma sistemática de créditos e débitos, sendo o tributo retido por um agente da cadeia econômica, o qual fica incumbido de recolhê-lo aos cofres públicos [...] Todavia, *não há crime nas operações com ICMS próprio, pois a estrutura jurídica desse regime tributário é completamente diversa das acima descritas*. E isso faz toda a diferença. A apuração do ICMS próprio se assemelha a uma conta corrente com o fisco. Não existe certeza de que ao final do mês haverá ICMS a pagar [...] Observando esta operação com uma lupa (isto é, microjuridicamente), pode-se até identificar uma apropriação do valor do tributo, embutido no preço da mercadoria — afinal, é sempre o consumidor quem paga o tributo (contribuinte de fato); porém, *quando analisada a operação como um todo (isto é, macrojuridicamente), constata-se que nem tudo que foi retido é necessariamente recolhido aos cofres públicos*, pois a estrutura jurídica é diferente, em face da conta corrente mencionada. É preciso ver a floresta (o todo, o macro), e não apenas as árvores (a parte, o micro)." (grifos nossos)

Nessa toada, o ICMS próprio é apurado no regime normal, depois do confronto entre créditos e débitos, como se faz numa operação sem substituição e numa operação com consumidor final. É imprópria, por isso, a afirmação de que o valor que é levado a débito é o ICMS, embutido no preço da mercadoria vendida, pois, na realidade, a lei permite (não obriga), no artigo 166 do Código Tributário Nacional, ao vendedor incluir no preço da mercadoria um valor equivalente ao montante do ICMS (fenômeno da repercussão tributária), que pode ou não coincidir com o ICMS incidente a ser verificado no futuro, este sim o verdadeiro débito (ainda potencial e não conhecido com precisão).

Apesar desses esclarecimentos, há, ainda, quem argumente o contrário, a partir do apego à literalidade do termo "cobrado", que permite que sejam vistas semelhanças no regime de substituição e no regime normal de apuração: o adjetivo de "contribuidor" é, por essa corrente, conferido a ambos os regimes, devido ao fato de contribuírem para a despesa pública. Porém, trata-se de similitudes apenas aparentes, com base em aspectos

puramente gramaticais e econômicos, o que não se confirma no mundo jurídico, que possui suas particularidades que não podem nem devem ser ignoradas.

É imperioso asseverar, novamente, que somente há tributo "cobrado" na forma da substituição tributária, pois não se pode cobrar ICMS do comprador da mercadoria no regime normal, já que o consumidor não é sujeito passivo de obrigação tributária nesse caso. Seria tremenda alegoria linguística falar-se aqui em apropriação se não há ainda o efetivo pertencimento dos valores aos cofres públicos. Não há objeto para apropriar-se. Ocorreu, em verdade, uma grande inversão por parte dos Ministros, para permitir a conclusão exposta nos dois julgamentos, contrariando o que é consenso na doutrina qualificada:

> "A rigor, a norma penal em exame refere-se ao não pagamento, no prazo legal, de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; a questão, portanto, está em se saber o que devemos entender por tributo descontado ou cobrado. A nosso ver *só se pode considerar como tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação, aquele cujo desconto ou cobrança decorre de disposição legal expressa. Não aquele que, por circunstâncias meramente econômicas, pode estar embutido no preço de bens ou serviços*." (MACHADO, 2011, p. 406 – grifos nossos.)
>
> "quem recolhe o imposto, isto é, o contribuinte *de jure*, necessariamente não é quem suporta financeiramente o encargo financeiro, e sim o contribuinte de fato." (CALMON, 2012, p. 301.)

Além disso, outra importante diferença jurídica está no papel desempenhado pelo vendedor da mercadoria em cada uma das relações tributárias: no regime normal, ele é "contribuinte"; no regime por substituição, ele é "substituto" ou "responsável (*lato sensu*)".

O consumidor final e o comprador substituído tributário desempenham diferentes papéis. O consumidor final, pessoa natural, nunca será substituto nem substituído, e, quando pessoa jurídica, pode ser substituto, mas nunca substituído. Logo, o comprador somente será substituído se ele não for o consumidor final, porque ele precisa aparecer na cadeia de positivação do ICMS, intermediando a mercadoria até o consumidor final, momento em que ela desaparece juridicamente para fins de tributação. O consumidor final não integra este ciclo, mas, sim, o comerciante que vendeu a mercadoria inicialmente.

Foi exatamente essa lógica que Bottini e Estellita demonstraram em artigo conjunto na época do julgamento do RHC pelo Supremo Tribunal Federal, criticando a posição que vinha sendo adotada por essa Corte Suprema:

> "Tal raciocínio acaba por confundir institutos. Há tributos que são cobrados ou descontados dos contribuintes por terceiros para facilitar a arrecadação. É o caso dos tributos descontados pela fonte pagadora ou do ICMS em substituição tributária. Neles, o consumidor ou o empregado são os contribuintes, e o comerciante ou o empregador

> apenas descontam os valores e os transferem ao Fisco. Tais recursos não integram o patrimônio daquele que os cobra ou desconta. Nesses casos, o não repasse dos recursos caracteriza a apropriação de algo alheio. Não é o caso do ICMS próprio. Nesse caso, o consumidor não é o contribuinte. Ele não tem relação jurídica com o Fisco, não é devedor do tributo, não tem capacidade contributiva. Ele apenas arca com o ônus econômico do tributo que — às vezes — está embutido no preço da mercadoria. Da mesma forma que paga nesse momento parte dos encargos trabalhistas e das despesas com aluguel do comerciante. Isso não cria para o consumidor uma relação empregatícia ou de inquilinato com empregados ou com o dono do estabelecimento comercial, da mesma forma que não o torna contribuinte dos tributos com os quais arca ao comprar a mercadoria." (BOTTINI; ESTELLITA, 2019.)

Comprovando a tese de que o consumidor final não faz parte da cadeia, tem-se a hipótese de não pagamento de ICMS próprio pelo vendedor da mercadoria, situação em que não autoriza o Estado a cobrar do consumidor final, posto que o dever de pagar é do próprio comerciante, não havendo vínculo jurídico com o consumidor.

Diferente é o caso do comprador substituído, que pode ser cobrado pelo Estado quanto ao valor do ICMS não pago pelo substituto, o que evidencia a forte distinção de relação tributária entre o regime normal de apuração e o de substituição tributária.

O não conhecimento de todas essas definições e conceitos conduz a uma interpretação equivocada do termo "cobrado", associada à ideia de não integração do valor do ICMS próprio no faturamento da empresa.

A análise do termo "cobrado" não deve ser estritamente morfológica, pois seria uma interpretação vazia, sem qualquer conexão com os elementos jurídicos envolvidos. No contexto do ICMS, o comprador da mercadoria não tem uma dívida tributária com o vendedor, mas apenas uma obrigação de pagar pelo produto, cujo preço é composto por diversos fatores, entre os quais a despesa tributária.

A insuficiência da denotação conduz à conotação (atribuição de significado de acordo e mais adequado ao contexto em que é utilizado) dentro do sistema jurídico, em que o termo "cobrado" aparece como elemento do princípio da não cumulatividade, determinando que o ICMS devido em cada operação poderá ser compensado com o valor cobrado na operação anterior, o que consolidou o entendimento de que o "cobrado" não é o valor que foi submetido a um ato de cobrança e de que é irrelevante ter sido pago ou não pelo vendedor da mercadoria.

Em verdade, "cobrado" recebe a conotação de "incidente", posto que a incidência do ICMS na operação anterior já é suficiente para assegurar o direito de crédito, de forma que ficou constitucionalizada a desvinculação de efeitos jurídicos de débitos e créditos de ICMS, não se exigindo a efetivação de um como condição para a efetivação do outro, ou seja, pode haver crédito de ICMS sem que o débito correspondente seja pago.

Por isso, é necessário observar que, diferentemente do que entenderam as recentes decisões dos tribunais superiores, a operacionalização de cada regime encarrega-se de

pontuar diferenças no significado dado àquela expressão, pois "cobrado" tem terminologias diversas entre os regimes normal e de substituição tributária.

No regime normal de apuração, o vendedor da mercadoria vende e cobra do comprador o preço da mercadoria. O preço da mercadoria foi "cobrado" no sentido de que foi objeto de um ato de cobrança de natureza comercial, não de natureza tributária, pois o comprador não é sujeito passivo de obrigação tributária, nem exerce o vendedor posição fiscal, o que impede a afirmação de que o vendedor estaria cobrando tributo do comprador.

O ICMS próprio é imposto não cumulativo e passível de creditação, e que incide sobre a própria base de cálculo, particularidade já admitida pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que as legislações dos Estados trazem previsões a este respeito, acrescentando que o destaque do imposto na nota fiscal é mera indicação para fins de controle, não uma efetiva cobrança, o que deixa claro que, como mera indicação, aquele destaque não representa o valor de dívida tributária, ou seja, o ICMS destacado na nota fiscal não pode ser tomado como valor de dívida tributária do vendedor, pois esta dívida será apurada nos livros fiscais, mediante o confronto de créditos e débitos.

Situação diferente é a do regime de substituição tributária, porque o comprador da mercadoria, neste caso, é o futuro vendedor desta e contrairia uma dívida tributária no momento da venda, que é cobrada, no entanto, antecipadamente, de forma concentrada, pela figura fictícia do substituto tributário (o vendedor presente). Aqui, portanto, caberia a utilização do termo "cobrado" com o significado jurídico exigido pelo tipo penal em análise, porque este vendedor presente efetivamente cobra e recebe o tributo do comprador – o vendedor futuro.

Com isso, faz-se muito precisa a diferenciação entre os dois regimes de apuração do ICMS, pois não se pode confundir as regras do regime normal com aquelas do regime de substituição tributária, em que o valor de ICMS destacado na nota fiscal já indica o valor da dívida tributária que estaria ao encargo do comprador da mercadoria, correspondendo à diferença entre o valor resultante da aplicação da alíquota sobre a base de cálculo da substituição tributária e o valor do ICMS da operação própria do substituto. Nesse caso, o termo "cobrado" representa efetivamente o que foi objeto de cobrança fiscal.

Destacado o valor do ICMS próprio na nota fiscal para mero controle, e não podendo tal valor ser ainda considerado uma dívida tributária, exsurge que a sua natureza não é tributária, não passando de mais uma rubrica componente do custo da mercadoria vendida.

No regime normal de apuração, a dívida tributária surge no momento da apuração, ao passo que, no regime de substituição tributária, a dívida surge no ato de emissão da nota fiscal. Como consequência, tem-se que a GIA do regime normal pode apresentar saldo credor ou devedor, conforme predominem débitos ou créditos, situação que não se dá no regime de substituição, onde a GIA sempre apresentará saldo devedor.

Esclarecidos estes pontos críticos, passa-se a entender as perspectivas jurisprudenciais, com especial enfoque nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (HC 399.109/SC) e pelo Supremo Tribunal Federal (RHC 163.334/SC).

Perante o Superior Tribunal de Justiça, prevalece a interpretação do termo "cobrado" a partir de uma visão econômica do "ônus" ao comerciante, o que foi consolidado na ementa de sua mais recente decisão:

> "[...] o termo "cobrado" deve ser compreendido nas relações tributárias havidas com tributos indiretos (incidentes sobre o consumo), de maneira que não possui relevância o fato de o ICMS ser próprio ou por substituição, porquanto, em qualquer hipótese, não haverá ônus financeiro para o contribuinte de direito." (STJ, HC 399.109/SC, 3ª S., rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 22.08.2018, DJ*e* 31.08.2018.)

Ocorre que esta é uma interpretação literal do termo cobrado que, como dissemos anteriormente, é insuficiente para esclarecer a questão, entre outros motivos, porque confunde os termos e os sistemas de apuração do ICMS levando à falsa conclusão de ser irrelevante o fato de se tratar de ICMS próprio ou por substituição que, aliás, é exatamente onde reside o cerne da discussão e a chave para sua solução.

A Ministra Maria Thereza de Assis Moura assumiu posição divergente e reforçou o que já havia decidido a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça em recurso especial em 2016, no sentido de não existir cobrança do consumidor final no ICMS próprio:

> "No caso do ICMS, o consumidor não é contribuinte do imposto, no sentido técnico, nem sujeito passivo da obrigação, o que significa que ele jamais será cobrado pelo pagamento do imposto devido na operação. Não existe relação jurídica tributária possível entre o Fisco estadual e o consumidor final, de modo que não é correto, juridicamente, considerar que o valor do ICMS embutido no preço tenha sido dele 'cobrado' ou 'descontado'. O consumidor é, apenas, 'contribuinte de fato', conceito que, juridicamente, tem relevância unicamente para fins de repetição de indébito tributário (CTN, art. 166). [...] *o comerciante que vende mercadorias com ICMS embutido no preço e, posteriormente, deixa de recolher o tributo, não pratica apropriação indébita tributária porque o contribuinte não é contribuinte do ICMS*." (REsp 1.543.485/GO, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 05.04.2016, *DJe* 15.04.2016 – grifos do original.)

Já na Suprema Corte, o voto do Ministro Edson Fachin manteve a linha da decisão majoritária do Superior Tribunal de Justiça, visto que afirmou que o termo "cobrado" aplica-se para ambos os regimes de apuração do ICMS, e conferiu um novo enfoque, mediante a invocação do princípio da capacidade contributiva:

> "O que a conduta incrimina, portanto, no caso do ICMS, é essa ruptura, causada pelo contribuinte de direito, entre a atividade de tributação realizada pelo Fisco e o atingimento da riqueza concernente à capacidade contributiva do consumidor. [...] Nessas balizas, a conduta incriminada, a meu ver, supera a faceta do inadimplemento fiscal, porquanto se deixa de recolher aos cofres públicos valor, referente à capacidade contributiva de terceiro, destinado aos cofres estaduais ou distritais e que, segundo já decidiu este Plenário, não é pertencente ao contribuinte de direito." (STF, RHC 163.334/SC,

> TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – Voto do Min. Edson Fachin.)

O Ministro Edson Fachin ainda reivindicou coerência nas decisões da Suprema Corte, destacando que o entendimento firmado nos autos do Recurso Extraordinário 574.706/PR, no sentido de que "o valor cobrado a título de ICMS não integra a base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS em razão de não ser considerado receita do contribuinte", de modo que ele apenas "circula na contabilidade do sujeito passivo, mas não ingressa em seu patrimônio com definitividade". Por isso, segundo o Ministro, os valores não repassados ao Fisco seriam de terceiros, caracterizando a apropriação indébita tributária:

> "Em suma, a Corte decidiu, por maioria, que o valor cobrado a título de ICMS não integra a base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS em razão de não ser considerado receita do contribuinte, de modo que esses recursos não são absorvidos por sua esfera jurídica. Por coerência e consequência, o não recolhimento desse valor cobrado atua na ambiência do não repasse em favor do Fisco de recursos de titularidade de terceiro. Nesse sentido, a ausência de recolhimento não denota tão somente inadimplemento fiscal, mas disposição de recursos de terceiro, aproximando-se de espécie de apropriação tributária, aspecto que, a meu ver, fulmina o cerne da tese defensiva." (STF, RE 574.706/PR, TP, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15.03.2017, *DJe* 02.10.2017.)

Apesar destes recentes julgamentos, a dogmática jurídica tributária indica para a atipicidade da conduta em análise, visto que, no regime normal (ou próprio) de apuração, o valor destacado na nota fiscal a título de ICMS tem natureza híbrida, não se tratando de dívida tributária do comprador da mercadoria, não permitindo, assim, a ficção de que o vendedor da mercadoria estaria cobrando um tributo:

> "Isso aponta para o fato de que, embora o sujeito passivo seja o contribuinte, e o ICMS próprio esteja embutido no preço da mercadoria, aquele montante não pertence ao Fisco estadual. Assim sendo, não se há de falar de apropriação indébita, pois o comerciante não está se apropriando do que é do Fisco, mas daquilo que, apenas *potencialmente* pode vir a ser do Fisco, que será apurado em razão da *apuração* nos livros fiscais, decorrentes dos créditos e débitos do ICMS próprio estabelecido. Logo, retornando ao *tipo penal* descrito na norma, nada existe 'descontado ou cobrado [...] que deveria recolher aos cofres públicos'." (BECHARA, SCAFF, 2019.)

Nesse sentido, conforme já demonstrado no voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, constata-se a ausência de relação jurídico-tributária com o consumidor final, o que se aclara com a impossibilidade absoluta de as autoridades fiscais cobrarem, em caso de inadimplência do vendedor, do próprio consumidor, o ICMS apurado em regime normal (próprio), tendo em vista que este não é sujeito passivo da obrigação tributária.

Ademais, é de se ressaltar que, neste regime de apuração, é uma faculdade (não uma obrigação) do vendedor da mercadoria a inserção do valor pago de ICMS no preço do produto, o que descaracteriza o fundamento jurídico da tentativa de equiparação do consumidor à figura de sujeito passivo, tese que se sustenta por uma perspectiva exclusivamente fática e indutiva:

> "A apropriação indébita tributária está estritamente relacionada à substituição tributária. Dá-se quando o substituto, ao realizar um pagamento ao contribuinte, procede à retenção do tributo devido por este último, porque a lei assim lhe determina, mas deixa de cumprir a obrigação de repassar tal montante aos cofres públicos. Ou seja, retém do contribuinte em nome do Fisco e se apropria dos valores em vez de dar-lhe a destinação legal. Também ocorrerá quando a regra matriz de substituição tributária determine que o substituto exija do contribuinte o montante do tributo para repassar aos cofres públicos e deixe de ser feito tal repasse." (PAULSEN, 2017, p. 501.)

Da mesma forma, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto divergente no RHC 163.334/SC, reconheceu a inaplicabilidade do termo "cobrado" à situação do não recolhimento do ICMS próprio, destacando, com relação ao valor do tributo embutido no preço da mercadoria vendida integrar o faturamento:

> "O caráter indireto do ICMS também *não permite afastar seu ingresso no patrimônio do vendedor como receita*. Se, por um lado, qualquer contribuinte procura repassar qualquer gravame econômico do tributo quando possível (MUSGRAVE, Richard A.; MUSGRAVE, Peggy B. Finanças Públicas: teoria e prática. Trad. Carlos Alberto Primo Braga. São Paulo: Universidade de São Paulo. 1980. p. 322), por outro, o contribuinte *de jure* não é obrigado a repassá-lo ao contribuinte *de facto*, como atestam o art. 166 do CTN e a Súmula 546/STF. Ademais, é cediço em Economia do Setor Público que nem sempre o sujeito passivo da obrigação tributária será, também, aquele que efetivamente irá suportar o ônus tributário." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – Voto do Min. Gilmar Mendes.)

Por fim, imperioso destacar que os votos vencidos aqui citados consubstanciam posicionamento que se coaduna com a doutrina predominante em matéria tributária[6]. O entendimento, no entanto, está sendo mitigado pela tese recentemente sedimentada pelos

6. Vide: pareceres apresentados no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 163.334/SC, na modalidade de *amicus curiae*, pelos professores titulares da Faculdade de Direito da USP, Alamiro Velludo Salvador Netto e Heleno Taveira Torres, disponíveis na *Revista Consultor Jurídico*, respectivamente, em: Consulta Jurídica: Criminalização do não recolhimento de ICMS não deve ser aplicada indistintamente. 01.02.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-fev-01/punir-nao-recolhimento-icms-criminalizar-divida-parecer]. Acesso em: 10.03.2021; e Criminalização Tributária: Criminalizar não pagamento de ICMS declarado e desespero, diz professor. 10.02.2019. Disponível em: [www.conjur. com.br/2019-fev-10/criminalizar-nao-pagamento-icms-declarado-desespero--heleno]. Acesso em: 10.03.2021.

tribunais superiores, o que acaba por ampliar indevidamente o alcance do tipo penal previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990.

4. A tese fixada pelo STF no julgamento do RHC 163.334/SC: cláusulas de restrição

4.1. Dolo de apropriação

Ao final do julgamento do RHC 163.334/SC, a Egrégia Suprema Corte, atendendo fórmula proposta pelo Relator e inovando além do que havia sido decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no HC 399.109/SC, fixou tese limitando a incidência do tipo penal previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990, a partir do "dolo de apropriação" e da contumácia.

Verifica-se, nesta nova interpretação que vem sendo sedimentada, uma forma simplificada de se configurar o elemento subjetivo do tipo penal de apropriação indébita tributária, o que se denominou como "dolo de apropriação", ou seja, a vontade conscientemente orientada para tomar para si algo que não lhe pertença.

Faz-se, na realidade, um paralelo com o elemento subjetivo do tipo penal de apropriação indébita (artigo 168 do Código Penal), como deixou claro o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 399.109/SC, nos termos do voto do Ministro Relator:

> "O elemento subjetivo é o dolo, caracterizado pela vontade livre e consciente de apropriar-se da coisa alheia móvel de que tem a posse em nome de outrem, ou seja, a vontade de não restituir ou de desviá-la de sua finalidade [...] Nessa perspectiva, ao adotarmos como premissa o fato de que a jurisprudência atribuiu informalmente a indicação marginal de 'apropriação indébita tributária' ao crime previsto no art. 2º, II, da Lei no 8.137/1990 [...], *assemelhando-o ao delito de apropriação indébita, torna-se impositivo reconhecer que as características essenciais deste último ilícito, descritas linhas atrás, também compõem*, *mutatis mutandis*, *o crime tributário, sob pena de lhe creditar uma rubrica informal que não se coaduna com a essência da apropriação indébita*." (STJ, HC 399.109/SC, 3ª S. rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 22.08.2018, *DJe* 31.08.2018 – grifos do original.)

A nova interpretação do tipo penal do artigo 2º, II, Lei 8.137/1990, aproxima-se àquela dada ao crime do artigo 168-A do Código Penal (*apropriação indébita previdenciária*), também considerado crime contra a ordem tributária, e que rejeita a necessidade de dolo específico, mesmo se tratando de modalidade própria do gênero "apropriação indébita":

> "Ao contrário do que se dá na maioria dos demais países (Brandariz García: 215-217), entre nós a fraude não é elementar do delito (apropriação indébita previdenciária), que se consuma independentemente da utilização de qualquer subterfúgio para dificultar a apuração do fato pela fiscalização. Assim, mesmo que a empresa tenha escrita regular e

> registre em sua contabilidade todos os valores descontados e não recolhidos, ocorrerá o delito." (BALTAZAR JÚNIOR, 2012, p. 25.)

Firma-se, assim, tese que equipara o crime de apropriação indébita tributária à apropriação indébita do artigo 168 do Código Penal, na mesma linha da modalidade previdenciária (artigo 168-A do Código Penal), o que simplifica os requisitos exigidos para que se considere crime o não recolhimento de tributos: dolo elementar e contumácia do devedor. Isso, diga-se de passagem, ignora a especificidade dos crimes contra a ordem tributária, que exige a presença do elemento subjetivo especial.

Já no Supremo Tribunal Federal, o "dolo de apropriação", constante da tese firmada, foi fundamentado pelo Ministro Relator do RHC 163.334/SC da seguinte forma:

> "Dado o reconhecimento de que a conduta típica implica a apropriação de valores alheios, o elemento subjetivo assume a forma de dolo de apropriação, a intenção de efetivamente tomar para si os valores do ICMS auferidos do adquirente da mercadoria ou do serviço. É esse propósito de manter para si, de se apropriar, de modo sistemático, dos valores cobrados do adquirente da mercadoria ou do serviço, sem a intenção de repassá-los ao Estado, que confere significado à conduta de não recolhimento do tributo. Não se trata, portanto, de deixar de adimplir a obrigação tributária com alguma intenção externa a essa conduta, mas do próprio propósito que define o sentido da conduta." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – Voto do Relator.)

Deste modo, os argumentos aduzidos pelos Ministros na redação dos votos vencedores no acórdão reforçam, na contramão da posição de qualificada doutrina, a desnecessidade de comportamento fraudulento para a configuração deste crime tributário, reputando-se o ato de declaração do imposto pelo sujeito passivo como insuficiente para a descaracterização do dolo. No entanto, o Relator destacou, na sessão de julgamento, que não se pretende, com esse entendimento, punir o mero inadimplemento tributário:

> "A falta desse recolhimento não é mero inadimplemento tributário, mas apropriação indébita. Este crime, contudo, exige a demonstração do dolo (intenção de cometer o crime). Assim, é preciso examinar o caso concreto para distinguir os comerciantes que enfrentam dificuldades dos que adotam a prática incorreta. O inadimplente eventual é totalmente diferente do devedor contumaz, que faz da inadimplência tributária seu *modus operandi*."[7] (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020. Voto do Relator.)

7. *Revista Consultor Jurídico*. Devedor Contumaz: Criminalização do não-pagamento do ICMS exige dolo, explica Fux. 14.12.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-14/criminalizacao--nao-pagamento-icms-exige-dolo-explica-fux]. Acesso em: 10.03.2021.

O Ministro Luís Roberto Barroso ainda reforçou a distinção, aproximando em relação indissociável o dolo de apropriação e a contumácia das dívidas:

> "Como exposto anteriormente, *o que distingue a conduta prevista no art. 2º, II, da Lei no 8.137/1990 da mera inadimplência é a circunstância de o sujeito passivo da obrigação tributária se apropriar de um valor que não lhe pertence*. Mais do que isso, como forma de reforçar essa diferenciação entre crime e mera inadimplência, *é necessário que a conduta lesione de modo significativo o bem jurídico protegido*. Impõe-se, nesse sentido, uma interpretação restritiva do tipo. Nem todo devedor de ICMS comete o delito. Não haverá crime nos casos em que o comerciante, em virtude de circunstâncias excepcionais, deixar de pagar o tributo em um ou outro mês. *A situação é diversa em relação aos devedores contumazes, que fazem do inadimplemento seu* modus operandi. Trata-se de *devedores que utilizam os valores de ICMS arrecadados dos consumidores para financiar suas atividades empresariais*, permanecendo no mercado, de forma predatória, por vários anos. Quando promovidos atos de cobrança contra tais contribuintes, no mais das vezes não se encontram bens penhoráveis e a execução se mostra infrutífera." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020. Voto do Relator – grifos nossos.)

E complementou indicando a forma pela qual se poderá, segundo ele, aferir o polêmico dolo de apropriação, em condutas concretas do agente:

> "Ressalte-se que o delito examinado não admite a forma culposa, sendo *necessária a demonstração do dolo*. Dado o reconhecimento de que a conduta típica implica a apropriação de valores alheios, o elemento subjetivo assume a forma de dolo de apropriação, a intenção de efetivamente tomar para si os valores do ICMS auferidos do adquirente da mercadoria ou do serviço [...] *O dolo de apropriação deve ser apurado na instrução criminal, a partir de* circunstâncias objetivas factuais, *tais como o inadimplemento prolongado sem tentativa de regularização dos débitos, a venda de produtos abaixo do preço de custo, a criação de obstáculos à fiscalização, a utilização de "laranjas" no quadro societário, o encerramento irregular das suas atividades, o valor dos débitos inscritos em dívida ativa superior ao capital social integralizado etc*. Tais circunstâncias são meramente exemplificativas e *devem ser cotejadas com as provas existentes no caso concreto para fins de aferição do elemento subjetivo do tipo*." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – Voto do Relator – grifos nossos.)

É certo que, por devida e redobrada cautela, foram determinados critérios objetivos para identificar comprovadamente o que seria o dolo de apropriação, de modo a prevenir eventual banalização de imputações pelo tipo penal analisado.

Todas essas ressalvas feitas pelo Ministro Relator, contudo, não se mostram suficientes, pois, ainda assim, o que já vem ocorrendo na prática é a criminalização de inadimplentes, pois o "dolo de apropriação" vem sendo utilizado incorretamente e é de difícil apreensão,

> "especialmente porque demandaria avaliar a reprovabilidade da conduta omissiva do contribuinte à luz das possibilidades reais de priorização do pagamento da obrigação tributária em detrimento das demais obrigações cíveis e trabalhistas essenciais para a continuidade da atividade empresarial." (LEITE; BORGES, 2019.)
>
> "Mais do que isso, será necessário demonstrar o dolo de apropriação. Mais do que não pagar, o agente deve ter a intenção de tornar sua a coisa alheia, de dispor dela de maneira definitiva, situação dificilmente compatível com o ato de declarar e registrar a dívida. Como se vê, sem prejuízo de a corte mudar seu rumo e retornar a legalidade na retomada do julgamento, muito haverá de ser discutido nos casos concretos até que se alcance a segurança jurídica e entendimentos uniformes." (BOTTINI; ESTELLITA, 2019.)

Além disso, esta definição peculiar de "dolo de apropriação" implica a flexibilização do elemento subjetivo e, consequentemente, a fragilização da tipicidade material do crime estudado no presente artigo, tendo em vista que a fundamental exigência de fraude ao Fisco na criminalidade fiscal é uma forma de se tutelar o bem jurídico supraindividual da integridade da ordem econômico-tributária, ileso quando não há incidência da intenção especial fraudulenta:

> "Importante distinguir as figuras da elisão e evasão fiscal, pois apenas esta última constitui injusto punível. Isso porque no primeiro caso tem-se uma "conduta lícita do contribuinte; ocorre antes do fato gerador e não envolve prática simulatória, com o objetivo de reduzir a carga tributária. É denominada, também, de planejamento tributário. Evasão fiscal é conduta fraudulenta do contribuinte e, por isso, ilícita, que pode ocorrer no ato tributável ou depois do fato gerador" [...] O texto do art. 2º, *caput*, indica que os delitos tipificados nos cinco incisos seguintes são da mesma natureza que os contidos no art. 1º, ou seja, estão incluídos na espécie crimes contra a ordem tributária, praticados por particulares, com o fim de suprimir ou reduzir tributo, contribuição social ou qualquer acessório." (PRADO, 2019, p. 146 e 153.)
>
> "Por essas e outras, se o não pagamento do ICMS próprio vier acompanhado de fraude, sonegação, dissimulação ou omissão dolosa de obrigações acessórias, haverá crime. Ao contrário, se o contribuinte reconhece a dívida às claras, mas deixa de pagá-la, há apenas inadimplência. Nesse caso, por mais importante que seja a arrecadação tributária para a consecução dos mais aclamados fins, o instrumento para forçar o contribuinte é a execução fiscal, não a execução penal." (BOTTINI; SANTIAGO, 2018.)

Sabe-se, ainda, que os Tribunais têm dificuldade em reconhecer a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa em razão de situação econômica grave[8].

8. "A inexigibilidade de conduta diversa só tem lugar quando evidenciada situação invencível de dificuldade financeira, a qual, por sua própria natureza, deve ser extraordinária e transitória." (TRF-4, Apelação Criminal 0000607-12.2007.4.04.7116/RS, 8ª T., rel. Des. João Pedro Gebran Neto, *DJe* 18.11.2014.)

De igual forma, tem se verificado que os benefícios da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995) e do acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal) também não são oferecidos quando o contribuinte não pode reparar o dano, ou seja, efetuar o pagamento do tributo, ainda que se encontre em dificuldade financeira ou tenha priorizado o pagamento da folha salarial (art. 186 do CTN).

Portanto, a prática forense demonstra que a precária situação econômica não é um fator que impede, de plano, a imputação genérica do crime de apropriação indébita tributária, o que leva, necessariamente, à anterior consideração feita: o que se está criminalizando é o não cumprimento de obrigações tributárias por pequenos empresários. Mas, ora, isso não seria problema a ser resolvido pelos órgãos fiscais em âmbito administrativo?

Pois bem, a resposta correta já é conhecida.

Todavia, de qualquer forma, além do "dolo de apropriação", é indispensável que se identifique a contumácia do devedor, característica intrinsicamente vinculada a este elemento subjetivo e que deverá ser verificada no caso concreto por meio de investigação (que pode ser discricionária e variar conforme o entendimento de cada magistrado) do histórico do sujeito com relação ao adimplemento de suas obrigações tributárias, conforme se demonstrará adiante.

4.2. Devedor contumaz

Muito embora o Supremo Tribunal Federal, com o intuito de restringir a incidência do tipo penal previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990, tenha indicado que o sujeito ativo do crime da apropriação indébita tributária será apenas o "devedor contumaz", deixou de registrar quais seriam os critérios para sua caracterização, criando ambiente de ainda mais insegurança jurídica na identificação das condutas penalmente relevantes.

Tal fato é objeto de impugnação por terceiros intervenientes no RHC 163.334/SC, especificamente a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIESP, o Sindicato Nacional das Empresas de Telefonia e de Serviço Móvel Celular e Pessoal – SindiTelebrasil e a Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG.

Para o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em embargos de declaração apresentados naqueles autos, a solução seria extirpar a expressão "de forma contumaz" da tese fixada pela Suprema Corte, pois:

> "a contumácia não pode ser tratada como elementar objetiva para caracterização da figura típica do art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, tanto pela ausência de previsão legal, quanto pela inexistência de uma definição objetiva para devedor contumaz – o que resultaria em inegável insegurança jurídica." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, DJe 13.11.2020 – Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público de Santa Catarina.)

Segundo o *Parquet*, diante das dificuldades apontadas, a contumácia não deveria ser avaliada de forma autônoma e objetiva, mas como "um aspecto da atuação do agente que pode indicar sua intenção de não repassar o valor cobrado ao Estado, ou seja, é elemento capaz de demonstrar o dolo de apropriação" (STF, RHC 163.334/SC, rel. Min. Luís Roberto Barroso, *DJe* 13.11.2020. Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público de Santa Catarina).

De fato, a figura do devedor contumaz é nova e está em construção em matéria tributária, não encontrando, por ora, qualquer correspondência em Direito Penal.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o conceito de devedor contumaz chegou a ser explorado em demandas relacionadas a Direito Tributário em que se discutia a possibilidade de inviabilizar a atividade econômica de empresas que comercializam cigarros, em razão da inadimplência sistemática de Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), nos termos do artigo 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977.

Sobre esse tema, no julgamento da MC na AC 1.657/RJ, a Suprema Corte entendeu que o inadimplemento contumaz de obrigações tributárias é comportamento ofensivo à livre-concorrência, justificando a adoção de medidas extremas por parte da Administração, como o cancelamento do registro especial para funcionamento (rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* 31.08.2007).

O Ministro Joaquim Barbosa, quando do julgamento do RE 550.769/RJ, na condição de Relator, entendeu pela constitucionalidade do artigo 2º, II, do Decreto-Lei 1.593/1977, registrando, porém, que, para ser conforme a Constituição, a "norma com efeitos tão drásticos não pode ser mero instrumento de combate ao inadimplemento", mas "deve se apresentar como mecanismo de proteção a resistência obstinada e infundada ao pagamento de tributo" (*DJe* 03.04.2014).

Concluiu o Ministro afirmando que referida norma "deve ser concebida para regular situações extremas e de grave desequilíbrio concorrencial", não havendo que se falar em simples sanção política "se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial".

O mesmo entendimento foi reafirmado no julgamento da ADI 173/DF, também de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (*DJe* 20.03.2009).

São esses precedentes, em especial o RE 550.769/RJ, que orientam o conceito de devedor contumaz no caso do RHC 163.334/SC. Segundo registrou o Ministro Relator Luís Roberto Barroso em sua proposta de tese, o devedor contumaz é aquele que "não paga quase como uma estratégia empresarial, que lhe dá uma vantagem competitiva que permite que ele venda mais barato do que os outros, induzindo os outros à mesma estratégia criminosa" (STF, RHC 163.334/SC, rel. Min. Luís Roberto Barroso, *DJe* 13.11.2020. Voto do Relator).

Na doutrina, embora o tema ainda seja pouco explorado, a ofensa à livre-concorrência também é o fator preponderante na identificação do devedor contumaz. De acordo com Leonardo Buissa e Lucas Bevilacqua (2018, p. 276), em estudo específico sobre o

devedor contumaz de ICMS declarado e não pago mencionado no voto vogal do Ministro Edson Fachin apresentado no RHC 163.334/SC, sociedades empresárias "devedoras contumazes do ICMS terminam por gozar de uma vantagem competitiva significativa na medida em que financiam suas atividades empresariais com dinheiro público que seria destinado ao pagamento do ICMS".

Contudo, a genérica afirmação de ofensa à livre-concorrência – sem que seja apontado quais condutas (comissivas ou omissivas) se enquadrariam no conceito e como isso estaria realmente violando o devido funcionamento do mercado em prejuízo de outras empresas –, embora possa servir para solucionar questões tributárias, é insuficiente para a imposição de sanção penal, pois a norma incriminadora deve ser clara e precisa, evitando-se subjetivismos que permitam ao julgador sua aplicação discricionária e arbitrária.

Além disso, considerando que compete aos Estados e ao Distrito Federal a instituição, cobrança e regulamentação do ICMS, nos termos do artigo 155, II, da Constituição Federal, os critérios para a qualificação do devedor contumaz para a Administração Tributária não são uniformes, o que irá refletir diretamente na imputação do crime de apropriação indébita do citado tributo.

No âmbito do Estado de São Paulo, a Lei Complementar 1.320/2018, que instituiu o Programa de Estímulo à Conformidade Tributária, definiu o conceito de devedor contumaz, estabelecendo critérios objetivos para sua identificação. De acordo com o artigo 19 desta lei, classifica-se como devedor contumaz o contribuinte que se enquadrar em pelo menos uma das situações:

> "I – possuir débito de ICMS declarado e não pago, inscrito ou não em dívida ativa, relativamente a 6 (seis) períodos de apuração, consecutivos ou não, nos 12 (doze) meses anteriores;
>
> II – possuir débitos de ICMS inscritos em dívida ativa, que totalizem valor superior a 40.000 (quarenta mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo – UFESPs e correspondam a mais de 30% (trinta por cento) de seu patrimônio líquido, ou a mais de 25% (vinte e cinco por cento) do valor total das operações de saídas e prestações de serviços realizadas nos 12 (doze) meses anteriores."

O Distrito Federal (Decreto 38.650/2017, atualizado pelo Decreto 41.038/2020) e outros Estados também já definiram o conceito de devedor contumaz, como Rio Grande do Sul (Lei 13.711/2011), Espírito Santo (Lei 9.907/2012), Pernambuco (Lei 15.062/2013), Bahia (Lei 13.199/2014), Alagoas (Lei 7.747/2015), Paraná (Decreto 3.864/2016), Sergipe (Decreto 30.825/2017), Goiás (Lei 19.665/2017), Minas Gerais (Decreto 47.364/2018), Maranhão (Lei 11.184/2019), Paraíba (Decreto 38.956/2019),

Rio Grande do Norte (Lei 10.497/2019), Pará (Lei 8.877/2019), Santa Catarina (Decreto 434/2020), Piauí (Lei 7.384/2020), Ceará (Lei 17.354/2020) e Mato Grosso (Lei 11.081/2020)[9].

Todos eles consideram, para fins de classificação do devedor contumaz, a habitualidade da inadimplência ou o montante devido.

Embora se trate de tese fixada pela Suprema Corte, à semelhança do que ocorre com as normas penais em branco existentes nos crimes ambientais, parece correto afirmar que o conceito de devedor contumaz para fins de imputação da apropriação indébita tributária, ao menos no que diz respeito aos critérios objetivos (valor e frequência da dívida), deverá ser interpretado segundo a legislação de cada Estado.

Tal raciocínio também preserva a essência do Direito Penal como *ultima ratio*, uma vez que, se a conduta não tem a gravidade para se enquadrar no conceito de devedor contumaz ao Fisco para fins de aplicação de sanção administrativa, jamais poderá ser tipificada como crime.

De qualquer forma, a caracterização do devedor contumaz também não deve ser feita exclusivamente com base no valor da dívida ou na quantidade de períodos atrasados, pois quem se encontra em situação financeira precária, por exemplo, não tem, consequentemente, pontualidade no pagamento do imposto e os valores devidos muitas vezes são expressivos.

A Comissão de Assuntos Econômicos do Senado, em parecer apresentado no Projeto de Lei 284/2017 – que pretende regulamentar o artigo 146-A da Constituição Federal, estabelecendo critérios especiais de tributação para prevenir desequilíbrios da concorrência –, critica a postura dos Estados quando classificam o devedor contumaz unicamente por conta do "volume de débitos" ou pela "frequência do inadimplemento tributário", apresentando três espécies de devedores (eventual, reiterado e contumaz), para os quais são previstas consequências jurídicas distintas[10].

O devedor eventual é aquele que não paga o tributo em caráter episódico e que, por vezes, atua de tal maneira por possuir razões jurídicas ou econômicas relevantes, como a ilegitimidade do tributo ou dificuldades financeiras momentâneas.

O devedor reiterado, por sua vez, frequentemente deixa de pagar tributos por circunstâncias do negócio ou planejamento financeiro, priorizando o pagamento de empregados, além de utilizar o tributo como forma de financiamento, aguardando eventual parcelamento para regularizar sua situação fiscal.

9. No Rio de Janeiro, encontra-se em tramitação o Projeto de Lei 3.577/2017, o qual "Institui o regime especial de controle, fiscalização e pagamento, a que estará sujeito o contribuinte do ICMS considerado devedor contumaz no âmbito do Estado do Rio de Janeiro".

10. Parecer de 07.11.2018 da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado no Projeto de Lei do Senado 284, de 2017. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7883385&ts=1567533045076&dis position=inline]. Acesso em: 30.03.2020.

Para essas duas modalidades de devedores, a Administração Tributária deve observar os procedimentos regulares (inscrição em dívida ativa, execução fiscal, arrolamento de bens, medida cautelar fiscal, protesto de CDA etc.), além de assegurar as garantias previstas nas Súmulas 70, 323 e 547/STF, não se aplicando, portanto, regimes especiais de fiscalização, salvo se a conduta do devedor reiterado prejudicar a livre-concorrência.

Situação completamente diferente é a do devedor contumaz tal como foi concebido, que se organiza para não pagar tributos, violando sistematicamente o ordenamento jurídico, comumente utilizando interpostas pessoas como "laranjas", registros de endereços falsos e outros artifícios, permitindo a obtenção de vantagem concorrencial. Para essa categoria, deverão ser aplicadas sanções rigorosas que impeçam a continuidade das atividades do agente, como interdição do estabelecimento e cassação da inscrição no cadastro de contribuintes, preservando o Erário e a livre-concorrência de mercado.

Com base nas premissas anteriormente destacadas, a Comissão de Assuntos Econômicos da Casa apresentou emenda ao Projeto de Lei 284/2017, estabelecendo, em seu artigo 4º, II, que o devedor contumaz estará "caracterizado na hipótese de inadimplência substancial, reiterada e injustificada de tributo".

A expressão "injustificada" é pertinente, pois o contribuinte pode estar diante de dificuldade financeira que lhe impossibilita adimplir as obrigações tributárias, além de lhe ser permitido questionar, administrativamente ou perante o próprio Poder Judiciário, com razões jurídicas relevantes, se o tributo é efetivamente devido, se a base de cálculo e a alíquota utilizadas pelo Fisco estão corretas etc.

Nesse sentido, o Ministro Luiz Fux consignou, na sessão de julgamento do RHC 163.334/SC, que a criminalização, por ser medida extrema, deverá ser feita com cautela e reservada ao devedor contumaz, não se aplicando "a empresas com dificuldades financeiras, que estejam discutindo o débito ou para quem está inadimplente por questões formais, erros contábeis"[11].

Segundo ainda o artigo 4º, II, do Projeto de Lei 284/2017, além da "inadimplência substancial, reiterada e injustificada de tributo", é indispensável que se identifique ao menos uma das seguintes situações:

> a) evidências de que a pessoa jurídica tenha sido constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, inclusive em proveito de terceiras empresas;
>
> b) evidências de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas, ou o titular, no caso de firma individual;
>
> c) evidências de que a pessoa jurídica participe de organização constituída com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais;

11. *Revista Consultor Jurídico*. Devedor Contumaz: Criminalização do não-pagamento do ICMS exige dolo, explica Fux. 14.12.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-14/criminalizacao--nao-pagamento-icms-exige-dolo-explica-fux]. Acesso em: 30.03.2020.

> d) produção, comercialização ou estocagem de mercadoria roubada, furtada, falsificada, adulterada ou em desconformidade com os padrões estabelecidos pelo agente regulador e/ou órgão fiscalizador competente;
>
> e) utilização como insumo, comercialização ou estocagem de mercadoria objeto de contrabando ou descaminho.

Também se encontra em tramitação perante a Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.646/2019, de autoria do Poder Executivo, que estabelece, entre outras providências, medidas para o combate ao devedor contumaz. De acordo com o artigo 1º, parágrafo único, do Projeto de Lei, considera-se devedor contumaz "o contribuinte cujo comportamento fiscal se caracteriza pela inadimplência substancial e reiterada de tributos".

A Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE) apresentou arrazoado técnico ao Projeto de Lei 1.646/2019, na qual descreve que o devedor contumaz, "para além da inadimplência intencional e sistemática de obrigações tributárias", sua conduta também se espraia "por artifícios outros como o de se valer de falsificações e uso de 'laranjas' para mascarar os verdadeiros responsáveis pelo empreendimento e suas fraudes"[12].

Nesse contexto, o Projeto de Lei 284/2017 e o próprio arrazoado técnico apresentam circunstâncias objetivas que indicam comportamento criminoso ou fraudulento do contribuinte, sem as quais não há que se falar em devedor contumaz.

O comportamento fraudulento passa a ser circunstância objetiva e não se confunde, no caso de apropriação indébita tributária, com a "vontade de apropriação fraudulenta dos valores do fisco" (elemento subjetivo especial do tipo) defendida pela corrente minoritária liderada pelo Ministro Gilmar Mendes no RHC 163.334/SC, que "se manifesta pelo ardil de omitir e/ou alterar os valores devido".

Diante das considerações expostas alhures, fica evidente que a delimitação do devedor contumaz é tarefa complexa ainda em construção, inclusive junto ao próprio Poder Legislativo, tornando tormentosa a interpretação do tipo penal previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990, que, na prática, deverá ser compreendido em conjunto com a tese fixada pela Suprema Corte.

Corroborando a necessidade de aclaramento da expressão "devedor contumaz", a nova estrutura típica apresentada pelo Supremo também possui reflexos importantes na dosimetria da pena e na aplicação dos institutos despenalizadores previstos na legislação, conforme bem pontuado por Pierpaolo Cruz Bottini e Bruno Lescher Facciolla (2020):

> "pelas premissas estabelecidas pelo STF, o não pagamento reiterado do ICMS próprio caracteriza crime único. Ainda que o comerciante deixe de pagar por um longo período o tributo em questão, não haverá concurso material ou crime continuado, mas apenas um delito, punível com a pena de 6 meses a 2 anos e multa, ao qual são aplicáveis, em

12. ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL. *Arrazoado Técnico*. Devedor Contumaz: apontamentos acerca do Projeto de Lei nº 1.646/2019. Disponível em: [http://ajufe.org.br/images/pdf/ AJUFE_ARRAZOADO_TECNICO_DEVEDOR_CONTUMAZ.pdf]. Acesso em: 30.03.2020.

> regra, a transação penal, aplicação antecipada de pena ou da suspensão condicional do processo, previstas na Lei 9.099/95."

Para o Fisco Estadual, a relevância do débito e a frequência da dívida são suficientes para caracterizar o devedor contumaz. Na jurisprudência do Supremo anterior à fixação da tese no RHC 163.334/SC, a conduta do devedor contumaz está diretamente relacionada ao comportamento ofensivo à livre-concorrência. O Projeto de Lei em tramitação no Senado, por sua vez, inclui condutas objetivas fraudulentas ou criminosas que identificam o devedor contumaz, o que se amolda com mais precisão aos fundamentos do Direito Penal moderno, "marcado pelo princípio da intervenção mínima".

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade de apreciar acusações por apropriação indébita tributária, já orientado pela tese restritiva fixada pela Suprema Corte, tendo decidido pela atipicidade da conduta, em seis oportunidades (três delas de forma monocrática), pela ausência de contumácia, interpretada apenas em razão do número de condutas e sem fazer referência à legislação estadual que trata sobre o tema.

Nos casos que resultaram em absolvição, o período de inadimplência fiscal variou entre um e quatro meses (REsp 1.907.186/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 08.02.2021; HC 634.903/SC, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, *DJe* 01.02.2021; AgRg no REsp 1.865.750/SC, rel. Min. Nefi Cordeiro, *DJe* 29.09.2020; AgRg no REsp 1.867.109/SC, rel. Min. Laurita Vaz, *DJe* 04.09.2020; AREsp 1.467.757/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 05.08.2020; e REsp 1.852.129/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, *DJe* 26.06.2020).

Em outras duas oportunidades (uma delas de forma monocrática), o Superior Tribunal de Justiça entendeu estar caracterizada a figura do devedor contumaz. No julgamento do HC 618.834/SC (*DJe* 26.11.2020), de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, o inadimplemento fiscal por 13 meses, ainda que não consecutivos, foi suficiente para caracterizar a contumácia.

Por sua vez, no julgamento do AgRg no HC 609.039/SC, a Quinta Turma entendeu que "a reiteração da conduta por 12 (doze) meses consecutivos" revelaria a figura do devedor contumaz.

Referida decisão foi objeto de Recurso Ordinário para o Supremo, que, por seu turno, em decisão monocrática da Ministra Cármen Lúcia, entendeu que o comportamento não se enquadraria na hipótese de contumácia:

> "Na espécie vertente, os julgados das instâncias anteriores não explicitaram ser contumaz o comportamento da recorrente. Consta que se verificou a ocorrência no período de janeiro a dezembro de 2016, em pessoa jurídica iniciada em 1998, transformada sem modificação do quadro societário em empresa individual de responsabilidade limitada – EIRELI em 2013 e que as alterações contratuais foram devidamente registradas na Junta Comercial do Estado de Santa Catarina – JUCESC." (STF, RHC 197.388/SC, 2ª T., rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.04.2021, *DJe* 23.02.2021.)

Em sentido oposto, a Suprema Corte, em duas decisões monocráticas, entendeu que a inadimplência por sete e nove meses, respectivamente no julgamento do RHC 170.556/SC (Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 31.03.2020) e ARE 1.192.092/SC (rel. Min. Edson Fachin, *DJe* 18.02.2020), seria suficiente para caracterizar o devedor contumaz.

As recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça e da própria Suprema Corte, sem levar em conta o disposto nas legislações estaduais e outras circunstâncias apresentadas ao longo do presente capítulo, evidenciam a necessidade de se conferir critérios para identificar a contumácia tratada na tese fixada.

Sem a devida delimitação e harmonização do conceito de devedor contumaz, o que poderá ser feito no julgamento dos embargos de declaração já opostos, a Suprema Corte acabará por produzir efeito mais grave do que aquilo que se pretendeu evitar com a elaboração da tese restritiva, pois permitirá a interpretação discricionária e a criminalização genérica da atividade empresarial.

4.3. Necessária modulação dos efeitos temporais do acórdão

Além das imprecisões conceituais de "dolo de apropriação" e "devedor contumaz", grande preocupação que surgiu no cenário jurídico nacional é o problema do marco temporal a partir do qual passará a valer este recente entendimento jurisprudencial, que expande a criminalização de certas condutas, cujo alcance iremos conhecer com o decorrer do tempo.

Prevendo essa situação, a Defesa do paciente e advogados de entidades inscritas como *amicus curiae* apresentaram embargos de declaração no RHC 163.334/SC requerendo que seja corretamente delineada pelos Ministros da Suprema Corte a modulação dos efeitos temporais da aplicação desse *decisum* por promotores de justiça e magistrados:

> "Pois bem: *o caso dos autos é sem dúvida de virada jurisprudencial*. [...] Ocorre que o referido acórdão é objeto de arrojado pleito de modulação por parte da União: pede-se que a tese ali fixada só se aplique a partir do julgamento dos declaratórios, ainda pendentes de exame. Parece natural que o termo inicial a ser estabelecido naqueles autos sirva de limite mínimo também aqui, de forma a evitar-se que o mesmo ICMS, relativo ao mesmo mês, constitua receita da empresa para fins tributários (impossibilidade de sua exclusão da base de cálculo do PIS/COFINS) e receita do Estado para fins criminais (subsunção ao art. 2º, II, da Lei no 8.137/90)." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – Embargos de Declaração opostos pela Defesa de Robson Schumacher – grifos nossos.)

> "No presente caso, o julgamento foi precedido de audiências públicas, vindo, ao final, *alterar efetivamente a jurisprudência dominante acerca da interpretação e alcance do crime de apropriação indébita tributária*. [...] Isso evidencia a *virada jurisprudencial do atual julgado*, pois no presente caso, não há dispositivo semelhante que explicite a conexão do inadimplemento do ICMS próprio com o tipo penal, e o STF houve por bem divisar consequências penais daquela conduta. [...] Chegaria a um nível insuportável

> a *insegurança jurídica* causada por uma tal situação, o que não pode passar ao largo deste STF." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – Embargos de Declaração opostos pela FIESP na condição de *amicus curiae* – grifos nossos.)
>
> "A controvérsia analisada nestes autos cingia-se em definir se o não recolhimento de ICMS próprio, cujo valor respectivo foi repassado ao consumidor final, configuraria o crime tipificado no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90 ou se caracterizaria simples inadimplência fiscal, não se revestindo do atributo da tipicidade. [...] É de se destacar, porém, a necessária aplicação da técnica de modulação dos efeitos da decisão, em plena observância ao princípio da segurança jurídica." (STF, RHC 163.334/SC, TP, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 18.12.2019, *DJe* 13.11.2020 – Embargos de Declaração opostos pelo Conselho Federal da OAB na condição de *amicus curiae*).

A doutrina também tem certa apreensão com este problema, pois há perigos na retroatividade de expansão do alcance do referido tipo penal:

> "Isto não significa que tais comerciantes poderão ser automaticamente denunciados pelo delito contra a ordem tributária. Em primeiro lugar, porque um giro deste da jurisprudência, tornando crime o que antes não era, não deve retroagir. Em homenagem a segurança jurídica, o STF deveria modular sua decisão a fim de salvaguardar aqueles que agiram em um contexto jurisprudencial diferente." (BOTTINI; ESTELLITA, 2019.)

Primeiramente, não se pode ignorar que o Código de Processo Civil, em seu artigo 927, §§ 2º a 4º, já regula a matéria da seguinte forma:

> "Art. 927. [...] § 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.
>
> § 3º *Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal* e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, *pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica*.
>
> § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia."

Além disso, a mais qualificada doutrina do Direito Penal brasileiro já frisava, muito antes dos julgamentos comentados nesse artigo, a necessidade de aplicação do princípio

constitucional da irretroatividade da lei penal não benéfica (art. 5º, XL, Constituição Brasileira) às mudanças jurisprudenciais:

> "*O novo entendimento jurisprudencial pode, por vezes, revelar-se mais gravoso ao cidadão concretamente acusado no processo em que a alteração se deu*, com o que surge imediatamente um protesto: "por que precisamente eu devo suportar as consequências dessa alteração jurisprudencial?" [...] A *ratio da proibição de retroatividade* repousa precisamente na ideia de que há um direito a que o injusto penalmente relevante não seja constituído originariamente a partir e para um determinado caso, mas de forma geral e abstrata pela lei – que conhece procedimentos democráticos de confecção e aplica-se indistintamente a todos os cidadãos. *O cidadão tem um direito absoluto a que a decisão originária sobre o conteúdo de injusto de determinada modalidade de conduta seja tomada pelo legislador e, quando a jurisprudência excepcionalmente toma essa decisão, o cidadão deve ser protegido pela proibição de retroatividade*. Não se trata, portanto, de um direito à jurisprudência do tempo do fato (cf. acima I., 1.), mas de um direito a que o injusto penal de uma conduta não seja constituído e aplicado, a um só tempo, *no meu caso*." (LEITE, 2016, p. 44 e 76 – grifos nossos.)

> "Específicamente, en lo que afecta a la prohibición de retroactividad, no es importante fundamentalmente la diferencia entre interpretación y creación del derecho. Podemos afirmar que, como principio de garantía, la regla es siempre la prohibición de retroactividad, siendo más explícita en la creación del derecho que en su mera interpretación. Para determinar si hay o no sumisión a la regla general, *lo decisivo no es la forma, sino el grado de intensidad vinculante de interpretación judicial*, esto es, la medida en que esa interpretación se convierte en una norma para todos. La vinculación de la jurisprudencia como decisión de aceptación general, integradora de la *protección a la confianza*, se hace a través de su reiteración. Es esa reiteración la que hace conocida, la que genera confianza, la que estabiliza la imparcialidad. Su variación, por tanto, influye en la vida común y representa una alteración de la propria realidad jurídica, con repercusiones en lo lícito y en lo ilícito, pudiendo dar lugar a la caracterización más evidente del error de prohibición [...] En tales hipótesis, se pude afirmar que *la alteración jurisprudencial sólo se aplicará a hechos cometidos después de su edición, si es en perjuicio del reo*." (TAVARES, 1987, p. 768 – mantido no idioma original – grifos nossos.)

Como se vê, não se trata de invocação de teorias inéditas ou pouco sedimentadas, mas de uma discussão que, por exemplo, na Alemanha, já foi amplamente realizada, a partir de mudanças conceituais feitas pela doutrina ao analisar específicos tipos penais, como ocorreu com a redefinição jurídica, pela Corte Suprema alemã (*Bundesgerichtshof*), do conceito de patrimônio para a configuração de estelionato (§ 263 do *StGB* – Código Penal alemão), à semelhança do que o Supremo Tribunal Federal fez agora com a terminologia "cobrado", do artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990.

Necessário pontuar, ainda, que, como bem salientou Alaor Leite, deve-se resolver o problema com a correta delimitação de qual mudança jurisprudencial atinge a legalidade e, portanto, deve ser limitada pelo princípio da irretroatividade, ou seja, é preciso definir

quando os tribunais assumem posição de legislador e colocam em risco a segurança jurídica do ordenamento:

> "A proibição de retroatividade deve incidir precisamente nos casos em que a jurisprudência assume faticamente uma função que, a rigor, caberia ao legislador. A distinção fundamental para a solução do problema é, assim, aquela existente entre jurisprudência originariamente constitutiva do conteúdo do injusto penal e jurisprudência concretizadora ou declaratória de um conteúdo de injusto já existente." (LEITE, 2016, p. 76.)

Pode-se ver, assim, que é iminentemente necessário que o Supremo Tribunal Federal confira a atenção exigida para assegurar o respeito ao princípio da irretroatividade em matéria penal e a confiança dos cidadãos na segurança jurídica.

5. Considerações finais

A interpretação do tipo penal previsto no artigo 2º, II, da Lei 8.137/1990, conferida pela corrente majoritária nos julgamentos do HC 399.109/SC e RHC 163.334/SC, para abarcar a conduta do não recolhimento de ICMS próprio declarado, segue atual tendência expansionista do Direito Penal Econômico, que, em virtude da dificuldade de se estabelecer regras precisas de imputação, acaba por mitigar garantias fundamentais do cidadão.

Não se pode olvidar a importância dos crimes contra a ordem tributária como instrumento de combate ao *tax gap* – diferença entre arrecadação efetiva e potencial –, bem como para garantir o próprio funcionamento do Estado, que depende das verbas dos impostos para oferecer serviços públicos essenciais. Porém, a legislação disponibiliza meios adequados, extrapenais e suficientes para o Estado proceder à cobrança de devedores inadimplentes, sobretudo quando o próprio contribuinte confessa sua dívida.

Quando se legitima a persecução penal sem a identificação de comportamento fraudulento no ato da declaração, transforma-se o Direito Penal Tributário em simples instrumento de coação de devedores, além de ferir o proibitivo constitucional de prisão por dívida (art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, e art. 7º, VII, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Contrariando a dogmática tributária, o elemento normativo "cobrado", constante do crime de apropriação indébita tributária, foi indevidamente ampliado para abarcar o ICMS próprio, o que também fragiliza a garantia fundamental prevista no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal.

Além disso, a atual interpretação jurisprudencial quanto ao elemento normativo "cobrado", caso mantida, poderá servir ao enquadramento como apropriação indébita tributária a inadimplência de outros tributos que têm repercussão econômica no preço do

produto, o que reforça a necessidade de o Supremo Tribunal Federal se debruçar novamente sobre o tema no RHC 163.334/SC a partir da apreciação dos embargos declaratórios opostos pelas partes e diversas instituições habilitadas como *amicus curiae*.

No cenário atual, considerando o ICMS próprio declarado, apenas o "dolo de apropriação", ainda não bem compreendido por muitos operadores do Direito, não é suficiente para evitar a indevida utilização do Direito Penal como mero instrumento de arrecadação, sendo certo que a delimitação do sujeito ativo do crime ao "devedor contumaz" acaba por minimizar as consequências da equivocada interpretação jurisprudencial conferida à apropriação indébita tributária.

Para se evitar a imputação indiscriminada do crime, porém, a Suprema Corte deverá apontar, com exatidão, quais são os parâmetros objetivos exigidos (sejam qualitativos, sejam quantitativos) para identificar, conceituar e delinear a contumácia do contribuinte inadimplente, posto que não há legislação federal sobre o tema (mas apenas algumas leis estaduais) ou consolidada jurisprudência que indique, com precisão, essas balizas. São lacunas que precisam ser preenchidas.

Tal necessidade não é mera retórica, pois já temos visto exemplos práticos de imprecisão da "contumácia" para fins penais: como já apontado, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no AgRg no HC 609.039/SC, concluiu pelo critério exclusivamente quantitativo (a reiteração da dívida por 12 meses consecutivos). No entanto, em julgamento de recurso contra essa decisão, a Ministra Cármen Lúcia assinalou, acertadamente, que o comportamento não se enquadraria na hipótese de contumácia porque há outros fatores a serem considerados, como o histórico da pessoa jurídica e sua estabilidade (RHC 197.388/SC).

Nítida, portanto, a falta clareza e a ausência de critérios consistentes e objetivos.

Ante esse quadro, a proposta da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado (Projeto de Lei 284/2017), que leva em consideração, além do montante devido e a frequência da dívida, condutas objetivas fraudulentas que ocasionem grave desequilíbrio concorrencial, mostra-se adequada, pois reafirma a essência do Direito Penal moderno, marcado pela subsidiariedade e intervenção mínima, além de desincentivar a omissão da declaração da dívida ao Fisco pelos contribuintes que não utilizam a inadimplência tributária como estratégia de negócio.

Independentemente da definição a ser conferida, mostra-se adequada a extensão dos efeitos da Súmula Vinculante 24/STF – que exige o lançamento definitivo do tributo para iniciar a persecução penal dos crimes previstos no artigo 1º, I a IV, da Lei 8.137/1990 – para também abarcar o crime de apropriação indébita tributária, possibilitando que o próprio Fisco identifique com maior responsabilidade e rigor, na via administrativa, se o contribuinte se enquadra como contumaz e, consequentemente, evite a instauração de inquéritos policiais e ações penais contra empresários que evidentemente não se amoldam ao conceito, mas que, por circunstâncias ocasionais, deixaram de efetuar o pagamento do tributo, ainda que o valor e o prejuízo de inadimplência sejam relevantes.

Ainda que não concordemos com a criminalização do não recolhimento do ICMS próprio declarado, é crucial alertarmos para a necessidade de o Supremo Tribunal Federal realizar a precisa delimitação dos critérios para a configuração de apropriação indébita tributária, identificando corretamente seus elementos objetivos e subjetivos, e proceder à modulação dos efeitos temporais desse novo entendimento de forma conciliável com o princípio da irretroatividade, insculpido no artigo 5º, XL, da Constituição Brasileira.

Somente assim será possível orientar o sistema de justiça criminal em perfeita harmonia com os princípios jurídico-penais e as garantias dos cidadãos, alicerces do Estado Democrático de Direito, duramente conquistado.

6. Referências bibliográficas

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Direito penal tributário* – Crimes contra a ordem tributária e contra a previdência social. São Paulo: Atlas, 7. ed., 2015.

ATALIBA, Geraldo. Mesa de Debates: Direito Penal Tributário. In: *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 64, 1994.

ÁVILA, Humberto. ICMS: Substituição tributária no Estado de São Paulo. Base de cálculo. Pauta fiscal. Competência legislativa estadual para devolver a diferença constante entre o preço usualmente praticado e o preço constante na pauta. Exame de constitucionalidade. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, v. 124, jan. 2006.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BECHARA, Ana Elisa; SCAFF, Fernando Facury. O STJ e a criminalização da inadimplência tributária do ICMS próprio. *Migalhas*. 28.05.2019. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/303142/o-stj-e-a-criminalizacao-da-inadimplencia-tributaria-do-icms-proprio]. Acesso em: 10.03.2021.

BEVILACQUA, Lucas; BUISSA, Leonardo. Neutralidade tributária no ICMS e criminalização do devedor contumaz: imposto declarado e não pago. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; ESTELLITA, Heloísa. Com tese do STF sobre ICMS, não pagamento de outros tributos também será crime. *CONJUR*. 16.12.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-16/bottini-estellita-tese-stf-icms-vale-outros-tributos]. Acesso em: 10.03.2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; FACCIOLLA, Bruno Lescher. ICMS e crime: mais reflexões sobre a nova postura do STF. *CONJUR*. 17.08.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-ago-17/direito-defesa-icms-crime-reflexoes-postura-stf#]. Acesso em: 10.03.2021.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz; SANTIAGO, Igor Mauler. Prisão por dívida de ICMS viola a Constituição, a lei a jurisprudência. *CONJUR*. 12.12.2018. Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-dez-12/consultor-tributario-prisao-divida-icms-viola-constituicao]. Acesso em: 10.03.2021.

CALMON, Sacha. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

CARRAZZA, Roque Antônio. O ICMS e o delito capitulado no artigo 2º, II, da Lei nº 8.137/90. Problemas conexos. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). *Doutrinas Essenciais, Direito Penal, Leis Penais Especiais*. São Paulo: Ed. RT, 2010. v. VIII.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial: a irretroatividade da jurisprudência constitutiva do injusto penal. In: LEITE, Alaor et al. (Orgs.). Actas do colóquio – O direito penal e o tempo. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

LEITE, Alaor; BORGES; Ademar. Parâmetros interpretativos para a criminalização do não recolhimento de ICMS próprio: configuração típica e exigências procedimentais. *JOTA*. 17.12.2019. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/parametros-interpretativos-para-a-criminalizacao-do-nao-recolhimento-de-icms-proprio-17122019]. Acesso em: 10.03.2021.

MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária.* São Paulo: Atlas, 2011.

MALAN, Diogo. Considerações sobre os crimes contra a ordem tributária. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Orgs.). *Doutrinas Essenciais, Direito Penal, Leis Penais Especiais*. São Paulo: Ed. RT, 2010. v. VIII.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2010.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário Completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCAFF, Fernando Facury. O erro do STF: Inadimplência do ICMS próprio não é apropriação indébita. *CONJUR*. 16.12.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-dez-16/justica-tributaria-inadimplencia-icms-proprio-nao-apropriacao-indebita]. Acesso em: 10.03.2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. Interpretación, principio de legalidad y jurisprudencia. *Anuario de Derecho Penal*, Madrid, v. 40, n. 3, p. 753-770, 1987.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Fundamentos de teoria do delito*. Rio de Janeiro: Tirant Lo Blanch, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A criminalização do inadimplemento tributário do ICMS, Leandro Radusweski Quintal – *RDPec* 6/121-143 (DTR\2021\8775);
- O crime de apropriação indébita tributária e o não recolhimento de ICMS próprio, de André Luis Ulrich Pinto – *RDTC* 27/255-277 (DTR\2020\14453);
- Sobre a criminalização da dívida de ICMS: o acerto e o erro das cortes superiores, de Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 178/249-286 (DTR\2021\5595); e
- Sobre a criminalização da dívida tributária pelo inadimplemento do ICMS próprio: considerações críticas ao entendimento do RHC 163.334, de Gamil Föppel e Josiane Minardi – *RDPec* 4/13-30 (DTR\2020\14523).

Processo Penal

O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*)

The prejudice of "prejudice's rule": the inconstitutionality of pas de nullité sans grief (article 563 of the Brazilian federal Criminal Procedure Code)

Airto Chaves Junior

Doutor em Ciência Jurídica pela Univali. Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha. Professor titular de Direito Penal do Curso de Graduação e do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Mestrado e Doutorado) da Univali. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7312645313945191].
ORCID: 0000-0003-3016-5618
oduno@hotmail.com

Leonardo Costa de Paula

Doutor em Direito do Estado (UFPR). Mestre em Direito Público e Evolução Social (UNESA). Coordenador da Escola Brasileira de Direito Criminal. Professor e coorganizador do Programa Brasileiro sobre Reforma Processual Penal, edição de Curitiba (CEJA-Observatório da Mentalidade Inquisitória). Vice-presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória. Vice-presidente da Comissão Científica e Acadêmica Nacional da ABRACRIM. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5471746328944280].
ORCID: 0000-0002-7203-845X
leocdp@gmail.com

Thiago Aguiar de Pádua

Doutor e Mestre em Direito (UniCEUB). Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito do UDF – Centro Universitário do Distrito Federal. Membro do Centro de Estudos Constitucionais (CBEC). Vice-Presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da ANACRIM – Associação Nacional da Advocacia Criminal. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3028359492754395].
ORCID: 0000-0003-2229-2975
professorthiagopadua@gmail.com

Recebido em: 10.10.2020
Aprovado em: 01.05.2021
Última versão dos autores: 24.05.2021

Chaves Junior, Airto; Paula, Leonardo Costa de; Pádua, Thiago Aguiar de. O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 182. ano 29. p. 163-190. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

Áreas do Direito: Processual; Penal; Constitucional

Resumo: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a incompatibilidade constitucional da norma prevista no art. 563 do CPP (*pas de nullité sans grief*). Os objetivos específicos são: a) explicar as origens do postulado *pas de nullité sans grief* no sistema jurídico brasileiro; b) tratar do âmbito de abrangência da regra "não há nulidade se não houver prejuízo" no Processo Penal Brasileiro a partir de análise jurisprudencial; c) demonstrar que a referida regra não é incorporada hoje no Processo Penal Francês; d) explanar acerca da não recepção constitucional da norma contida no art. 563 do CPP. Ao final do estudo, realizam-se propostas de inversão das cargas probatórias do "prejuízo" no Processo Penal: do Acusado para o Estado (prova do não prejuízo). Quanto ao método de pesquisa, adota-se o indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica, análise da legislação brasileira e francesa, bem como de julgados dos tribunais.

Palavras-chave: Prejuízo – Nulidade – Artigo 563 do Código de Processo Penal – Não recepção constitucional – *Pas de nullité sans grief*.

Abstract: This study aims to demonstrate the constitutional incompatibility of the rule provided by the article 563 of the Federal Brazilian Criminal Procedure Code (*pas de nullité sans grief's* rule). The specific objectives are: a) explain the origins of the pas de nullité sans grief's rule in the brazilian legal system; b) deal with the scope of this rule that prescribes "there is no nullity if there is no prejudice" in the Brazilian Federal Criminal Procedure Code based on jurisprudential analysis; c) demonstrate that that rule is not incorporated into the french criminal procedure today; d) explain about the inconstitutionality of the rule contained in article 563 of the Brazilian Federal Criminal Procedure Code. At the end of this study, proposals are made to reverse the evidential charges of "prejudice" in the criminal procedure: from the accused to the state (proof of non-prejudice). We use the inductive research method, which is subsidized by bibliographic research, analysis of brazilian and french legislation, as well as judicial judgments.

Keywords: Prejudice – Nullity – Article 563 of the federal brazilian Criminal Procedure Code – Inconstitutionality – *Pas de nullité sans grief*.

Sumário: 1. Introdução. 2. Sobre o *pas de nullité sans grief* e as raízes do art. 563 do Código de Processo Penal brasileiro. 2.1. Considerações gerais. 2.2. Da recepção equivocada à aplicação generalizada. 2.3. Percurso de "Institucionalização" no caso brasileiro: matriz histórica. 3. Motivos da não recepção vertical do *pas de nullité sans grief*. 3.1. O prejuízo da "regra do prejuízo". 3.2. A forma no processo penal como instrumento de "garantia do acusado": violação ao devido processo legal. 3.3. Por uma inversão das cargas probatórias do "prejuízo" no Processo Penal. 4. Considerações finais. 5. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. Introdução

Este estudo propõe uma revisão crítica da literatura jurídica processual penal brasileira no que se refere ao sistema de nulidades. Para tanto, busca demonstrar a

incompatibilidade constitucional vertical da norma pré-constitucional prevista no art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), dispositivo que radica em antigo postulado napoleônico que buscava calar os magistrados contra o poder imperial e que, hoje, nem mesmo é prestigiado no sistema jurídico processual francês.

Para o abandono do obscurantismo criminal que o alberga e num convite ao diálogo e à reflexão, inicia-se a pesquisa com o estudo das raízes do significado do postulado consubstanciado na máxima jurídica incorporada ao Processo Penal Brasileiro de que "não há nulidade se não houver prejuízo". Neste primeiro momento, procura-se discutir a absoluta discricionariedade do referido postulado à ambiência instalada pela Constituinte de outubro de 1988, pois a sua incidência autoriza que se suspendam, arbitrariamente, as normas constitucionais consubstanciadas no contraditório, na ampla defesa, enfim, no devido processo legal.

A partir disso, passa-se a interpretar a CRFB/88 conforme a lei, ao tempo em que a legislação ordinária se transforma em orientador de validade da norma constitucional numa verdadeira "interpretação constitucional retrospectiva", fazendo que o novel ordenamento constitucional interpretado de modo a não inovar, de acordo com os preceitos anticonstitucionais e antidemocráticos pretéritos a 1988, num claro prejuízo a todos que são processados de acordo com um verdadeiro "devido processo inconstitucional".

Mais adiante, demonstra-se as impropriedades na recepção do postulado *pas de nullité sans grief* no sistema jurídico brasileiro sob o prisma da ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 612, permitindo-se uma discussão sobre esse importante tema relacionado às garantias constitucionais do processo penal. Discute-se, a partir disso, a equivocada aplicação generalizada daquilo que se compreende uma "cláusula geral" de intepretação de nulidades no Processo Penal. Nesse ponto, evidencia-se que o sistema de prejuízo do *pas de nulitté sans grief* não é aplicado no Processo Penal Francês, mas sim, a regra da garantia dos interesses do acusado, e não do prejuízo.

Na sequência, o texto busca tratar das razões da não recepção vertical do postulado do *pas de nullité sans grief* no sistema jurídico brasileiro, bem como da importância da tipicidade das formas no âmbito de proteção da parte mais fraca da relação processual penal: o acusado. Por consequência disso, ao final, apresentam-se propostas consubstanciadas na revogação no plano legislativo do art. 563 do Código de Processo Penal, declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo e, ainda, inversão do ônus probatório (prova do não prejuízo) para o Estado, uma vez que a tipicidade é instrumento de garantia de toda pessoa submetida ao Processo Penal.

Quanto ao método de pesquisa, adota-se o indutivo, o qual é subsidiado pela pesquisa bibliográfica, análise da legislação brasileira e francesa, bem como de precedentes jurisprudenciais.

2. Sobre o *pas de nullité sans grief* e as raízes do art. 563 do Código de Processo Penal brasileiro

2.1. Considerações gerais

O tema ora discutido diz respeito ao profundo e enraizado desrespeito ao artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na dupla face do devido processo legal: substantivo e objetivo. É que essa norma constitucional é violada sempre que se aplica (e isso ocorre com muita frequência) nas decisões judiciais o suposto postulado *pas de nullité sans grief*, representativo do art. 563 do Código de Processo Penal, como se fosse ele "princípio geral do direito"[1].

Numa formulação bastante simples, embora provocativa, pode-se dizer que o chamado postulado *pas de nullité sans grief* é uma espécie de regra 42, tal qual aquela famosa regra mencionada em "Alice no País das Maravilhas", sacada da manga de maneira casuística de modo a permitir que juízes e tribunais, mediante decisionismo discricionário, e, portanto arbitrário, violem regras legais garantidas na legislação processual penal ordinária, encartada dentre os direitos fundamentais da CRFB/88 e, ainda, nos tratados internacionais de direitos humanos[2].

O fragmento remete, implicitamente, à "denúncia" à seletividade das agências do controle penal. A "regra 42" bem materializa metáfora do "problema criminal" e do "controle penal" e, também, da articulação entre ambos, centrais para analisar as realidades periféricas (DE CASTRO, 2005, p. 237 e ss.). No caso de Alice, na clássica cena do julgamento sobre o furto das tortas, o julgador "inventa uma regra" para prejudicar Alice, que bem percebe o truque e o denuncia:

> "[...] Tão logo o júri recuperou-se do choque e que suas lousas e lápis foram encontrados e devolvidos, eles sentaram-se e começaram a trabalhar diligentemente no relato do acidente. Todos, exceto o Lagarto, que parecia muito chocado para fazer outra coisa que ficar com a boca aberta, olhando para o teto da corte com os olhos esgazeados. 'Que você sabe a respeito do caso?', o Rei perguntou a Alice. 'Nada', respondeu Alice. 'Nada de nada?', insistiu o Rei. 'Nada de nada', disse Alice. 'Isso é muito importante', disse o Rei, voltando-se para o júri. Os jurados estavam começando a escrever em suas lousas quando o Coelho interrompeu: 'Desimportante, é o que Vossa Majestade quer dizer, claro', ele disse, em um tom respeitoso, mas franzindo o cenho e fazendo caretas. 'Desimportante, é claro, foi o que eu quis dizer', o Rei retomou rapidamente, e continuou falando consigo mesmo a meia-voz 'importante... desimportante... desimportante... importante...' como se estivesse procurando qual palavra soava melhor. Alguns dos jurados escreveram 'importante' e alguns 'desimportante'. Alice pôde ver por que estava perto o suficiente para ver as lousas. 'Mas isso não tem a menor

1. CPP: Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

2. Num outro contexto, falando sobre o legado da criminóloga venezuelana Lola Anyar de Castro e a mesma regra 42 de Alice "sacada pelo Supremo Tribunal Federal nos crimes contra a humanidade", cfr.: PÁDUA; Amaral MACHADO, 2019.

Chaves Junior, Airto; Paula, Leonardo Costa de; Pádua, Thiago Aguiar de. O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 182. ano 29. p. 163-190. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

> importância', ela pensou consigo mesma. Nesse momento o Rei, que estivera ocupado por algum tempo escrevendo alguma coisa em um caderno de anotações, gritou: 'Silêncio!' e leu o que estava escrito. 'Artigo Quarenta e dois. Todas as pessoas com mais de um quilômetro e meio de altura devem abandonar o tribunal.' Todo mundo olhou para Alice. 'Eu não tenho mais de um quilômetro e meio', disse Alice. 'Tem sim', disse o Rei. 'Quase três quilômetros', completou a Rainha. 'Bem, de qualquer jeito, não vou embora', disse Alice. 'Além do mais, esse artigo não é legal, pois vocês acabaram de inventá-lo.' 'É o artigo mais antigo do código', retrucou o Rei. 'Então deveria ser o Número Um', argumentou Alice. O Rei empalideceu, fechando seu livro de notas rapidamente [...]."[3]

Pois bem, é exatamente o que ocorre quando os juízes e tribunais aplicam o art. 563 do Código de Processo Penal Brasileiro para validar ilegalidades. Referido dispositivo preconiza que não será declarada a nulidade quando não demonstrado o prejuízo, construção que radica no postulado *pas de nullité sans grief*, verdadeira "Regra 42 do Processo Penal", pois mediante a mesma discricionariedade arbitrária articulada na literatura de Lewis Carroll, o Estado-juiz permite que um ato praticado em desacordo com o Código de Processo Penal, em descompasso com a CRFB/88, bem como, em violação a Tratados Internacionais que regulamentam normas de Direitos Humanos, tenha eficácia legal e factual. A prática, pois, acaba por suspender a norma relativa ao devido processo legal, criando-se uma zona cinzenta entre a vigência do texto constitucional e a sua efetiva aplicação, como no caso de Alice.

2.2. Da recepção equivocada à aplicação generalizada

Daniel Zaclis (2015) reconhece não ser tarefa fácil traçar com exatidão as origens da regra relacionada ao "prejuízo", pois há um marco introdutório dissociado de uma concepção histórica do postulado *pas de nullité sans grief*. Trata-se de um princípio cujos contornos remontam ao Processo Penal francês, justamente no processo de instituição do Código Napoleônico. Conforme o autor, a sua origem remonta à Ordenação Tolosa:

> "Compreendendo a extensão destes malefícios, surgiu já em 1667, com a ordenação de Tolosa, um primeiro protesto contra a *outranae*, expresso na máxima *pas de nullité sans grief* (não há nulidade quando não há prejuízo). Há, no entanto, quem entenda que a necessidade de se identificar o prejuízo para reconhecimento da nulidade nasceu de uma construção pretoriana no século XIX.
>
> Consta que a primeira oportunidade em que a questão do 'prejuízo' teria sido levantada para anulação de ato processual teria se dado numa reação necessária a um formalismo exacerbado, remontando à *Ordonnance* francesa de 1667, de Luiz XIV, que estabelecia que o único intérprete da lei era o próprio rei, vedando-se aos Parlamentos (que no antigo regime exerciam a função de Tribunais) qualquer pretensão de exercer a interpretação

3. Fragmento da "regra 42", inventada pelo julgador na explícita denúncia de Lewis Carroll. Cfr. Carroll, 2014, p. 125-126.

> da norma. E mais: considerando-se que se estava diante de uma época plenamente absolutista, a eventual nulidade constituiria instrumento utilizado pelo rei para se assegurar que os juízes cumprissem rigorosamente a *letra da lei*, instrumentalização que impediria que a discricionariedade dos magistrados suplantasse a vontade do soberano (ZACLIS, 2015, p. 100). Ainda sobre a *Ordonnance* francesa de 1667, de Luiz IV, pode-se observar que a edição da Ordenança de abril de 1667 pretendia servir de guia para ser respeitada, junto com as ordenanças posteriores, por todos aqueles a quem se dirigiam (Parlamento, Grande Conselho, Câmaras de Contas, Cortes, juízes, magistrados, oficiais). Depreende-se daí que sua edição foi direcionada para os órgãos públicos encarregados de efetivar os mandamentos reais. Quando da remessa da ordem às comarcas (pela tradução livre se identificou por *compagnies*, ou companhias que não seria fiel ao termo representado hoje), ela deveria ser publicada e registrada imediatamente, independente se isso ocasionasse o atraso de negócios secundários e até de julgamento de processos criminais. A Ordenança de abril de 1667 previa prisão e julgamento daqueles que não observassem as ordens reais, passando a serem consideradas nulas de efeito ou de valor as decisões dos juízes que não se submetessem a tal ordem. Os juízes seriam considerados responsáveis pelos prejuízos (dano) e interesses das partes, quando da inobservância da ordem expedida. Essa peculiaridade permite que se compreenda a direção do documento, cujo intuito era o de exigir dos magistrados a observância prioritária e absoluta de ordens reais, controlando-os (PAULA, 2013, p. 42-43).
>
> E foi justamente sob a égide da *Ordonnance* (e como forma de tentar contrariar seus dispositivos) que o parlamento de Tolouse teria introduzido em um caso julgado (e depois repetido) 'um critério mediante o qual os magistrados se abstinham de declarar a ineficácia de um ato, em virtude de não vislumbrarem prejuízo algum às partes'. Ali nascia o chamado *nullité sans grief n'opere rien*, como forma de irresignação dos juízes em relação a um ordenamento que impedia todo e qualquer traço de subjetivismo no processo decisório." (ZACLIS, 2015, p. 101-102).

No Brasil, Lenio Luiz Streck[4] aponta que há uma patente violação a CRFB/88 relacionada à mixagem teórica devido à não recepção do art. 563 do Código de Processo Penal Brasileiro.

A propósito da verificação da aplicação do postulado *pas de nullité sans grief* no Brasil, em pesquisa realizada no ano de 2019, restou constatado o uso indiscriminado deste discutível critério de verificação de nulidade processual. O estudo revelou, sob os mais diferentes enfoques, que o postulado é tratado na forma de verdadeiro "escudo" para que não se reconheçam a invalidação de atos (ilegais) no Processo Penal, violando-se a norma de Direito Fundamental do devido processo legal e a própria concepção do Modelo Acusatório do Processo em sua concepção constitucional. A título de exemplo, mencionam-se os recentes julgamentos

4. Entre outros, confira-se: STRECK; OLIVEIRA, 2012. STRECK, 2018. STRECK, 2014. STRECK, TRIDADE, 2010.

(apenas do ano de 2019) no âmbito dos 27 Tribunais de Justiça: Acre[5], Alagoas[6], Amazonas[7], Amapá[8], Bahia[9], Ceará[10], Distrito Federal[11], Espírito Santo[12], Goiás[13], Maranhão[14], Minas Gerais[15], Mato Grosso do Sul[16], Mato Grosso[17], Pará[18], Paraíba[19], Pernambuco[20],

5. Cfr. "O reconhecimento de nulidades no curso do Processo Penal reclama a efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief)". BRASIL, 2019a.
6. Cfr. "uma vez que não houve comprovação de prejuízo ao réu, obedecendo ao princípio do pas de nullité sans grief e o que assevera o e o que assevera o art. 563 do Código de Processo Penal". BRASIL, 2019b.
7. Cfr. "Com relação à não caracterização das nulidades apontadas, ao compulsar os autos, verifica-se terem sido oportunizadas ao recorrente todas as garantias processuais, do contraditório à ampla defesa, não tendo o apelante demonstrado prejuízo (pas de nulité sans grief)". BRASIL, 2019c.
8. Cfr. "Não prospera a alegação de nulidade por força de falhas nas gravações da audiência de instrução e julgamento, uma vez que, não obstante os ruídos, são perfeitamente audíveis as falas, de tal sorte que, nos termos do art. 563 do CPP, não se deve declarar a nulidade de ato processual sem que haja efetiva demonstração de prejuízo (pas de nullité sans grief)". BRASIL, 2019d.
9. Cfr. "Consoante a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no artigo 563 do Código de Processo Penal. Tendo em vista a ausência de demonstração do efetivo prejuízo sofrido pelo impetrante, não há de se falar em nulidade processual". BRASIL, 2019e.
10. Cfr. "a título de ilustração, ressalto que, nos moldes do art. 563 do CPP, somente será declarada a nulidade de ato processual se houver efetiva demonstração de prejuízo, em observância ao princípio pas de nullité sans grief". BRASIL, 2019f.
11. Cfr. "Nos termos do artigo 563 do Código de Processo Penal, não se proclama nulidade sem a demonstração de prejuízo (princípio do pas de nullité sans grief)". BRASIL, 2019g.
12. Cfr. "Como se sabe, a declaração judicial de invalidade de atos processuais tem por pressuposto prejuízo concreto, pois vige no ordenamento jurídico pátrio o princípio do pas de nullité sans grief". BRASIL, 2019h.
13. Cfr. "A ausência de comprovação de prejuízo concreto para a parte impossibilita a anulação do ato processual em que o acusado esteve algemado, em razão do princípio do pas de nullité sans grief". BRASIL, 2019i.
14. Cfr. "A declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado no art. 563 do CPP e no enunciado nº 523 da Súmula do STF, o que não ocorreu na hipótese". BRASIL, 2019j.
15. Cfr. "não há violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, não sendo demasiado pontuar que o tema das nulidades no Processo Penal é regido pelo princípio pas de nullite sans grief, segundo o qual não pode ser declarado nulo qualquer ato que não gere demonstrado prejuízo às partes". BRASIL, 2019k.
16. Cfr. "O nosso sistema processual penal consagra o princípio "pas de nullité sans grief", ou seja, não há nulidade sem prejuízo". BRASIL, 2019l.
17. Cfr. "Em matéria de nulidade, rege o consagrado princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem que o ato tenha gerado prejuízo para a acusação ou para a defesa. Não se prestigia, portanto, a forma pela forma, mas o fim atingido pelo ato". BRASIL, 2019m.

Piauí[21], Paraná[22], Rio de Janeiro[23], Rio Grande do Norte[24], Rondônia[25], Rio Grande do Sul[26], Santa Catarina[27], Sergipe[28], São Paulo[29] e Tocantins[30].

Perceba-se que o uso do discutível critério da análise de prejuízo para reconhecimento da nulidade processual é extraído de abordagem que leva em consideração decisões dos Tribunais Regionais das 5 regiões do Brasil: 1ª Região, 2ª Região, 3 ª Região, 4 ª Região e 5 ª Região, quando a utilização do suposto postulado do *pas de nullité sans grief*, igualmente, é lido como se fosse a tradução do art. 563 do Código de Processo Penal. Realiza-se, por aqui, uma interpretação do Processo Penal Brasileiro conforme um adágio francês que nem é mais utilizado no sistema jurídico daquele país (menos ainda, no

18. Cfr. "Inexistência De Prejuízo. Princípio "pas de nullité sans Grief". Inocorrência". BRASIL, 2018a.
19. "Suposta inobservância do prazo previsto no § 1º do art. 433 do CPP se constitui como mera irregularidade processual que não enseja prejuízo ao paciente, especialmente quando carente de demonstração. Aplicação do princípio do pas de nullité sans grief". BRASIL, 2016a.
20. Cfr. "A demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que '[...] o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas'". BRASIL, 2019n.
21. Cfr. "Quando não verificado qualquer prejuízo para o apelante, enquanto a defesa tenha se limitado a meras alegações de existência de vícios, sem, contudo, se desincumbir da demonstração inequívoca do efetivo prejuízo suportado, exigência necessária para o reconhecimento de nulidade, seja relativa ou absoluta, em atenção ao dogma fundamental que a disciplina ('pas de nullité sans grief')". BRASIL, 2019o.
22. Cfr. "A declaração de nulidade de ato processual exige a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo ao réu, em face do princípio pas de nullité sans grief". BRASIL, 2019p.
23. Cfr. "Portanto, não se vislumbra nenhum prejuízo à defesa, o que impede a declaração de nulidade da sentença, em prestígio ao princípio pas de nullité sans grief". BRASIL, 2019q.
24. Cfr. "Outrossim, não logrou demonstrar dano efetivo e concreto, prevalecendo, pois, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, consagrador do princípio pas de nullité sans grief, segundo o qual não se declara nulidade quando inexiste prejuízo à parte". BRASIL, 2018b.
25. Cfr. "O sistema das nulidades processuais é informado pela máxima "pas de nullité sans grief", segundo a qual não se decreta nulidade sem prejuízo". BRASIL, 2019r.
26. Cfr. "O direito processual brasileiro é regido pelo princípio pas de nullité sans grief, ou seja, não há nulidade sem prejuízo. Inocorrendo este, inexiste nulidade a ser proclamada". BRASIL, 2019s.
27. Cfr. "Quando se fala em nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido é imprescindível, em face do princípio pas de nullité sans grief". BRASIL, 2019t.
28. Cfr. "De outra banda, não percebo a comprovação do alegado prejuízo suportado pelo Apelante, o que impede o reconhecimento da nulidade pretendida, na forma do princípio pas de nullité sans grief". BRASIL, 2018c.
29. Cfr. "Os defensores não demonstraram a existência de prejuízo à defesa, nos termos do artigo 563, do Código de Processo Penal, que explicita o pas de nullité sans grief". BRASIL, 2019u.
30. Cfr. "Em matéria de nulidade, o Processo Penal brasileiro adota o princípio pás de nullité sans grief, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo". BRASIL, 2016b.

Processo Penal da França), ao invés de uma interpretação do art. 563 do Código de Processo Penal conforme a (e à luz da) Constituição Federal da República de 1988.

Constatou-se, pela pesquisa, ainda, outra característica bastante preocupante: o art. 563 do Código de Processo Penal costuma ser invocar de maneira "automática" aliado ao enunciado 523 da Súmula de Jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal[31], súmula que fora aprovada em Sessão Plenária de 03.12.1969, ou seja, em plena ditadura e na vigência do Ato Institucional 5, e 19 anos antes da própria Constituição de 1988.[32]

O mais curioso, entretanto, é que nesses quatro precedentes que dão sustentação à orientação extraída da Súmula referida, foi deferida a ordem de *Habeas Corpus* por desrespeito às determinações da Lei Processual Penal (oitiva de testemunhas, apresentação de defesa e formulação de perguntas), oportunidades em que nem mesmo se chegou a se discutir o suposto postulado do *pas de nullité sans grief*. A propósito, o caso mais antigo presente no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal sobre a aplicação do suposto postulado do *pas de nullité sans grief* remonta ao ano de 1950. No Recurso Extraordinário 14.175/SP, relatado pelo ministro Orosimbo Nonato, discutiu-se uma Ação de Divisão de Terras a partir do art. 278, § 2º, do vetusto Código de Processo Civil de 1939, acerca da irrepetibilidade de certos atos[33], culminando com a seguinte assertiva de seu voto: "[...] inexistindo prejuízo para as partes, não se repetirá o ato omitido e nem lhe suprirá a falta. Adversa o legislador, a todo poder que pode inutilizar o processo por falhas que não geram prejuízo." E segue a manifestação: "O *'pas de nullité sam grief*, princípio que informa uma série de dispositivos processuais, confluentes todos no combate ao 'flagelo vitando da referência de Tito Fulgêncio'".

Isso não pode deixar de causar estranheza, sobretudo, porque o referencial ancorado nos termos da legislação processual civil de 1939 remonta ao ainda mais vetusto Regulamento 737, de 1850 (especificamente aos artigos 98 e 676)[34], todos eles demasiado

31. Súmula 523: "no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu". Conforme: BRASIL, 1969, p. 5933, 5949; e 5997.

32. Essa orientação do Supremo Tribunal Federal vincula-se aos casos dos seguintes julgados originários: RHC 43.501, HC 42.274, RHC 45.336, e HC 45.015.

33. CPC/1939: Art. 278. A nulidade de qualquer ato não prejudicará senão os posteriores, que dele dependam ou sejam consequência. § 1º O juiz que pronunciar a nulidade declarará a que atos ela se estende e ordenará as providências necessárias para que sejam repetidos ou retificados. § 2º Não se repetirá o ato, nem se lhe suprirá a falta, quando não tiver havido prejuízo para as partes. Conforme: BRASIL, 1939.

34. Cfr.: Regulamento 737/1850: Art. 98. Quando da contestação constar a arguição de nullidade, o Juiz tornando della conhecimento verbal e summario em audiencia, ou mandando que os autos lhe sejam conclusos, supprirá ou pronunciará a nullidade como fôr de direito e se prescreve no titulo – Das nulidades.

distantes do Poder Constituinte de 1988, especialmente no que toca ao sistema acusatório e à noção de preservação dos direitos do acusado no Processo Penal.

2.3. Percurso de "Institucionalização" no caso brasileiro: matriz histórica

Conforme se pode perceber da pesquisa, o percurso (o caso brasileiro) foi deveras acidentado. Não se insere a questão do "prejuízo" no Código Imperial de 1832, embora se tenha inserido a distinção entre as "formalidades substanciais" e as "formalidades acidentais", mas se insere a questão do "prejuízo" já no Regulamento 737, de 1850 (conforme mencionado). Deixa-se, assim, nas mãos dos magistrados a análise dos casos que poderiam suscitar a nulidade do processo, oportunidade em que os julgadores passam a se utilizar de uma lista de possíveis causas de nulidade elaboradas pela doutrina, como forma de facilitar o processo decisório. Essa lista começa com 120 nulidades em 1879, passando para 624 nulidades em 1924 (FERNANDES, 1976, p. 14-15).

Não se pode olvidar que tal confusão e vertiginosa ampliação ocorreu a partir de 1891, quando a Constituição da República passou a permitir Códigos de Processo Penal Estaduais. Foi aí que se vislumbraram as influências do Direito Francês, bem como do Regulamento 737, fazendo com que muitos Códigos de Processo Penal Estaduais passassem a dispor sobre a obrigação da verificação de "prejuízo efetivo" como condição para a declaração de nulidade (cfr., por exemplo o art. 327 do CPP do Estado do Rio Grande do Sul[35], o art. 476 do CPP do Estado de Minas Gerais[36] etc.).

Em decorrência dessa multiplicidade de Códigos de Processo Penal, esse estado de coisas acaba por gerar, como recordado ainda por Daniel Zaclis (2015, p. 105), uma jurisprudência caótica, pois, de forma incipiente, a fórmula do prejuízo do *pas de nulitté sans grief* era mencionada nesses códigos estaduais, ao passo que no âmbito Federal, afigurava-se a presença de outro modelo. O ajuste para um modelo unitário, sob o aspecto federativo, ocorreu apenas em 1941 com o surgimento do Código de Processo Penal nacional, diploma este inspirado no Código Rocco da Itália fascista.

A partir disso, redunda-se no modelo que se verifica atualmente, o qual passa longe de ser concorde com o modelo constitucional de máxima eficácia dos Direitos Fundamentais. A propósito, Leonardo Costa de Paula (2013, p. 48-50) menciona, a respeito da patente e inescapável contradição da fórmula adotada que, a tendência de proporcionar

---

Regulamento 737/1850: Art. 676. Deve o Juiz ou supprir, ou pronunciar a nullidade logo que as partes as arguirem pelo modo determinado no artigo antecedente. Serão suppridas as nullidades quando os actos e termos posteriores são independentes, e *não ficam prejudicados por ella*, devem porém ser pronunciadas quando pelo contrario ellas influem sobre os actos posteriores.

35. "Constituem nulidades insanáveis a preterição de alguma fórmula ou termo do processo, em prejuízo da acusação ou da defesa".

36. "Outrossim, [a nulidade] não pode ser pronunciada quando não houver prejuízo de nenhuma das partes, ou quando a falha tiver sido suprida proveitosamente no correr da ação".

poder ilimitado aos juízes de cognição ou recursais para analisar se haverá prejuízo na inversão de atos processuais, na ausência de citação para a prática de atos, ou qualquer forma não prevista em lei. Dessa forma, seria necessário proporcionar ao magistrado um aparato tal qual uma bola de cristal, pois, como seria ele capaz de realizar uma análise hipotética se um ato praticado de acordo com a lei ou com a forma híbrida estipulada pelo juízo influenciaria, ou não, o convencimento de certa tese defensiva ou acusatória de maneira diversa? Pensar que há a possibilidade de uma análise hipotética do prejuízo no caso concreto é dotar o juiz de poder de intuição, sexto sentido judicial e policial, já que denota um ato de fé ou de relação empática do juiz.

Aliás, não causa surpresa que uma fórmula com origens napoleônicas e positivista, criada para evitar discricionariedade, seja justamente o instrumento que permita a ampliação da discricionariedade. Isso porque, conforme bem acentua Lenio Luiz Streck (2010, p. 158-173), o positivismo é caracterizado pela análise do fenômeno jurídico a partir da restrição da verificação das fontes sociais (cisão/separação – epistemológica – entre direito e moral e a ausência de uma teoria da interpretação, que acarreta uma aposta na discricionariedade ou seja, não se consegue superar a herança kelseniana da cisão entre ciência do direito e direito ou entre observador e participante, no caso hartiano). Isso representa, ainda, a presença de um Direito sem DNA, um direito em que se aproxima, perigosamente, dos diversos matizes positivistas, que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito. O que os liga é uma espécie de grau zero de sentido. Trata-se de lidar com a maximização do poder: o princípio que gere as relações institucionais entre a política e o direito é o poder de o dizer em *ultima ratio*. Em síntese, a velha "vontade do poder" (*Wille zur Macht*) de Nietzsche.

Em termos práticos, é de se reconhecer que, no modelo atual, ainda se está (continua-se, portanto) aplicando o Código de Napoleão, pois se maximiza a discricionariedade, permitindo-se que os tribunais e juízes, ora se recusem a declarar a nulidade (sob o fundamento de que para ele – magistrado – deve haver a presença de prejuízo), ora declarem nulidades porque entenderam presente um prejuízo não muito bem explicitado (discricionariedade). O fato é que, ambos os panoramas dificultam a compreensão acusatória de processo, especialmente quanto à dimensão de Direitos Fundamentais que a própria Constituição sedimenta.

É importante observar, ainda, que o novo Código de Processo Civil francês opera atualmente no sentido de que, tratando-se de "nulidades fundamentais", estas podem ser sancionadas com a pecha de invalidade mesmo sem texto ou sem queixa (*même sans texte et même sans grief*), e a qualquer tempo/evento; tratando-se de nulidades processuais ou de ordem pública, podem ser sancionadas sem texto, mas não sem queixa (*soulevées sans texte mais pas sans grief*); e, tratando-se de nulidades formais, que não sejam nem substantivas ou nem de ordem pública, há a imposição de obediência ao duplo

preceito da exigência de texto e de queixa (*pas de nullité sans texte "et" pas de nullité sans grief*)[37]. Porém, o Código de Processo Penal francês[38] não admite esta fórmula no Processo Penal. Assim, nas 126 vezes em que menciona a expressão *nullité* (nulidade), sobretudo no dispositivo de n. 171, que usa a regra da garantia dos interesses do acusado, e não do prejuízo, texto ou queixa, assegura a distinção fundamental das nulidades num verdadeiro Processo Penal de Garantias de índole constitucional. Dito de outro modo e, mais claramente, o sistema de prejuízo do *pas de nulitté sans grief* não é aplicado no Processo Penal Francês.

Não bastasse, a própria *Cour de Cassation* francesa, no relatório de M. Boval (*Conseiller rapporteur*), esclarece a questão sob o ponto de vista histórico, bem como sob a perspectiva processual civil (inaplicável ao Processo Penal) de que, mesmo a palavra *grief* significa queixa, e relaciona-se ao vício de fundo e de forma, e a depender do caso, independe de motivação, ou seja, a própria gravidade da queixa já se desvincula de um aspecto de prova do prejuízo. Essa assertiva milita no sentido de que, mesmo a Corte de Cassação não exige a regra da motivação no campo penal e, em razão disso, o aspecto central é a alegação, e não o efetivo prejuízo[39].

---

37. Conforme o magistrado Félix Etoundi Onana: "Le Nouveau Code de Procédure Civile Français ajoute d'abord à cet ancien système, une distinction fondamentale qui s'établit entre la nullité des actes pour vice de forme et pour irrégularité de fond. Le législateur français réalise dans ce nouveau Code un véritable compromis entre plusieurs systèmes possibles. Car dans le nouveau régime qu'il consacre trois distinctions s'imposent: les nullités de fond peuvent être sanctionnées même sans texte et même sans grief, et peuvent être invoquées en tout état de cause (1ère distinction); les nullités de forme substantielles ou d'ordre public peuvent soulevées sans texte mais pas sans grief (2ème distinction); les nullités de forme qui ne sont ni substantielles, ni d'ordre public, obéissent au double principe 'pas de nullité sans texte' et 'pas de nullité sans grief'; le grief apparaissant comme le préjudice que l'irrégularité cause à l'adversaire et que celui-ci a la charge de prouver". Cfr. ONANA ETOUNDI, 2005.

38. Conforme se verifica do dispositivo n. 171 do Código de Processo Penal francês: "Il y a nullité lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne". FRANCE.

39. Conforme se verifica da manifestação da própria *Cour de Cassation* francesa, no relatório de M. Boval (*Conseiller rapporteur*): "Il paraît enfin utile de citer la note (38) de M. Cornu déjà mentionnée, publiée en 1977 sous deux arrêts dont le premier, du 15 octobre 1975, subordonne (contrairement aux précédents invoqués en défense) à la preuve d'un grief la nullité de l'acte d'appel d'un tribunal paritaire des baux ruraux contenant une injonction de comparution sans indiquer de date de comparution. La déviation, écrivait l'éminent auteur, consisterait, sous la pesée d'une intention suspecte et contraire à l'esprit de la loi (refouler la maxime '*pas de nullité sans grief*') à faire dégénérer en irrecevabilité de fond un vice de forme, sous prétexte que ce vice est grave. Dissipant toute confusion, l'énergique insistance de l'article 114 et ses répétitions intentionnelles auraient pu faire comprendre que tout ce qui est grave ne devient pas 'fond'. Ainsi le défaut de motivation demeure-t-il typiquement, dans un acte de procédure, un vice de forme (sauf à donner application, dans leur domaine, aux dispositions spécifiques prévues par certains textes, ainsi l'irrecevabilité pour le contredit non motivé)" FRANCE, 2006.

3. Motivos da não recepção vertical do *pas de nullité sans grief*

3.1. O prejuízo da "regra do prejuízo"

Seja qual for a questão, o suposto postulado da fórmula do prejuízo (*pas de nulitté sans grief*) não deveria existir no ordenamento jurídico brasileiro. Antes, o contrário, pois o princípio extraído do plano constitucional e que é o ponto de partida do ordenamento jurídico é o devido processo legal. Negar vigência à norma constitucional por uma suposição de que um princípio geral, sequer positivado, é fraude processual. Tem-se, no contexto do sistema de nulidades do Processo Penal Brasileiro, a perpetuação de um mecanismo napoleônico arbitrário que deita raízes no direito civil e processual civil francês e que não pode ser aplicado aos relevantes e fundamentais temas afetos ao modelo constitucional do Processo Penal.

A fórmula criada por Francisco Campos, que remete a muitos autores ultrapassados a adotar a tal vinculação à ideia do prejuízo se compõe da análise da nulidade a partir de um rol *numerus clausus* e uma regra geral de nulidade, conforme se percebe da exposição de motivos elaborada por Chico Ciência. De acordo com o registrado neste documento (CAMPOS, 1941), as nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoa a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. É coibido o êxito das fraudes, subterfúgios e alicantinas. É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do flagrante delito, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição do mandato não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandado. É revogado o formalismo complexo da extradição interestadual de criminosos. O prazo da formação da culpa é ampliado, para evitar o atropelo dos processos ou a intercorrente e prejudicial solução de continuidade da detenção provisória dos réus. Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitum*. Todo um capítulo é dedicado às medidas preventivas assecuratórias da reparação do dano *ex delicto*.

Essa fórmula, portanto, serve para validar qualquer ilegalidade. Apesar do rol do artigo 564 do Código de Processo Penal indicar que a forma dos atos é necessária, essa análise de nulidades se torna uma verificação impossível de ser realizada no plano concreto. É que essa análise se submete à possibilidade de se verificar, em hipótese, o que teria sido se fosse diferente do que foi.[40] Ou seja, mera elucubração que nunca se chegará a uma conformação de ferimento, a ferro e fogo, à verdade substancial (prevista no art. 566 do Código de Processo Penal Brasileiro) e ao prejuízo a acusação ou a defesa (previsto no art. 563 do mesmo diploma).

40. Conforme desenvolvido por: PAULA, 2013, p. 87.

A "regra do prejuízo" esvazia por completo o princípio do devido processo legal. Todo momento que um julgador lança à mesa o *pas de nullité sans grief*, o que ele faz é revogar, implicitamente, o postulado obrigatório do devido processo legal. O Brasil, por se tratar de uma República, é regido com fundamento na lei. Assim, o princípio da legalidade dita a ação e a atuação dos indivíduos e, mais ainda, do Estado e dos indivíduos que atuam em seu nome.

A submissão de qualquer indivíduo a um Processo Penal deve ser condicionada à prática de uma infração penal (violação de norma de direito material para a qual há a imposição de uma pena, conforme CRFB/88, art. 5º, XXXIX). Essa norma é o desenvolvimento da cláusula geral do princípio da compatibilidade, ou, para os que preferem, da legalidade: o indivíduo pode fazer tudo o que a lei não proíbe. Porém, ao se tratar daqueles que tornam o Estado presente (magistrados, promotores de justiça, delegados de polícia, servidores públicos em geral), são eles regidos pelo feixe das relações que os colocam nas funções que realizam, submetendo-se à outra dimensão do princípio da legalidade: o da estrita legalidade ou da conformidade. E o que é, para o processo penal, o princípio da conformidade? Eis o ponto central da discussão sobre a possível coexistência entre o devido processo legal e a falsa cláusula geral da *pas de nullité sans grief*: o princípio da estrita legalidade determina que aquele que personifica o Estado na função pública é autorizado a fazer tudo (e somente) o que a lei o autoriza.

3.2. A forma no processo penal como instrumento de "garantia do acusado": violação ao devido processo legal

O fato é que, essa fórmula diabólica do sistema do *pas de nulitte* incorporada no Processo Penal Brasileiro por Francisco Campos e inspirada em uma codificação forjada no berço do fascismo de Mussolini, continua a ecoar suas vozes perversas no Brasil de 2020. Problema é que, aqui, segue sendo revalidada com a aparência de refletir valores de um autêntico regime democrático. Nulidades devem ser reduzidas ao mínimo, diria o Ministro Francisco Campos, em momento autoritário. Em outro período (autoritário) da história brasileira, o referido personagem edita o Ato Institucional número 1. A partir disso, toda vez que um juiz ou tribunal entoa o *pas de nullité sans grief,* a luz por ele instalada volta a brilhar, ofuscando-se a democracia, tal como faz lembrar a célebre frase de Rubem Braga "Toda vez que acende a luz do Sr. Francisco Campos há um curto-circuito na democracia" (PAULA, 2013, p. 169).

E a democracia é violada especificamente na lesão que sofre a cláusula do Devido Processo Legal (formal e substancial). A aplicação do suposto postulado do "*pas de nulitté sans grief* fere mortalmente o art. 5º, inciso LIV, da CRFB/88, na medida em que fragiliza a principal função da tipicidade das formas no Processo Penal: "garantir os princípios de proteção do imputado" (BINDER, 2000, p. 119). Desse modo,

Chaves Junior, Airto; Paula, Leonardo Costa de; Pádua, Thiago Aguiar de. O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 182. ano 29. p. 163-190. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

> "se há um modelo, ou uma forma prevista em lei, que foi desrespeitada, o normal é que tal atipicidade gere prejuízo, sob pena de se admitir que o legislador estabeleceu uma formalidade absolutamente inútil." (BADARÓ, 2007, p. 189).[41]

Assevera-se que a integralidade dos atos processuais tem forma, e é exatamente esta forma que lhe dá o sentido de realidade, "e pelo qual se exprime o conteúdo da atividade do processo", vale dizer, sem observância mínima de sua forma, mas a forma é "garantia, sempre que seu objetivo for assegurar o conteúdo democrático do Processo Penal e seus pilares constitucionais direcionados para a proteção aos direitos fundamentais, e muito embora forma não possa ser confundida com o soerguimento de um altar de divindade e adoração da forma, significa, sim, o imprescindível respaldo ao devido processo legal". Assim:

> "É inestimável acentuar que, na seara do Processo Penal, a forma não pode ser ignorada pela simplória e descontextualizada alegação da teoria de viés civilista da instrumentalidade das formas. Mais do que isto, é necessária a verificação dos interesses constitucionais em jogo." (BIZZOTTO, 2019, p. 168).

A preservação da forma processual não é observada tão somente com a busca da finalidade utilitária do ato processual praticado, pois no transcurso imaginário das possibilidades do processo, pode ocorrer violações constitucionais pela insuficiência de asseguração das garantias diversas. Por conseguinte, "torna-se determinante deixar demarcada a advertência de que o objetivo fulcral da existência do Processo Penal é o da efetiva proteção dos direitos da pessoa colocada na posição de indiciado/acusado" (BIZZOTTO, 2019, p. 168-169).

Isso equivale a dizer, em termos constitucionais, que muito embora os defensores acríticos da instrumentalidade das formas argumentem que o prejuízo concreto do ato processual será "ponderado", fato é que "a avaliação do prejuízo deve implicar deixar intacto o respeito ao paradigma constitucional", pois,

> "há que se garantir que os caminhos do procedimento em contraditório estejam robustecidos pela livre possibilidade do amplo manejo do rol de garantias processuais e constitucionais. Desse modo, após ter-se ultrapassado tal crivo é que a forma processual eventualmente distorcida poderá prevalecer." (BIZZOTTO, 2019, p. 169).

A cláusula do devido processo legal, desde seus eixos histórico, conceitual e decisório, veda a interpretação do art. 563 do CPP sob as luzes do suposto postulado *pas de nullité sans grief* como se fosse "princípio geral do direito", eis que sua interpretação deve ser realizada sob o crivo do próprio *due process of law*. Aliás, conforme registra Alberto

41. Nesse sentido, ver, também: BIZZOTTO, 2019, p. 167.

Binder (2000, p. 17-18), a norma geral não pode ser outra que uma cláusula aberta de base constitucional, sem vínculo algum com uma interpretação restritiva, ideia de legalidade ou tipicidade das nulidades, pois esses conceitos são inaplicáveis a uma interpretação ampla e progressiva dos Direitos Fundamentais.

Para tanto, considerando que rito é forma, e forma é garantia do acusado/indiciado sob as luzes e os influxos do paradigma constitucional, e para que não se tenha uma adoração pueril da forma pela forma, é mister que se compreenda que o suposto postulado *pas de nullité sans grief* **não foi recepcionado pela Constituição Federal da República de 1988, e suas origens** (anteriormente mencionadas) vedam inclusive a sua aplicação sob o prisma da Constituição Cidadã.

Não bastassem os fundamentos jurídicos anteriormente expendidos, verifica-se que ao se fragilizar o sistema processual penal, fora do que deve ser (modelo constitucional do processo penal), com uma marcante feição e requintes do Estado Novo de Vargas e seu *Kronjurist*, equivalente ao alemão Carl Schmitt durante a ditadura Nazista na Alemanha, os investigados, processados e condenados de uma maneira geral, acabam não recebendo uma "verdadeira proteção judicial" na seara recursal, conforme determinado pelo Pacto de San José da Costa Rica, a CIDH – Convenção Interamericana de Direitos Humanos:

> "Artigo 25. Proteção judicial
>
> 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
>
> 2. Os Estados Partes comprometem-se:
>
> a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
>
> b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
>
> c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso."

Como visto, da forma como desenhado o sistema recursal *juspenal* e a inconstitucional válvula de escape da "teoria do prejuízo", e do suposto princípio *pas de nullité sans grief*, acabam resultando com que os recursos no processo penal não sejam justos e, menos ainda, efetivos contra a violação de direitos fundamentais reconhecidos pela convenção, pelas leis e pela Constituição Federal da República de 1988, especialmente quando essas violações são praticadas por julgadores que perpetram a ilegalidade "atuando no exercício de suas funções oficiais".

Com efeito, colham-se os inúmeros exemplos citados nesta pesquisa e, ainda espalhados nos mais variados rincões do Brasil. Do apanhado, impõe-se a imediata tomada de

providências por parte dos Tribunais Superiores (STJ e STF) – para a declaração e inconstitucionalidade do art. 563 do Código de Processo Penal e, também, do legislador (para a revogação dispositivo mencionado), sob pena de fomentar uma crescente e perigosa "desidratação" de Direitos Fundamentais constitucionalmente previstos (vigentes, mas frequentemente suspensos). Essa suspensão de eficácia do devido processo legal a partir de norma infraconstitucional (e inconstitucional) colabora com o aumento do sentimento descrito por autores com os das "ilusões constitucionais perdidas" (ou decrete o "fim das ilusões constitucionais"). Alguns desses autores, inclusive, consideram que o STF teria colaborado para este desfazimento.[42] Argumentam que se trata de um erro político as pessoas acreditarem num sistema normal [jurídico, ordenado, legal: vale dizer, constitucional] quando, de fato, ele não exista:

> "A força normativa da constituição (Hesse, 1959), tão festejada pela teoria constitucional brasileira, não resistiu a um mero ataque do órgão de jurisdição constitucional, o que leva à conclusão de que, até aqui, a Constituição de 1988 sobreviveu formalmente mais pela tolerância de seus adversários do que pela capacidade de seus defensores em se articularem materialmente em torno das ideias que ela representava. A organização política brasileira não se demonstrou competente em defender seu próprio poder constituinte, deixando que ele se esvaísse pelas mãos de uma juristocracia, defensora de seus interesses no interior do próprio Estado. Intelectuais e políticos que tiveram o sincero compromisso com as bases da transformação estatuída pela Constituição de 1988, deixaram que suas mesmas incapacidades constitucional e política revelassem-se noutros âmbitos da constituição, o que ratifica o fim da ilusão." (BELLO, BERCOVICI, LIMA, 2019).

Portanto, tem-se uma Constituição que já não assegura, tem-se direitos fundamentais que já não garantem, e apresentam-se direitos que não mais são percebidos, o que integra uma mistura volátil e altamente explosiva. A conclusão inafastável é a de que os tribunais devem adotar qualquer meio para preservar a ordem jurídica, afastando, em qualquer caso, a aplicação do art. 563 do Código de Processo Penal, pela clara não recepção do *pas de nullité sans grief* pela Constituição da República Federativa do Brasil consubstanciada na ofensa ao devido processo legal.

3.3. Por uma inversão das cargas probatórias do "prejuízo" no Processo Penal

O Sistema das Nulidades ou, mais especificamente, os métodos de convalidação dos atos em desconformidade com a forma são a mais importante baliza, o termômetro do grau de aceitação dos valores estampados na Constituição da República Federal para o

42. Muitas são as reflexões a esse respeito, a exemplo de Lenio Luiz Streck, sobre as lições que podemos colher a partir da experiência da derrocada de Weimar. Cfr. Rodas, 2019. Outras abordagens em: PÁDUA, 2018, p. 15-25; e SILVA, 2018.

Processo Penal. Como baliza que é, compreender esse sistema a partir do postulado *pas de nullité sans grief* como critério geral de validação de atos esculpidos em plena desconformidade com a lei (ilegalidade) revela um Processo Penal apegado a um modelo inquisitorial de processo e que "serve como fonte de represamento de Direitos Fundamentais, sobretudo, porque "obsta o amadurecimento das normas constitucionais e serve de entrave para a solidificação da cultura democrática no Processo Penal" (CHOUCK, 2011, p. 832).

Aliás, no Brasil, grande parte da literatura processual em tema de nulidades está assentada no conceito de "prejuízo"[43]. Vê-se, porém, que se trata de cláusula genérica e de extrema indeterminação. A partir disso: a) a ideia de prejuízo é dada por um determinado sentido de interpretação[44]; b) como fruto de determinado processo interpretativo, está condicionado aos fatores culturais que o norteiam; c) a cultura inquisitiva, mais do que sua simples condicionante normativa, impera largamente entre os operadores do Processo Penal no Brasil; d) aquilo que se compreende por "prejuízo" está determinantemente influenciado pela cultura inquisitiva e não se mostra largamente sensível aos valores alinhados ao Processo Penal e trazidos no texto constitucional. É que, num modelo de processo de matriz inquisitiva, os conceitos (de "prejuízo", por exemplo), não são definidos com clareza. Não há, assim, possibilidade de apresentar na doutrina e jurisprudência uma forma concreta do que é, no caso concreto, prejuízo. E é por isso que, nesse modelo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência se preocupam em dizer o que não é prejuízo ao invés de traçar um conceito para a categoria e empreender segurança jurídica ao modelo processual. (CHOUCK, 2011, p. 835-836).

Todos os autores e tribunais que se dedicam a fundamentar suas decisões ou posições jurídicas poderiam dedicar um capítulo específico para esclarecer como poderia conviver a temática da presunção de inocência[45], que impõe o ônus probatório à acusação, com a assunção de inversão de regra probatória para o acusado na análise em concreto do prejuízo. Como isso não seria afastar a aplicação constitucional e o primado do Direito Processual Penal diante das suas garantias?

Uma das saídas para que se tenha um Sistema de Nulidades a partir do modelo constitucional e com respeito ao devido processo legal, é a inversão de sinais no sentido de que, uma vez arguida a nulidade de ato processual, é o juiz que, para manter a eficácia do ato, deveria expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que o ato atingisse sua finalidade. (BADARÓ, 2007, p. 190). Não se pode, num sistema que tem por objetivo precípuo a proteção das garantias do imputado, obrigar ao réu a carga probatória de um tal

43. Ver por todos: GRINOVER, 1992, p. 23 e salvo raras exceções como os trabalhos referenciados neste estudo.

44. Nesses casos, a expressão "vai encontrar seu referencial semântico naquilo que entender o julgador; e aí não é difícil perceber, manuseando as compilações de julgados, que não raro expressam decisões teratológicas". Ver: COUTINHO, 2001, p. 44.

45. Sobre esse ponto para aprofundamento sugere-se a obra de: MORAES, 2010.

prejuízo.[46] Até mesmo porque, conforme se verifica, não se sabe bem ao certo o que isso (prejuízo) significa.

Não é à toa que se deve observar as precisas considerações trazidas por Ricardo Jacobsen Gloeckner (2017, p. 331-332). Conforme o autor, a refundação dos princípios organizadores da teoria das nulidades é uma exigência que pode ser melhor observada a partir de quatro características, todas elas inter-relacionadas. A primeira delas é a autonomização do processo penal em face do processo civil. A segunda, refere-se à democratização e o paulatino avanço rumo a um modelo acusatório (embora a teoria das nulidades por si só, não possa alimentar e forjar um regime acusatório). Em terceiro lugar, tem-se a oxigenação de conceito de forma processual e seu potencial tratamento como matéria das mais importantes no processo penal (e não como meia dúzia de páginas dedicadas pelos mais diversos manuais, circunstância encontrada nos mais diversos ordenamentos jurídicos processuais). A quarta característica é a refundação do processo penal do modelo Constitucional. É que, apesar do inquestionável contributo epistêmico que a doutrina constitucional alimentou nos últimos anos, não basta pensar a forma como instrumento de aplicação dos princípios e garantias constitucionais. Para o desenvolvimento teórico do processo penal, faz-se preciso ingressar numa discussão profunda sobre a renovação conceitual da temática, sob pena de se mudar a fachada, mantendo-se os mesmos (antidemocráticos e eficientistas) pilares, com seus perigosos desdobramentos.

É claro que, em razão da indeterminação da categoria "prejuízo", outras formas de análise e abordagem podem ser consideradas, especialmente porque a nulidade é revelada exatamente quando o julgador declara que determinado ato processual foi produzido a partir de violação de normas legais e, por consequência, do devido processo legal. Neste caso, ou o ato é nulo (por ofensa ao devido processo legal) ou o ato é validado com discurso de "eficácia do processo" sustentado no sistema do *pas de nulitte*, neste último caso, suspendendo-se a eficácia da norma constitucional relacionada. Veja-se que, para tanto, a Constituição é, simplesmente, desconsiderada como se fosse ela, a parte mais fraca da relação.[47]

Não é descurada a afirmação de Leonardo Costa de Paula (2013, p. 119): "quando se olha para a nulidade, se vê o nada, mas, se olhar através dela, descobre-se o Direito". E é

46. Aliás, essa postura consubstancia-se num latente fenômeno de "violência objetiva" voltada ao controle de determinados comportamentos, pois a orientação jurisprudencial é quase que sempre convergente ao modelo de Estado que se busca atender. A inversão do ônus da prova, típica de Regimes Autoritários, é apenas uma das diversas expressões que conduzem a conclusão de que parelho judiciário (juízes e tribunais) está bastante divorciado de sua função de guarda da CRFB/88 e da máxima realização dos Direitos Fundamentais do réu a processo penal submetido. Ver: CHAVES JUNIOR, 2018, p. 120-121.

47. Sobre o tema, Konrad Hesse diz que, "ao mesmo tempo em que as normas constitucionais não estão desvinculadas da realidade concreta histórica de seu tempo, também não estão simplesmente condicionadas a essa realidade, de modo que em caso de eventual conflito, a Constituição não pode ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca". Conforme: HESSE, 1991, p. 10-11.

justamente este o exercício desenvolvido no presente estudo, quem vale mais? A fórmula mágica solipsista elaborada por Francisco Campos ao criar uma fórmula de declaração da nulidade que nunca poderá ser validada? A fórmula prevista no Código de Processo Penal de matriz fascista impõe que a declaração *numerus clausus* da nulidade prevista no artigo 564 do CPP parece impor que sempre seria declarada as nulidades, mas como referenciado anteriormente elas deixaram de ser o que tem sido, submetem-se a uma falaciosa análise em concreto (e impossível) do prejuízo, para além da influência na busca da verdade substancial, que por força da densidade do tema responder a esses aspectos imporia um novo estudo, também impossível de se alcançar.

O reflexo visível do combatido e inconstitucional sistema de nulidades só teria serventia para se fazer uma análise impossível, ou, no máximo, adotando-se a "filosofia do *como se*" (em patente *fictio iuris*, nas palavras de Vahinger), equivalendo-se a imaginar: como teria sido a sentença se tivesse sido diferente do que foi? Isso, ninguém nunca vai saber. O fato é que, alterando-se a carga probatória para o Estado, empreender-se-ia a emulação de um demiurgo processual, criando-se uma linha de espaço-tempo alternativa para se demonstrar o "não-prejuízo" pela violação da norma: se, apesar a atipicidade do ato, o Estado mantém a sua validade, é natural que se exija desse mesmo Estado que se demonstre que referido ato atingiu a sua finalidade sem qualquer prejuízo para a parte que, em tese, teria o seu direito lesado com a atipicidade questionada.

E, todas as vezes que os tribunais reafirmam o suposto adágio francês do *pas de nullité sans grief*, Francisco Campos se faz presente para asseverar que no Brasil a lei não passa de simulacro para afastar qualquer Constituição fundada no Devido Processo Legal e nas garantias dos indivíduos seja afastada para preservar o solipsismo que tende a ser incontrolável do poder de punir a qualquer custo, mesmo que se perca a substância daquilo que deve ser preservado por uma efetiva república: se estabelecer pela lei, com base na lei e conforme a lei, ou seja, vivificar, no fim, o princípio do devido processo legal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto buscou refletir a (não) recepção do suposto postulado do *pas de nullité sans grief* no Processo Penal Brasileiro. A discussão crítica ora empreendida buscou trazer mais relevo para a Constituição Federal de 1988, de modo a preservar a sua supremacia, bem como a rigidez das normas constitucionais. A proposta foi demonstrar que o *pas de nulitté sans grief* viola os arts. 1º, 3º, 4º e 5º, inciso LIV, da CRFB/88.

Conforme se verificou, a origem do postulado *pas de nulitté sans grief* nasceu de uma tentativa de calar e silenciar o poder judicial, na regra *nullité sans grief n'opere rien* (ZACLIS, 2015, p. 101-102) do ordenamento jurídico napoleônico, a partir do antagonismo entre o rei e o parlamento. Atualmente, o cenário jurídico na França é bastante diferente. Demonstrou-se, por exemplo, que o Código de Processo Civil francês opera a partir das seguintes perspectivas: a) tratando-se de "nulidades fundamentais", podem elas ser

sancionadas com a pecha de invalidade mesmo sem texto ou sem queixa (*même sans texte et même sans grief*), e a qualquer tempo/evento; b) em se tratando de nulidades processuais ou de ordem pública, podem ser sancionadas sem texto, mas não sem queixa (*soulevées sans texte mais pas sans grief*). Por fim, c) levando-se em consideração as nulidades formais, que não sejam nem substantivas ou nem de ordem pública, há a imposição de obediência ao duplo preceito da exigência de texto e de queixa (*pas de nullité sans texte "et" pas de nullité sans grief*).

No que se refere a questões de nulidades em Processo Penal, porém, o Código de Processo Penal Francês não admite esta fórmula, em qualquer de suas perspectivas. O estudo anotou que, nas 126 vezes em que o diploma menciona a expressão *nullité*, sobretudo no dispositivo de n. 171, utiliza-se a regra da garantia dos interesses do acusado, e não do prejuízo, texto ou queixa. Dito de outro modo e, mais claramente, o sistema de prejuízo do *pas de nulitté sans grief* não é aplicado ao Processo Penal Francês.

No Brasil, o suposto postulado *pas de nulitté sans grief* tem servido para que os juízes e tribunais estabeleçam dúvidas sobre a existência de nulidades relativas ou absolutas (valendo-se da prova do prejuízo que, nestes casos, transfere o ônus ao acusado), o que fragiliza a necessária imparcialidade do julgador e viola o devido processo legal substantivo (art. 5º, inciso LIV, da CF/88). Assim, o *pas de nulitté sans grief,* além de não existir no ordenamento pátrio como princípio geral do direito, serve para desvirtuar a forma do Processo Penal como garantia do acusado, transformando o réu em mero objeto de pretensões processuais, despido de sua dignidade (art. 1º, inciso III, da CRFB/88).

Se a Constituição é a norma que mais vale; se é ela quem deve determinar e conduzir a interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional; e, se o devido processo legal substancial determina que a forma é garantia do acusado, especialmente quanto aos vetores relacionados ao Código de Processo Penal, e não havendo a preponderância de um suposto postulado principiológico (como o *pas de nulitté sans grief*) então o artigo 563 do CPP deve ser interpretado no sentido de se presumir o prejuízo ao acusado. Deve-se, a partir disso, decretar-se a nulidade sempre que se verifique a violação do rito/forma em temas ligados à "medula óssea" ou "espinha dorsal" do Processo Penal": competência, quebra da parcialidade, cerceamento de defesa, constrição da liberdade pessoal ou de direito patrimonial, prova, julgamento e fundamentação das decisões judiciais.

A regra da prova do prejuízo, para além disso, afasta até mesmo a presunção de inocência, pois obriga o acusado a produzir uma prova impossível, já que, conforme verificado, "prejuízo" é cláusula genérica de extrema indeterminação. Tanto que doutrina e jurisprudência brasileiras não conceituam essa categoria, apenas se ocupam em dizer o que não é prejuízo. Exige-se, dessa forma, que o acusado demonstre coisa que não se sabe, bem ao certo, o que é.

Uma das soluções trazidas pelo estudo e para que se tenha um Sistema de Nulidades a partir do modelo constitucional e com respeito ao devido processo legal, é uma verdadeira inversão de sinais: uma vez arguida a nulidade de ato processual, é o juiz que, para manter a eficácia do ato, deve expor as razões pelas quais a atipicidade não impediu que

o ato atingisse sua finalidade. Num sistema que tem por objetivo precípuo a proteção das garantias do imputado, não se pode obrigar que a parte mais frágil dessa relação seja obrigada a produzir prova de tal prejuízo. Até mesmo porque, conforme se anotou, não se sabe bem ao certo o que isso (prejuízo) significa.

Por fim, a análise das nulidades é um exame da eficácia dos princípios do Devido Processo Legal Substancial, da Presunção de Inocência e da Legalidade, no seu aspecto da conformidade. Aliás, é amparado neste último princípio que o Estado assume a obrigação de processar o indivíduo na forma da lei, conforme a lei – nada mais que isso.

5. Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1769-1811, 2019. Doi: 10.1590/2179-8966/2018/37470.

BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales:* elementos para uma crítica a la teoria unitaria de las nulidades em el proceso penal. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000.

BIZZOTTO, Alexandre. *Lições de direito processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019.

CAMPOS, Francisco. Código penal. Exposição de motivos do Ministro Francisco Campos. *Revista de Direito Penal*, [s.l.], v. XXXI, dez. 1940.

CAMPOS, Francisco. *Exposição de motivos do Código de Processo Penal*, 1941.

CAMPOS, Francisco. *O Estado Nacional*: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.

CARROLL, Lewis. *Alice no País das Maravilhas*. Trad. Clélia Regina Ramos. São Paulo: Universo dos Livros, 2014.

CHAVES JUNIOR, Airto. *Além das Grades*: a paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

CHOUCK, Fauzi Hassan. *Código de Processo Penal*: comentários consolidados e crítica jurisprudencial. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, v. 1, n. 1, p. 26-51. Porto Alegre: Nota Dez Editora, 2001.

DE CASTRO, Lola Aniyar. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

FERNANDES, Paulo Sergio Leite. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1976.

FRANCE. *Code de procédure pénale*. Chapitre Ier: Du juge d'instruction: juridiction d'instruction du premier degré. p. 124. Disponível em: [http://codes.droit.org/CodV3/procedure_penale.pdf]. Acesso em: 14.09.2020.

FRANCE. Cour de Cassation. Chambre mixte. *Arrêt n. 243* du 7 juillet 2006. Rapport de M. Boval. Conseiller rapporteur. Disponível em: [www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/boval_conseiller_8736.html]. Acesso em: 14.09.2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Nulidades no processo penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. As nulidades no processo penal. São Paulo: Malheiros, 1992.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MIRANDA, Jorge. Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade. Lisboa: Revista da Faculdade de Direito, 1968.

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ONANA ETOUNDI, Félix. Le Régime Juridique des Nullités des Actes de Procédure dans L'acte Uniforme Portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies D'exécution. IDEF, França, 29 out. 2005. Disponível em: [www.institut-idef.org/Le-regime-juridique-des-nullites.html]. Acesso em: 11.09.2020.

PÁDUA, Thiago Aguiar de; Amaral MACHADO, Bruno. Reminiscências do pensamento crítico de Lola Aniyar de Castro e o julgamento dos crimes contra a humanidade no Brasil. Utopía y praxis latinoamericana, Venezuela, año 24, n. extra 2, p. 100-122, 2019. Disponível em: [http://doi.org/10.5281/zenodo.3344860].

PÁDUA, Thiago Aguiar de. A balzaquiana Constituição: Constitucionalismo e Democracia nos 30 Anos do (Des)Aniversário da CF/88. Brasília: Trampolim, 2018.

PAULA, Leonardo Costa de. As nulidades no processo penal. Curitiba: Juruá, 2013.

RODAS, Sérgio. "Com Constituição alemã de Weimar, Estado é chamado a proteger o cidadão". Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 10 ago. 2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-ago-10/entrevista-lenio-streck-jurista-professor]. Acesso em: 11.09.2020.

ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2019.

SILVA, Denival Francisco da. De guardião a vilão: a contribuição do Poder Judiciário no desmonte da Democracia no Brasil. Florianópolis: EMais Editora & Livraria Jurídica, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista? Revista NEJ – Eletrônica, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, jan.-abr. 2010. Disponível em: [https://doi.org/10.14210/nej.v15n1.p158-173].

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. O que é isto? As garantias processuais penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. São Paulo: Saraiva, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Supremo pode deixar de aplicar lei sem fazer jurisdição constitucional? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 25 out. 2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-out-25/observatorio-constitucional-stf-deixar-aplicar-lei-jurisdicao-constitucional]. Acesso em: 11.09.2019.

STRECK, Lenio Luiz; TRIDADE, André Karam. Produção de prova cabe ao MP e à defesa. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 11 jan. 2010. Disponível em: [www.conjur.com.br/2010-jan-11/producao-prova-processo-penal-cabe-mp-defesa]. Acesso em: 11.09.2020.

ZACLIS, Daniel. A regra do prejuízo e as nulidades processuais: construção de um modelo racional de aplicação do 'pas de nullité sans grief' no âmbito do Processo Penal brasileiro. São Paulo: USP, Faculdade de Direito, 2015.

Legislação

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-Lei 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro, set. 1939. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm]. Acesso em: 14.09.2020.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula 523*. Fonte de Publicação: DJ de 10.12.1969, p. 5933; DJ de 11.12.1969, p. 5949; DJ de 12/12/1969, p. 5997. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula523/false]. Acesso em: 14.09.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, Habeas Corpus 0804073-66.2015.8.15.0000, rel. Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos, Câmara Criminal, j. 05/02/2016a. Disponível em: [https://pje-jurisprudencia.tjpb.jus.br/jurisprudencia/view/AXQsFNKxmEaaBIu9m2PM?words=#]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Tocantins, Apelação Criminal 0000632-77.2015.827.0000, rel. Des Helvécio De Brito Maia Neto, 4ª T. da Primeira

Câmara Criminal, j. 21.06.2016b. Disponível em: [http://jurisprudencia.tjto.jus.br/consulta?q=0000632-77.2015.827.0000]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará, Habeas Corpus 0800686-65.2018.8.14.0000, rel. Des. Maria de Nazaré Silva Gouveia dos Santos, j. 12.03.2018a. Disponível em: [http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=cache:WXLndALQirwJ:177.125.100.71/pje/625963+0800686-65.2018.8.14.0000.&client=consultas&proxystylesheet=consultas&site=jurisprudencia&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, Apelação Criminal 0000131-56.2007.8.25.0034, rel. Des. Edson Ulisses de Melo, Câmara Criminal, j. 27.11.2018c.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, Recurso em Sentido Estrito 0806969-39.2018.8.20.0000, rel. Gab. Des. Saraiva Sobrinho, Câmara Criminal, j. 11.12.2018b.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, Apelação Criminal 0000682-80.2017.8.03.0007, rel. Des. Sueli Pereira Pini, Câmara Única, j. 29.01.2019d. Disponívelem:[http://tucujuris.tjap.jus.br/tucujuris/pages/consultar-processo/consultar-processo.html?numero_unico=0000682-80.2017.8.03.0007]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Apelação Criminal 0086981-68.2016.8.19.0001, rel. Des. Claudio Tavares de Oliveira Junior, 8ª Câmara Criminal, j. 13/02/2019q. Disponível em: [www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.10]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, Acórdão 2411692019, Apelação Criminal 0414702018, rel. Des. Josemar Lopes Santos, j. 19.02.2019j.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, Apelação Criminal 0000361-40.2018.8.11.0087, rel. Des. Luiz Ferreira Da Silva, 3ªCâmara Criminal, j. 21.02.2019m. Disponível em: [https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=0000361-40.2018.8.11.0087&isBasica=true&indice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento&tipoBusca=2&k=3lhy1s]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, Apelação Criminal 2017.0001.010345-7, rel. Des. Pedro de Alcântara Macêdo, j. 20.03.2019o. Disponível em: [www.tjpi.jus.br/download/100000000000000_100014910441547_1.pdf]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, Apelação Criminal 0610875-62.2018.8.04.0001, rel. Dra. Onilza Abreu Gerth, 2ª Câmara Criminal, j.

25/03/2019c. Disponível em: [https://consultasaj.tjam.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=2822255&cdForo=0]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Apelação Criminal 0000450-84.2016.8.24.0018, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, 1ª Câmara Criminal, j. 28.03.2019t. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/sg/n/0000450-84.2016.8.24.0018]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Acre, Habeas Corpus 28.226, 1000275-80.2019.8.01.0900, rel. Des. Pedro Ranzi, Câmara Criminal, j. 28.03.2019a. Disponível em: [https://esaj.tjac.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=93619&cdForo=0]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, Apelação 0002394-69.2016.8.17.0260, rel. Des. Demócrito Ramos Reinaldo Filho, j. 02.04.2019. Disponível em: [www.tjpe.jus.br/consultajurisprudenciaweb/downloadInteiroTeor;jsessionid=uagTmJQ2MT08iYWBhu7DvGXm-4gppmh9Q825V-ZSlf0SSd-PWnfCa!-1303892725?codProc=657091&tipoJuris=1141&orig=FISICO]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, Apelação Criminal 1000918-72.2017.822.0011, rel. Des. Miguel Monico Neto, 2ª Câmara Criminal, j. 03.04.2019r. Disponível em: [https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=1]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo, Apelação Criminal 0023703-94.2016.8.08.0035, rel. Des. Elisabeth Lordes, 1ª Câmara Criminal, j. 03/04/2019h. Disponível em: [http://aplicativos.tjes.jus.br/sistemaspublicos/consulta_jurisprudencia/temp_pdf_jurisp/13500670860.pdf?CFID=163049224&CFTOKEN=16277511]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Acórdão 1163663. 20160510059133APR, rel. Roberval Casemiro Belinati, 2ª Turma Criminal, j. 04.04.2019g. p. 89-112. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Habeas Corpus 5117725-35.2019.8.09.0000, rel. Des. Edison Miguel da Silva Junior, 2ª Câmara Criminal, j. 04.04.2019i. Disponível em: [https://projudi.tjgo.jus.br/BuscaArquivoPublico?PaginaAtual=6&Id_MovimentacaoArquivo=93412342&hash=100779628955987688882570657439664383600&CodigoVerificacao=-true]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, Apelação Criminal 0700104-74.2017.8.02.0049, rel. Des. João Luiz Azevedo Lessa, Câmara Criminal, j. 10/04/2019b. Disponível em: [www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=227215&cdForo=0]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, Apelação Criminal 0700104-74.2017.8.02.0049, rel. Des. João Luiz Azevedo Lessa, Câmara Criminal, j.

10/04/2019b. Disponível em: [www2.tjal.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=227215&cdForo=0]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Apelação Criminal 2033643-78.2015.8.13.0024, rel. Des. Catta Preta, Segunda Câmara Criminal, j. 11.04.2019k. Disponível em: [www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=2033643-78.2015.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar&]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, Apelação Criminal 0041104-37.2015.8.12.0001, rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, 3ª Câmara Criminal, j. 11.04.2019l. Disponível em: [https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=869847&cdForo=0]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, Apelação Criminal 0001974-34.2012.8.16.0098, rel. Des. Celso Jair Mainardi, 4ª Câmara Criminal, j. 11.04.2019p. Disponível em: [https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000008692151/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0001974-34.2012.8.16.0098]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Criminal 71008316739, rel. Des. Edson Jorge Cechet, Turma Recursal Criminal, j. 15.04.2019s. Disponível em: [www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, Apelação Criminal 0000442-64.2015.8.06.0044, rel. Des. Henrique Jorge Holanda Silveira, 3ª Câmara Criminal, j. 16.04.2019f. Disponível em: [https://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=3219062&cdForo=0]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Apelação Criminal 0000064-25.2007.8.05.0139, rel. Des. Carlos Roberto Santos Araújo, 2ª Câmara Criminal, j. 11.04.2019, DJe 22.04.2019e. Disponível em: [https://jurisprudenciaws.tjba.jus.br/inteiroTeor/77e4797b-2f34-3273-ba11-e115b3de9241]. Acesso em: 10.10.2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Criminal 0006645-55.2017.8.26.0322, rel. Des. Péricles Piza. 1ª Câmara de Direito Criminal, j. 22.04.2019u. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12425841&cdForo=0]. Acesso em: 10.10.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Oralidade e democratização no processo penal contemporâneo, de Marcos Eugênio Vieira Melo – *RBCCrim* 175/211-250 (DTR\2020\15217); e
- Recurso parcial – efeito devolutivo da apelação – "*tantum devolutum quantum appellatum*" – aplicação do princípio do direito francês "*pas de nullité sans grief*" – julgamento antecipado – ato processual a critério do juiz, de Marcos Afonso Borges – *RePro* 63/160-163 (DTR\1991\124).

Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato

Extra and contra legem provisions in cooperation agreements: Qualitative Analysis of the "Lava Jato Operation" Agreement Terms

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra – Portugal. Pós-Doutor em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza – Argentina. Doutor e Mestre em Filosofia pela UFRJ. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidad de Granada – Espanha. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Direito da Economia pela Fundação Getulio Vargas. Graduado em Direito pela UERJ. Professor Titular de Direito Processual Penal do IBMEC/RJ. Professor Associado de Direito Processual Penal e Prática Penal do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis – UCP. Pesquisador Jovem Cientista do Estado – FAPERJ. Coordenador do Grupo de Pesquisa "O Sistema Penal sob Olhar Crítico" da UFRJ/UCP. Advogado criminalista.
Lattes: [lattes.cnpq.br/9190879263950156].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-4485-844X].
antonio.santoro@ucp.br

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Recebido em: 18.01.2021
Aprovado em: 01.05.2021
Última versão do autor: 24.05.2021

Áreas do Direito: Penal; Administrativo

Resumo: Diante da importância da Operação Lava Jato na profunda mudança do cenário político brasileiro, na forma de combate ao crime organizado e à corrupção, bem como na alteração das características do processo penal, este trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade do uso prático da colaboração premiada na Operação Lava Jato com as disposições específicas da sua legislação de regência. O problema central

Abstract: In view the importance of Operation Lava Jato in the profound change of the Brazilian political scenario, in the fight against organized crime and corruption, as well as in the alteration of the characteristics of the criminal process, this work aims to analyze the compatibility of the practical use of the cooperation agreement in the Operation Lava Jato with the specific provisions of its legislation. The central problem that

Santoro, Antonio Eduardo Ramires. Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 182. ano 29. p. 191-226. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

que conduz o presente trabalho é: na Operação Lava Jato os órgãos de persecução observaram a regulamentação imposta pela Lei 12.850/2013 na celebração dos termos de colaboração premiada? Secundariamente: as disposições dos termos de colaboração premiada celebradas no complexo processual denominado Operação Lava Jato guardam compatibilidade com a ordem constitucional e o sistema processual penal brasileiro? A hipótese inicial é que os termos de colaboração premiada celebrados na Operação Lava Jato extrapolaram os limites impostos pela Lei 12.850/2013, causando distorções no sistema processual penal brasileiro e colocando em xeque direitos fundamentais. A metodologia de pesquisa seguiu o método dedutivo, com uso de fontes bibliográficas, bem como com coleta de dados empíricos de fontes documentais e respectiva análise qualitativa dos dados coletados. Ao final da pesquisa a hipótese se confirmou, constatadas que foram empiricamente as violações da legalidade no âmbito dos acordos de colaboração premiada, que produzem uma grave distorção do sistema democrático de processo penal.

Palavras-chave: Colaboração Premiada – Lawfare – Operação Lava Jato – Maxiprocessos – Pesquisa empírica documental.

drives the present work is: in Operation Lava Jato, the prosecuting bodies observed the regulations imposed by Law 12,850/2013 in the conclusion of the terms of the cooperation agreement? Secondly: do the provisions of the terms of the cooperation agreement entered into the procedural complex called Operation Lava Jato retain compatibility with the constitutional order and the Brazilian criminal procedural system? The initial hypothesis is that the terms of the cooperation agreement celebrated in Operation Lava Jato exceeded the limits imposed by Law 12,850/2013, causing distortions in the Brazilian criminal procedural system and violating fundamental rights. The research methodology followed the deductive method, using bibliographic sources, as well as collecting empirical data from documentary sources and the respective qualitative analysis of the collected data. At the end of the research, the hypothesis was confirmed, violation of the legality were verified empirically in analysis of the terms of cooperation agreement, which causes a serious distortion of the democratic system of criminal procedures.

Keywords: Cooperation agreement – Lawfare – "Lava Jato Operation" – Maxiprocesses – Documental empirical research.

Sumário: 1. Introdução. 2. Colaboração Premiada na Lei 12.850/2013: benefícios, direitos, obrigações e renúncias legais. 3. As disposições *extra e contra legem* nos termos de acordo de Colaboração Premiada da Operação Lava Jato. 3.1. Previsões quanto à pena. 3.2. Previsões quanto às provas. 3.3. Previsões quanto ao direito de acesso à justiça. 3.4. Previsões quanto à competência. 3.5. Previsões quanto aos bens. 3.6. Previsões quanto à propositura de outras ações. 3.7. Previsões quanto às medidas cautelares pessoais. 3.8. Previsões quanto à multa compensatória. 4. Considerações finais: consequências das disposições *extra* e *contra legem* nos termos de acordo de Colaboração Premiada. 5. Referências. Anexo 1. Anexo 2. Anexo 3.

1. Introdução

A[1] partir de março de 2014 se iniciou no Brasil, mais especificamente na 13ª Vara Federal de Curitiba, a Operação Lava Jato, apresentada no sítio eletrônico do Ministério Público Federal como "a maior iniciativa de combate corrupção e lavagem de dinheiro da História do Brasil"[2].

Ainda segundo o Ministério Público Federal, a "Lava Jato" se iniciou investigando quatro organizações criminosas lideradas por doleiros e, posteriormente, o Ministério Público Federal recolheu provas de um esquema criminoso envolvendo a Petrobras, o qual duraria pelo menos dez anos e consistiria na organização em cartel de grandes empresas que pagariam propinas a altos executivos e a agentes públicos.

A Operação Lava Jato não apenas mudou de forma sensível os rumos políticos do país, como também foi responsável por alterar o paradigma no enfrentamento ao crime organizado e à corrupção, colocando em evidência a atuação do Ministério Público Federal, da Polícia Federal e até mesmo do Poder Judiciário.

O processo penal ganhou um desenho maximizado, chamado por alguns pesquisadores de maxiprocessos (SANTORO, 2018), por outros de megaprocesso (PRATES e BOTTINO, 2019; MALAN, 2019), mas decerto inspirado no modelo da experiência italiana da Operação Mãos Limpas (ALFONSO e CENTONE, 2011; MORO, 2004, p. 61) e reuniu características próprias (FERRAJOLI, 2014, p. 758 e ss.) que passaram a influenciar o sistema processual penal brasileiro.

A Colaboração Premiada, meio de obtenção de prova instituído pela Lei 12.850/2013, foi instrumento decisivo na condução da Operação Lava Jato.

A partir não apenas das informações reveladas pelos colaboradores, mas principalmente pela obrigatoriedade de que os mesmos apresentassem os elementos de corroboração de suas declarações, a Colaboração Premiada foi essencial para obter informações e provas sobre crimes complexos e de difícil elucidação.

O objetivo do presente trabalho é, portanto, analisar a compatibilidade do uso prático da colaboração premiada na Operação Lava Jato com as disposições específicas da sua legislação de regência.

---

1. Trabalho resultado parcial de projeto de pesquisa financiado pela FAPERJ – Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro como bolsista Jovem Cientista do Nosso Estado (Edital 04/2018 – pedido E-26/202.675.2018 – processo 238453). Projeto intitulado "Maxiprocessos como instrumentos de Lawfare político: uma análise qualitativa da compatibilidade da 'Operação Lava Jato' com um processo penal democrático".

2. Disponível em: [www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso]. Acesso em 29.01.2020. Importante frisar que anteriormente o próprio MPF afirma que a Operação Lava Jato era "a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve", frase que trocava "investigação" por "iniciativa de combate" e estava disponível em [www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso]. Acesso em: 11.02.2018.

Diante disso, se coloca o problema central que conduz o presente trabalho: na Operação Lava Jato os órgãos de persecução observaram a regulamentação imposta pela Lei 12.850/2013 na celebração dos termos de colaboração premiada? Secundariamente: as disposições dos termos de colaboração premiada celebradas no complexo processual denominado Operação Lava Jato guardam compatibilidade com a ordem constitucional e o sistema processual penal brasileiro?

A hipótese inicial é que os termos de colaboração premiada celebrados na Operação Lava Jato extrapolaram os limites impostos pela Lei 12.850/2013, causando distorções no sistema processual penal brasileiro e colocando em xeque direitos fundamentais.

Para responder aos problemas propostos foi desenvolvida uma pesquisa pelo método dedutivo, com uso de fontes bibliográficas, no que respeita à discussão sobre a colaboração premiada, tal como está regulada no ordenamento brasileiro, tomando-se em consideração a redação da Lei 12.850/2013, antes e depois das alterações implementadas pela Lei 13.964/2019, decorrentes do Pacote de Lei Anticrime.

A pesquisa seguiu de forma empírica[3] com a análise documental[4] qualitativa de 47 (quarenta e sete) termos de acordo de colaboração premiada, cujos colaboradores e respectivos processos seguirão definidos em um anexo, em ordem alfabética. A análise dos termos de acordo consistiu especialmente na verificação dos aspectos referentes a benefícios de natureza processual, obrigações assumidas pelo colaborador e renúncias de direitos, com o objetivo de comparar com as disposições legais. O procedimento metodológico de coleta e análise será melhor especificado no item 3 deste trabalho referente à pesquisa empírica.

2. Colaboração Premiada na Lei 12.850/2013: benefícios, direitos, obrigações e renúncias legais

Como bem resumem Dalla e Wunder, os benefícios previstos na Lei 12.850/2013 para o colaborador na Colaboração Premiada são:

3. Compreende-se por pesquisa empírica aquela que pretende "romper com a tradicional pesquisa teórico-bibliográfica, tão afeita ao Direito" (LINS E HORTA, 2014, p. 165) e se dirige à compreensão de como a normatividade é apropriada socialmente, bem como à busca de resultados analíticos das consequências da interpretação da normatividade (VERONESE, 2015, p. 6019).

4. "O levantamento de dados em autos de processos judiciais é uma vertente da técnica 'pesquisa documental'" (SILVA, 2017, p. 277), enquanto para Reginato, a pesquisa documental é uma técnica de pesquisa empírica, a despeito da constante confusão que isso traz nos pesquisadores mais tradicionais (vide REGINATO, 2017, p. 193) "Minha intenção é chamar a atenção para o fato de que, cada vez que desenvolvemos uma pesquisa que mobiliza algum tipo de instrumento jurídico, norma, jurisprudência, autos ou peças processuais isoladamente consideradas, estamos no campo da pesquisa empírica em direito, especialmente da pesquisa documental (que, evidentemente, pode e deve se somar a outras diferentes estratégias analíticas de pesquisa)."

> "deixar de oferecer denúncia, perdão judicial, substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, redução da pena privativa de liberdade e progressão de regime." (DALLA e WUNDER, 2018, p. 120).

Não é difícil compreender que esses são os prêmios ou, por assim dizer, a contrapartida do ato de colaboração ou cooperação do investigado ou acusado com os órgãos de persecução legitimados a celebrar o acordo. Com exceção do benefício de "deixar de oferecer a denúncia", todos os demais benefícios têm natureza jurídica de direito material.

No rol apresentado pelos referidos autores estão os benefícios legais previstos para a colaboração pré-sentencial e pós-sentencial, tomando as expressões utilizadas por Canotilho (2017, p. 156).

As colaborações celebradas antes da sentença, ou seja, pré-sentenciais, admitem os seguintes benefícios: que se deixe de oferecer denúncia, que seja concedido o perdão judicial, que seja substituída a pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos ou a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços), conforme previsto no *caput* do art. 4º da Lei 12.850/2013, com exceção da possibilidade de deixar de oferecer denúncia que está prevista no § 4º do mesmo dispositivo. É mesmo possível afirmar que o benefício de "deixar de oferecer denúncia" mais do que pré-sentencial, é pré-processual.

As colaborações premiadas celebradas após a sentença, portanto pós-sentenciais, só admitem como benefícios a redução de pena pela metade e a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos que a autorizam, conforme previsão do § 5º do mesmo dispositivo.

A Lei 12.850/2013 prevê que a contrapartida para a concessão dos benefícios é que da colaboração advenha um ou mais dos resultados previstos nos incisos do *caput* do seu art. 4º: (i) a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; (ii) a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; (iii) a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; (iv) a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; (v) a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

No caso específico do benefício de não oferecimento da denúncia, é exigível, ainda que o colaborador (i) não seja o líder da organização criminosa, que (ii) seja o primeiro a prestar efetiva colaboração e, conforme a nova redação dada ao § 4º pela Lei 13.964/2019, (iii) desde que a colaboração se refira à infração de cuja existência o Ministério Público não tivesse conhecimento[5].

Não é difícil identificar que essas são as obrigações básicas do colaborador, qual seja, colaborar para alcançar esses resultados previstos em Lei.

5. De acordo com o § 4º-A, incluído pela Lei 13.964/2019, considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial tenha instaurado inquérito policial ou procedimento investigatório para apurar os fatos apresentados pelo colaborador.

Há, todavia, outras previsões legais que não podem ser compreendidas como benefícios, mas direitos do colaborador. O art. 5º da Lei 12.850/2013 prevê expressamente que o colaborador tenha os seguintes direitos: (i) usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; (ii) ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; (iii) ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; (iv) participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; (v) não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; (vi) cumprir pena ou prisão cautelar em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

No entanto, há outros direitos previstos na Lei 12.850/2013, embora não estejam incluídos no rol expresso do art. 5º. A maior parte são direitos fundamentais, mas vale ressaltar que se encontram contemplados pela própria redação da Lei 12.850/2013. São eles: direito à assistência de um advogado ou defensor público[6], direito à livre manifestação de vontade[7], direito a um julgamento de mérito[8], direito a uma sentença fundamentada[9], direito à retratação da proposta de colaboração[10], direito a que não sejam utilizadas as informações ou provas apresentadas pelo colaborador durante as tratativas no caso de não celebração de acordo[11], direito a que, no caso de retratação, as provas autoincriminatórias não sejam usadas exclusivamente em seu desfavor[12], direito ao registro das tratativas e dos atos de colaboração pelos meios ou recursos tecnológicos (inclusive audiovisual) que garantam a maior fidelidade das informações[13], direito à cópia do material registrado[14], direito a que o juiz não participe das negociações[15] e direito de impugnar a decisão de homologação do acordo[16].

6. Conforme § 1º do art. 3º-C da Lei 12.850/2013, incluído pela Lei 13.964/2019, bem como pelo § 15 do art. 4º da Lei 12.850/2013.
7. O que decorre da característica da "voluntariedade" constante do caput do art. 4º da Lei 12.850/2013, mas de cumprimento extremamente questionável tendo em vista que o inciso IV do § 7º da Lei 12.850/2013 com a redação dada pela Lei 13.964/2019 passou a admitir expressamente que exista voluntariedade da manifestação de vontade quando o colaborador "está ou esteve sob o efeito de medidas cautelares", embora atribua ao juiz homologador a obrigação de analisar a existência de voluntariedade nessas circunstâncias.
8. Conforme § 7º-A do art. 4º da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019.
9. Conforme § 7º-A do art. 4º da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019.
10. Conforme § 10 do art. 4º da Lei 12.850/2013.
11. Conforme § 6º do art. 3º-B da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019.
12. Conforme § 10 do art. 4º da Lei 12.850/2013.
13. Conforme § 13 do art. 4º da Lei 12.850/2013.
14. Conforme § 13 do art. 4º da Lei 12.850/2013.
15. Conforme § 6º do art. 4º da Lei 12.850/2013.
16. Conforme § 7º-B do art. 4º da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019.

Dentre as obrigações legais do colaborador[17] estão (i) narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados[18], sem omitir dolosamente qualquer fato[19], (iii) obrigação de falar a verdade[20], (iii) instruir a proposta e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias, (iv) indicar provas e elementos de corroboração[21], (v) guardar confidencialidade até o levantamento do sigilo por decisão judicial[22] e (vi) ter cessado o envolvimento em conduta ilícita objeto da colaboração[23].

Não há expressa previsão da obrigação de confessar. Todavia trata-se de uma decorrência do sistema de barganha instituído pela Lei 12.850/2013, que só admitiu a colaboração para os casos de Organização Criminosa em que o colaborador deve identificar "os demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações por ele praticadas", de tal forma que ele precisa ter praticado alguma infração juntamente com os integrantes do que a própria Lei definiu como Organização Criminosa. Combinando-se essa disposição com a obrigação de falar a verdade e, como se verá, renunciar ao direito ao

17. Aqui estão sendo incluídas as obrigações que a Lei 13.964/2019 atribuiu à defesa e não ao colaborador. É uma previsão no mínimo questionável. Primeiro porque no âmbito da regulamentação da Colaboração Premiada não se usou a expressão "defesa" para designar o advogado ou defensor público que assiste o colaborador, mas para designar a assistência técnica do delatado. De toda sorte, entende-se que o legislador quis designar por "defesa", ao usar a expressão no § 4º do art. 3º-C o advogado ou defensor que assiste o colaborador, por essa razão essa obrigação está aqui colocada como sendo uma obrigação do colaborador, embora quem vá cumpri-la seja sua "defesa".

18. Conforme § 3º do art. 3º-C da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019.

19. Conforme § 17 do art. 4º da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019.

20. Conforme § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013.

21. Conforme § 4º do art. 3º-C da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019. Vale dizer que antes da Lei 13.964/2019 já se exigia a obrigação de apresentar elementos de corroboração (por todos vide STF, HC 127.483), embora não existisse essa obrigação expressa na Lei 12.850/2013. Essa exigência, todavia, não parece contrariar a Lei, uma vez que o *caput* do art. 4º fala em "colaboração efetiva", o que não pode ser confundido com "declarações do colaborador". Parece claro que a colaboração não se resume às declarações, tanto que o § 3º do art. 4º prevê a possibilidade de suspensão do prazo para oferecimento da denúncia por 6 (seis) meses, prorrogáveis, exatamente para que sejam cumpridas as "medidas de colaboração", de tal sorte que essas medidas não são, por óbvio, as declarações, mas os atos tendentes a corroborá-las, o que a prática convencionou chamar de atos ou elementos de "corroboração" e agora está aderido ao texto legal.

22. Conforme *caput* do art. 3º-B da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019. O sigilo deve ser mantido obrigatoriamente até o ato de recebimento da denúncia ou queixa, depois sua publicização depende de decisão judicial, conforme § 3º do art. 7º da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019.

23. Conforme § 18 do art. 4º da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019.

silêncio, não havendo possibilidade de algo próximo ao instituto estadunidense do *nolo contendere*[24], a confissão é, na prática do sistema, uma obrigação.

A Lei 12.850/2013 ainda prevê a possibilidade de certas renúncias extremamente controversas, uma vez que conflitam com direitos fundamentais. Em primeiro lugar, há expressa previsão de renúncia ao direito ao silêncio no § 14 do art. 4º da Lei 12.850/2013. Ainda, embora haja uma expressa proibição de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória do acordo ao tachar cláusulas que contemplem essa possibilidade como nulas[25], essa sanção processual de nulidade não se estendeu expressamente para outras renúncias de acesso à justiça como o direito ao *habeas corpus* e recursos decorrentes, bem como a renúncia ao direito de recorrer da sentença condenatória.

Essas renúncias se apresentam como um ponto sensível de análise, porquanto a despeito de sua previsão ou admissão legal, não há compatibilidade com a Constituição e com tratados internacionais sobre direitos humanos aderidos ao ordenamento nacional, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Vasconcellos chama atenção para o fato de que há outras renúncias não expressas na Lei 12.850/2013 ou em cláusulas de acordo, mas que a colaboração acarretará, já que na prática a celebração do acordo implica no não exercício do direito de defesa e do contraditório, "além de suportar uma redução no âmbito de abrangência da sua presunção de inocência", já que "ao menos em seu viés de regra probatória (imposição do dever à acusação de produzir provas incriminatórias lícitas), resta profundamente esvaziada" (VASCONCELLOS, 2017, p. 162).

Canotilho, ao tratar das circularidades normativas que enredam a colaboração premiada, no ponto de interseção entre o direito constitucional, o direito convencional internacional, o direito penal material e o direito processual penal, subordina os acordos aos princípios da proibição do excesso e da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Para Canotilho, não apenas as normas legais sobre a colaboração premiada deverão estar sujeitas ao "rigoroso crivo de constitucionalidade", mas também

> "as interpretações normativas adoptadas pelo Ministério Público e/ou pelo juiz nas suas intervenções processuais no âmbito de acordos de colaboração premiada, sob invocação de determinada regra legal ou da conjugação de vários preceitos legais." (CANOTILHO, 2017, p. 146-147).

Jardim sustenta a nulidade de cláusula que vede "ao indiciado o direito de exercer, futuramente, o seu direito de ação, mormente em se tratando de Habeas Corpus, como seria também inválida a renúncia prévia ao duplo grau de jurisdição" (JARDIM, 2016, p. 4).

24. Sobre os tipos e modalidades de acordo (*plea bargaining*) no direito estadunidense, vide CASTRO (2019, p. 84 e ss.).

25. Conforme § 7º-B do art. 4º da Lei 12.850/2013, com a redação dada Lei 13.964/2019.

Como se verá a seguir, os termos de acordo de colaboração premiada limitam esse direito de forma a determinar o que pode ser ou não objeto de recurso, de tal maneira que na prática o direito de acesso à justiça e ao recurso terminam por ser perigosamente limitados em seu exercício.

Quanto à renúncia ao direito ao silêncio, embora pareça claro que se trata de uma inconstitucionalidade pois que "não pode lei infraconstitucional excepcionar garantia fundamental ao silêncio e não autoincriminação" (SANTIAGO NETO, 2016, p. 42), o Supremo Tribunal Federal vem entendendo como uma restrição ao *exercício* da garantia[26], mas não como uma renúncia ao direito fundamental em si e, com isso, atribuindo validade constitucional a cláusulas que a contemplem.

Cumpre, portanto, por meio de pesquisa empírica de natureza qualitativa identificar as cláusulas que estabeleçam previsões de benefícios, obrigações e renúncias *extra* e *contra legem* nos termos de acordos de Colaboração Premiada na Operação Lava Jato, a fim de verificar a potência de discricionariedade do instituto em termos práticos.

3. As disposições *extra* e *contra legem* nos termos de acordo de Colaboração Premiada da Operação Lava Jato

A pesquisa se iniciou com a identificação dos processos que o Ministério Público Federal apresentava como sendo a primeira e segunda fase da Operação Lava Jato, mas que em geral são de fato os processos iniciados até o segundo semestre de 2017.

Foram identificados na primeira instância: 75 (setenta e cinco) processos judiciais com tramitação na 13ª Vara Federal de Curitiba, 33 (trinta e três) na 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro e 2 (dois) na 10ª Vara Federal do Distrito Federal (Anexo 1).

Os processos foram acessados pelos sítios dos tribunais e obtidas as denúncias ou baixadas as denúncias disponíveis no sítio eletrônico do Ministério Público Federal. Foram lidas todas as denúncias para identificar quais faziam menção à existência de colaboradores. Foram identificados 125 (cento e vinte e cinco) colaboradores (Anexo 2) mencionados nessas 110 (cento e dez) denúncias.

Todos os autos dos processos que não estavam em segredo de justiça foram acessados para encontrar os termos de acordo de Colaboração Premiada. Foram encontrados 47 (quarenta e sete) termos de acordo de Colaboração Premiada, tendo sido elaborada uma lista com os nomes dos colaboradores cujos termos de acordo foram encontrados (Anexo 3).

Todos os termos foram lidos e identificadas as previsões de benefícios para o colaborador, obrigações a ele impostas e renúncias por ele realizadas. Com isso, foram identificadas aquelas previsões que concedem benefícios, impõem obrigações e renúncias não previstas em lei.

26. STF, Pet. 5.952/DF.

Deve ficar claro que a análise empreendida é qualitativa, não havendo qualquer pretensão de estabelecer uma análise quantitativa ou estatística. A identificação, de outro ponto, não é exauriente sobre os termos de acordo de Colaboração Premiada da Operação Lava Jato, já que o objetivo da análise é identificar as previsões *extra* e *contra legem* encontradas nos acordos analisados.

Deve se esclarecer que não serão aqui elencadas as renúncias que, embora previstas na Lei 12.850/2013, contrariam a Constituição e/ou os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil é parte, uma vez que, não apenas já tratados no item anterior, como o objetivo da presente análise é verificar as disposições constantes dos termos que não têm amparo na Lei 12.850/2013 (ainda que a lei possa ser inconstitucional quando ampara a renúncia a direito fundamental por afetar o núcleo essencial desse direito, como dito anteriormente).

Assim, as previsões de benefícios, obrigações e renúncias *extra* ou *contra legem* foram organizadas da seguinte forma: (i) quanto à pena; (ii) quanto às provas; (iii) quanto ao direito de acesso à justiça; (iv) quanto à competência; (v) quanto aos bens; (vi) quanto à propositura de outras ações; (vii) quanto às medidas cautelares pessoais; (viii) quanto à multa compensatória.

3.1. Previsões quanto à pena

Em primeiro lugar, é importante frisar que diante da estratégia de atuação do Ministério Público Federal, os fatos investigados e objetos de acusação não se reúnem em um único feito, mas se subdividem em várias investigações e acusações diversas. Esse ponto é relevante porque o acordo quanto à pena termina por se apresentar de forma muito diversa daquela prevista na Lei 12.850/2013.

Ao invés de prever uma das hipóteses possíveis previstas na lei para acordos pré-sentenciais (não oferecimento de denúncia, perdão, substituição de pena ou redução de pena), os acordos dispõem sobre a própria quantidade de pena e a forma de sua execução, reunindo assim todas as investigações e processos em curso ou mesmo futuros (que tenham relação com os fatos objetos do acordo) em um único instrumento de acordo.

De uma forma geral, o Ministério Público propõe a unificação das penas dos processos em curso e fixa uma quantidade mínima ou máxima de pena, estabelecendo a forma de cumprimento e a suspensão por dez anos de todos os processos e inquéritos, com a consequente suspensão dos prazos prescricionais.

Além de não haver previsão na Lei 12.850/2013 sobre a fixação de pena diretamente no termo de acordo, também a forma de cumprimento destoa por completo das determinações legais, especialmente do Código Penal e da Lei de Execuções Penais.

Tome-se, dois exemplos: os termos de acordo de Colaboração Premiada de Adir Assad e de Alberto Youssef.

No caso de Adir Assad a proposta foi "a condenação à pena máxima de 30 (trinta) anos de reclusão, (...) considerando-se para esse fim a unificação da pena nos processos penais já instaurados".

Quanto ao cumprimento, foi fixado não apenas o período 3 (três) anos de cumprimento em regime fechado, como também o lugar de cumprimento ("Superintendência da Polícia Federal em Curitiba ou em estabelecimento prisional similar, sujeito à concordância do MPF"). Desse período ainda seria detraído o tempo recolhido cautelarmente em estabelecimento carcerário.

Prevê, ainda, a progressão para o regime aberto pelo período de 2 (dois) anos, devendo ser cumprido com uso de tornozeleira eletrônica ou instrumento de monitoramento similar, já ficando ajustadas as condições, inclusive com limitação noturna e de fim de semana. Foi permitida a detração do período de prisão cautelar domiciliar neste período de cumprimento em regime aberto.

Depois seria substituída a pena por prestação de serviços à comunidade pelo prazo de 2 anos, a razão de 5 horas semanais.

Por fim, seria concedido livramento condicional pelo período restante.

Não é difícil verificar que as regras sobre cumprimento da pena não são respeitadas. O período mínimo de cumprimento de pena para progredir de regime não foi respeitado, foi ignorada a progressão para o regime semiaberto antes de progredir para o aberto, foram misturadas as penas privativas de liberdade com restritiva de direitos, não foram observadas as regras sobre o tempo de cumprimento de pena para fazer jus ao livramento condicional, as condições para cumprimento do regime aberto que devem ser fixadas pelo juiz, mas foram fixadas diretamente no acordo. Até mesmo o local em que a pena deva ser cumprida foi indevidamente acordado.

Deve se frisar que a possibilidade de acordo sobre progressão de regime só é cabível nos acordos pós-sentenciais, na forma do § 5º do art. 4º da Lei 12.850/2013.

Em outros acordos é possível verificar a criação de regimes prisionais inexistentes na lei como "regime semiaberto diferenciado" e "regime aberto diferenciado", no acordo de Dalton dos Santos Avancini, por exemplo, ou "equivalente ao regime semiaberto domiciliar" e "equivalente ao regime aberto domiciliar", no caso de Delcídio do Amaral Gomez. No caso do acordo de Nestor Cuñat Cerveró, não apenas são previstos os "regimes semiaberto diferenciado" e "regime aberto diferenciado", como também o "regime fechado diferenciado" e todos incluem apensos especificando os termos dos regimes diferenciados, como uma espécie de legislação para o caso concreto.

Ressalte-se que no caso de Delcídio do Amaral Gomez, a pena seria cumprida a partir da homologação, durante a qual ele tinha autorização para exercer seu mandato de parlamentar, bem como teve "permissão para viajar, em dois finais de semana mensais, para Campo Grande/MS, Corumbá/MS e Florianópolis/SC, observado o recolhimento domiciliar em local definido".

Também foram fixadas previsões sobre "perdimento de valores, pena de multa e pena compensatória". Ficou expresso que a condenação à pena de multa a que se refere o art. 58 do Código Penal seria fixada no mínimo.

Ora, não apenas não existe qualquer previsão sobre benefício em relação à pena de multa na Lei 12.850/2013, como sua fixação é uma atividade estritamente judicial e depende do julgamento de mérito.

É importante deixar claro que esse acordo foi celebrado em 08 de agosto de 2017 pelo colaborador e seu advogado, e também os procuradores da república da Força Tarefa do Paraná, do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Naquele momento ainda não vigorava a Lei 13.964/2019 que alterou a Lei 12.850/2013 e deu nova redação ao § 7º do art. 4º para atribuir ao juiz a obrigação de analisar a adequação dos benefícios pactuados àqueles previstos no *caput* e nos §§ 4º e 5º do art. 4º, bem como verificar a compatibilidade da pactuação sobre progressão de regime ao Código Penal e à Lei de Execução Penal, com exceção do acordo pós-sentencial em que o § 5º do art. 4º admite relativizar os requisitos objetivos para progressão.

Hoje, portanto, essas cláusulas seriam *contra legem* expressamente. Todavia, não parece ser possível afirmar que no momento da celebração do acordo elas seriam apenas *extra legem*, porque os benefícios são situações excepcionais. Como bem afirma Jardim (2016, p. 3), "o acordo de cooperação premiada é um negócio processual e, por conseguinte, regido pelas regras e princípios de Direito Público", de tal forma que "em termos de Direito Privado, pode-se fazer tudo o que não seja proibido, enquanto sob a égide do Direito Público, só se fazer o que seja expressamente permitido". Isso quer dizer, por óbvio, que há violação do princípio da legalidade.

Ainda quanto às penas, como já dito, os acordos preveem a suspensão das ações, inquéritos, procedimentos em curso ou que tenham relação com os fatos pelo prazo de dez anos, com a consequente suspensão dos prazos prescricionais. Ao final dos dez anos, os prazos prescricionais voltam a fluir até a extinção da punibilidade do colaborador. Não está previsto, mas parece subentendido que o Ministério Público se compromete a não propor as ações ou praticar ato processual após o encerramento do período de suspensão acordado[27].

A previsão da progressão de regime no termo de acordo de Colaboração Premiada de Alberto Youssef tem uma peculiaridade que vale o registro. Ficou fixado que a pena privativa de liberdade unificada de 30 (trinta) anos seria cumprida "por lapso não superior a 5 (cinco) anos e não inferior a 3 (três) anos". O tempo exato a ser cumprido em regime fechado depende dos resultados advindos da colaboração. Então ficou ajustado que em 1 (um) ano após a assinatura do acordo, haveria uma reunião para discutir o alcance dos resultados e determinar o período de cumprimento em regime fechado. Não havendo

27. É usada a expressão "sem a prática de qualquer ato processual durante o período em que estiver em curso a contagem do prazo prescricional", o que parece um compromisso, mas não está expresso ser um compromisso do MPF não praticar atos processuais.

acordo, seria realizada uma nova reunião 1 (um) ano e 6 (seis) meses depois da assinatura do acordo (ou seja, seis meses depois da primeira reunião). Se não houvesse acordo as partes apresentariam relatórios em separado ao juízo. Embora o acordo não diga expressamente, parece claro que o objetivo é que o juiz decida sobre esse período de cumprimento em regime fechado, que passará depois diretamente para o regime aberto.

Outro ponto relevante, mas que aparece em diversos outros termos de acordo além desse é a previsão de cumprimento imediato de pena após assinatura do acordo. Alguns acordos, todavia, não preveem que o cumprimento é após a assinatura, mas após a homologação, como é o caso do acordo de Carlos Emanuel de Carvalho Miranda, por exemplo.

Nesse caso não há apenas uma disposição *contra legem*, mas importa em renúncia ao direito fundamental de que a pena decorra de uma sentença prolatada por uma autoridade judiciária respeitando o devido processo, uma vez que é a Constituição que, em seu art. 5º, incisos LIV e LXI, condiciona a prisão à decisão de autoridade judiciária e a privação da liberdade ao devido processo.

3.2. Previsões quanto às provas

Como já foi dito anteriormente, é uma obrigação do colaborador apresentar os elementos de corroboração que confirmem suas declarações. Se antes esse era um entendimento, com a inclusão pela Lei 13.964/2019 do art. 3º-C na Lei 12.850/2013, especialmente seu § 4º, passou a ser uma obrigação legal.

Com isso, parecem adequadas à obrigação legal as previsões em todos os termos de acordos de Colaboração Premiada no sentido de estabelecer a obrigação de ter que indicar pessoas que possam prestar depoimento, ter que entregar documentos, papéis, escritos, fotografias, bancos de dados, arquivos eletrônicos etc. que estejam em seu poder, cooperar sempre que solicitado mediante comparecimento pessoal e ter que comunicar imediatamente caso seja contatado por pessoas que integrem a organização criminosa.

No entanto, é no mínimo questionável obrigar o colaborador a entregar documentos, papéis, escritos, fotografias, bancos de dados, arquivos eletrônicos etc. que estejam em poder de terceiros, como se prevê. Ao menos, resta arrefecida pela previsão seguinte de que no caso de recusa de fornecimento das provas pelos terceiros possuidores dos objetos, o colaborador deve indicar como o Ministério Público pode obtê-lo, evitando impor ao colaborador a obrigação de "retirar" os documentos dos terceiros que não fornecerem.

Há ainda previsões de obrigações extremamente questionáveis. Ao dispor sobre a obrigação de cooperar mediante comparecimento pessoal nas sedes do Ministério Público, da Polícia Federal ou da Receita Federal, para além dos depoimentos, reconhecimento de pessoas e análise de documentos, é prevista a obrigação de auxiliar peritos na análise pericial. A ideia de auxiliar peritos pode não ter qualquer problema, caso se refira a algum esclarecimento, mas do contrário, pode transformar o colaborador em um auxiliar do auxiliar da justiça. Há um problema adicional dessa previsão, constante da maior

parte dos acordos, como acontece com o de Adriano Martins, que é o fato de que essa obrigação é genérica, não estando vinculada (ao menos na redação da obrigação) nem mesmo aos fatos objeto do acordo.

Todos os acordos têm uma previsão de que a enumeração dos casos de colaboração não tem caráter exaustivo, sendo dever genérico do colaborador cooperar com o Ministério Público e outras autoridades por ele apontadas (o que parece se criar uma espécie de controle de outros órgãos pelo Ministério Público) para o esclarecimento de quaisquer fatos relacionados ao objeto do acordo.

O maior problema desse dever genérico de cooperar é que o objeto do acordo é bastante difuso e, como regra, é descrito em anexos ao próprio termo. Para tentar minimizar esse problema, a Lei 13.964/2019 incluiu o art. 3º-C na Lei 12.850/2013 e, no § 4º, atribuiu à defesa o dever de "instruir a proposta de colaboração e os anexos com os fatos adequadamente descritos, com todas as suas circunstâncias". Isso revela que não havia clareza dos fatos abrangidos e que o Ministério Público, muitas vezes, não sabe com precisão os fatos que está investigando e sobre os quais está acordando.

Há casos em que o termo de acordo prevê uma espécie de cooperação coletiva.

No termo de acordo de Paulo Roberto Costa, celebrado em 27 de agosto de 2014, a cláusula 3ª relaciona os parentes do colaborador que estão sendo investigados. Nos incisos VII e VIII da cláusula 5ª, o Ministério Público se compromete a ofertar proposta de acordo de Colaboração Premiada aos parentes do colaborador, indicando as condições e afirmando que serão "acordos acessórios" e que cada um deles "seguirá a sorte do principal".

Essa espécie de técnica de acordo em massa, não foi isolada. No acordo celebrado com Adriano Martins em 07 de dezembro de 2016, o colaborador se obrigou a

> "declinar o nome e todas as informações de contato de quaisquer pessoas de seu relacionamento que tenham guarda de elementos de informação ou prova",
>
> "bem como empreender seus melhores esforços para entrar em contato com cada uma dessas pessoas e obter delas o acesso necessário, comprometendo-se o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (...) a abrir tratativas e (...) apresentar proposta para celebrar acordo de colaboração premiada com quaisquer dessas pessoas".

Há, assim, uma espécie de compromisso mútuo de forma não muito explícita de tentar usar o colaborador para cooptar outros colaboradores.

Ainda em relação às provas, uma renúncia ao direito ao sigilo das informações bancárias, como ocorre com o acordo de Paulo Roberto Costa, em que, na cláusula 7ª, o colaborador autoriza o Ministério Público "ou outros órgãos, nacionais ou estrangeiros indicados pelo Ministério Público, a acessarem todos os dados de sua movimentação financeira no exterior", estendendo essa obrigação inclusive para contas que não estejam no nome do colaborador.

Em outros casos, há uma renúncia ao direito ao sigilo das comunicações, como ocorreu no acordo de Delcídio do Amaral Gomez, em que o colaborador se obrigou a informar

> "senhas, logins, contas e outros dados necessários para acessar contas de correio eletrônico utilizadas pelo colaborador (...) inclusive fornecendo, quando requerido, autorização para autoridades nacionais ou estrangeiras acessarem essas contas."

Todos os acordos preveem a possibilidade de compartilhamento de provas para "instrução de inquéritos policiais, procedimentos administrativos criminais, ações penais, ações cíveis e de improbidade administrativa e inquéritos civis", além de poder ser compartilhada entre vários órgãos estatais e estrangeiros. É uma previsão que permite a prova emprestada sem tomar em conta o direito de todos os demais envolvidos que extrapolam o colaborador e, no mínimo, coloca em xeque o direito ao contraditório e à ampla defesa de terceiros.

A disposição mais impressionante em relação a terceiros é a que consta do acordo de Nestor Cuñat Cerveró. Nela o colaborador não apenas se compromete a obter de seu filho e de seu cônjuge todos os documentos em sua posse e apresentar ambos para depoimento, como consta a obrigação dos mesmos falarem a verdade e renunciarem ao direito ao silêncio. Embora haja a contrapartida do Ministério Público não propor ação penal contra esses familiares, deve se ressaltar que ambos são maiores de 18 anos e capazes e não assinaram o acordo, de tal forma que não é possível admitir a legalidade de uma renúncia (fora o fato da inconstitucionalidade por se tratar da esfera indisponível do direito fundamental) em nome de terceiros.

3.3. Previsões quanto ao direito de acesso à justiça

Os acordos preveem que "a defesa desistirá de todos os *habeas corpus* e recursos decorrentes no prazo de 24 horas contados da assinatura deste acordo, encaminhando ao Ministério Público Federal 48 horas os protocolos de desistência". Não se pode afirmar que desistir de *habeas corpus* e de recursos seja equivalente a uma renúncia ao direito ao *habeas corpus* ou ao duplo grau de jurisdição.

Como afirma Jardim,

> "(...) os investigados só podem eficazmente se comprometer a deveres ou obrigações que se insiram no seu poder de disponibilidade. Evidentemente, direitos indisponíveis não podem ser objeto de "negociação". Por conseguinte, seria nula qualquer cláusula que vedasse ao indiciado o direito de exercer, futuramente, o seu direito de ação, mormente em se tratando de Habeas Corpus, como seria também inválida a renúncia prévia ao duplo grau de jurisdição." (JARDIM, 2016, p. 4).

Certamente seria inconstitucional se a cláusula, além de prever a desistência dos *habeas corpus* em curso e dos respectivos recursos, previsse também a renúncia ao direito de impetrar *habeas corpus*, posto que nesse caso seria uma efetiva renúncia, o que, todavia, não foi verificado nos termos de acordo analisados.

Por outro lado, há duas claras renúncias que são previstas nos termos de acordo de Colaboração Premiada: renúncia ao direito de impugnar o acordo e renúncia ao direito de impugnar a sentença condenatória.

No acordo de Alberto Youssef, por exemplo, havia cláusula em que expressamente o colaborador se obrigava a "não impugnar, por qualquer meio o acordo de colaboração (...), salvo por fato superveniente à homologação judicial, em função do descumprimento do acordo pelo MPF ou pelo Juízo de homologação". No acordo de Rafael Angulo Lopez, ficou disposto que o colaborador "não poderá recorrer da sentença na ação penal 5049898-06.2014.404.7000, exceto supletivamente e limitado ao excesso de pena fixado na sentença que ultrapassar aquele pedido pelo Ministério Público".

Como afirma Vasconcellos, "em um primeiro momento, essa foi a única cláusula anulada pelo STF no momento do juízo homologatório", porém, posteriormente, os dispositivos dos acordos passaram a ser alterados para se adaptar a essa posição do STF para permitir o recurso não apenas pelo excesso de pena, como no caso de Rafael Angulo Lopez, mas também para permitir o recurso que verse sobre fixação de pena, regime de cumprimento, multa e multa compensatória, limitadamente ao que extrapolar os termos do acordo (VASCONCELLOS, 2017, p. 164). Essa cláusula mais adaptada à posição do STF a que faz referência Vasconcellos, pode ser encontrada, por exemplo, no acordo de Diogo Ferreira Rodrigues.

Em outra previsão no acordo de Alberto Youssef, o colaborador se obriga a "não impugnar sob qualquer hipótese, salvo o descumprimento do acordo pelo MPF ou pelo Juízo, nenhuma das sentenças condenatórias".

Parece claro constituir violação ao direito ao duplo grau de jurisdição, previsto no art. 8, n. 2, letra h, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Todavia, a Lei 13.964/2019 incluiu o § 7º-B no art. 4º da lei 12.850/2013 e passou a dispor que as previsões de renúncia ao direito de impugnar decisão homologatória são nulas de pleno direito. Com isso, não restou mais dúvida de que todas as cláusulas de acordo que impuseram a obrigação de renunciar ao direito de impugnar o acordo por meio da impugnação da decisão homologatória, não poderiam ser incluídas nos acordos.

Deve se ressaltar que o acordo de Nestor Cuñat Cerveró agrega a desistência "do exercício de defesas processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidades", o que causa certa dúvida sobre a existência de argumentos consistentes no sentido da incompetência do juízo homologador e de nulidades, especialmente probatórias, o que tornaria provas ilícitas admissíveis, o que não é um direito disponível.

3.4. Previsões quanto à competência

Em boa parte dos termos de acordo de Colaboração Premiada há uma violação ao princípio do juiz natural, consistente na escolha do juiz da execução ou da atribuição da possibilidade de escolha a outro órgão judicial.

O acordo de Adir Assad, por exemplo, afirma que "o Juízo da execução deste acordo será o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba".

O acordo de Alberto Youssef faz ainda pior, dispõe que "o Juízo da execução deste acordo será o juízo de homologação, ou outro por este designado", como se não apenas fosse possível escolher o juízo, mas como se o juízo pudesse designar outro juízo.

Ora, a competência de juízo, especialmente no âmbito criminal, não pode ser confundida com a competência de foro em matéria processual civil, não está sujeito à escolha ou eleição pelas partes ou pelo próprio juízo, decorre de lei prévia que disponha sobre competência.

É uma garantia inexorável, constituindo direito fundamental que não se pode relativizar. Há aqui uma clara disposição *contra legem*, não apenas contra as leis processuais penais que definem a competência, mas também contra a Constituição e os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos dos quais o Brasil é signatário.

3.5. Previsões quanto aos bens

No acordo de Alberto Youssef há uma cláusula em que o colaborador "renuncia em favor da justiça" a todos os bens, de forma irrevogável e irretratável, "por se tratarem de produtos e/ou proveitos de crimes". Então são elencados esses bens, em um total de onze itens.

Ocorre que o acordo autoriza que duas filhas do colaborador usem um veículo Volvo XC60 e um veículo VW Tiguan, ambos blindados, "como medida de segurança durante o período em que o colaborador estiver preso em regime fechado (...) ou desinteresse de uso pelas filhas", ocasião em que serão judicialmente alienados.

O acordo ainda libera um imóvel em favor da ex-mulher do colaborador, se ela renunciar a qualquer medida impugnativa em relação aos bens indicados no acordo, e mais um imóvel em favor de duas filhas do colaborador.

Mais uma vez, trata-se de uma disposição sobre direito de terceiro que goza de plena capacidade civil e não há indicação no acordo de que estivessem sendo investigadas.

3.6. Previsões quanto à propositura de outras ações

No acordo de Nestor Cuñat Cerveró, o Ministério Público Federal se comprometeu a não propor ação penal em desfavor do filho e do cônjuge do colaborador.

No acordo de Agosthilde Monaco de Carvalho, o Ministério Público assumiu o compromisso de não propor ação penal por lavagem de dinheiro contra filhas e netas do

colaborador, desde que ficasse provado que elas não tinham movimentado as contas bancárias elencadas.

A despeito de vigorar o princípio da obrigatoriedade, deve se admitir que a não propositura de denúncia é um benefício previsto legalmente para os acordos de Colaboração Premiada. O inusitado do caso é que o acordo não foi celebrado com as pessoas beneficiadas pela avença de não propositura da ação penal.

Ademais, em diversos acordos o Ministério Público se compromete a não propor ações de outras naturezas. É o que acontece, por exemplo, no acordo de Augusto Ribeiro de Mendonça, em que ficou expresso que "o MPF não proporá ações cíveis ou de improbidade contra o colaborador ou suas empresas pelos fatos deste acordo salvo se rescindido".

É, sem dúvida, um benefício não previsto na Lei 12.850/2013 e que contraria a ideia de obrigatoriedade de atuação do Ministério Público, especialmente diante do conteúdo do § 1º do art. 17 da Lei 8.429/1992, a chamada Lei de Improbidade Administrativa, o qual dispunha que era "vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput".

Todavia, a despeito da vedação expressa, não apenas o Ministério Público se obrigava a não propor ação de improbidade, como em outros casos, como ocorreu no acordo de Cesar Ramos Rocha, o Ministério Público Federal se obriga a postular

> "o reconhecimento apenas do efeito declaratório dos atos de improbidade já propostas ou que venham a ser propostas em relação ao colaborador, em todas as ações de improbidade de atribuição dos signatários ou aderentes deste acordo."

Submetendo essa cláusula à homologação perante a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Há ainda casos, como do acordo de Dalton dos Santos Avancini, em que o Ministério Público Federal se comprometeu não apenas a não propor mais ações de improbidade a partir da assinatura do termo, como também se obrigou a pleitear em determinada ação de improbidade administrativa (e também a se manifestar no mesmo sentido em outras) que não sejam aplicadas as sanções decorrentes destas ações em razão dos fatos revelados no acordo. Isso também ficou condicionado à homologação perante a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF.

Parece claro que o Ministério Público Federal fazia uma interpretação restritiva da vedação constante do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, entendendo que a vedação à realização de transação, acordo ou conciliação não impedia o órgão de celebrar acordo de Colaboração Premiada assumindo compromissos em relação à sua própria atuação futura em juízo (deixar de propor ação de improbidade, se obrigar a pedir apenas efeitos declaratórios da condenação e pleitear a não aplicação de sanção). Em outras palavras, a vedação seria dirigida ao Judiciário, o que parece uma forma de burlar a vedação.

No entanto, a vedação não existe mais. A Lei 13.964/2019 alterou a redação do § 1º do art. 17 da Lei 8.429/1992 e passou a admitir a celebração de "acordo de não persecução cível", com a clara intenção de viabilizar as colaborações premiadas que abranjam também, agora de forma válida, essas ações de improbidade administrativa.

Por fim, há casos, como no acordo de Agosthilde Monaco de Carvalho, em que o Ministério Público "se compromete a fazer gestão junto às autoridades estrangeiras, em especial EUA e Suíça, para que o Colaborador não seja processado naqueles países". Nesse caso o Ministério Público Federal não tem a titularidade da ação, mas assume uma espécie de inusitado patrocínio internacional dos interesses do colaborador, sem qualquer previsão legal que respalde essa forma de atuação.

3.7. Previsões quanto às medidas cautelares pessoais

Sempre houve muita discussão quanto à efetiva voluntariedade de acordos de Colaboração Premiada em que o colaborador estivesse preso ou ameaçado de ser. Sem aprofundar a discussão (embora seja necessário, mas não é o tema deste trabalho[28]), é no mínimo questionável que uma pessoa privada de sua a liberdade ou ameaçada de ser possa ser considerada livre para fazer um acordo que disponha sobre a concessão ou manutenção da sua liberdade.

A Lei 12.850/2013 realmente não trazia qualquer permissão ou vedação a respeito da possibilidade de celebração de acordo de Colaboração Premiada com pessoa cautelarmente presa. É, todavia, sintomático que em certos acordos exista alguma cláusula que disponha sobre esse tema, pois revela uma preocupação (no caso de ameaça) ou a intenção de colaborar para obter a liberdade (no caso de efetiva prisão), colocando em xeque a legalmente exigida voluntariedade.

Assim, deve se chamar a atenção para acordos como o de Agosthilde Monaco de Carvalho, em razão da previsão de que "com a homologação do acordo, o Ministério Público Federal compromete-se a não postular medida cautelar privativa ou restritiva de liberdade em desfavor do Colaborador em qualquer feito abrangido por este acordo". Há cláusula similar no acordo de Delcídio do Amaral Gomez. Essa cláusula desvela uma clara preocupação do colaborador com a ameaça de prisão cautelar.

No caso do acordo de Diogo Ferreira Rodrigues, o Ministério Público Federal não apenas se obrigou a, com a homologação, não postular medida cautelar privativa ou restritiva de liberdade, como fixou como "efeito imediato e automático da homologação do acordo a revogação das medidas cautelares privativas e restritivas de liberdade que estão impostas ao colaborador", uma vez que o mesmo se encontrava em "medida cautelar

28. Sustentando que se houver interesse do Ministério Público em celebrar acordo de colaboração premiada com réu preso, primeiro deve pedir que o mesmo seja libertado: BADARÓ, 2015. Defendendo a viabilidade de celebração de colaboração premiada com acusado preso: SUXBERGER e MELLO, 2017.

domiciliar integral". A automaticidade e imediatidade da medida, que por lei está reservada às decisões judiciais, é no mínimo questionável não apenas da sua legalidade no que respeita à jurisdicionariedade, mas à voluntariedade da avença.

Atualmente a Lei 12.850/2013, no inciso IV, do § 7º do artigo 4º, com a redação que lhe foi dada pela Lei 13.964/2019, passou a atribuir ao juiz homologador a tarefa de analisar a "voluntariedade da manifestação de vontade, especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob o efeito de medidas cautelares".

O dispositivo não resolveu o problema. Embora pareça admitir o acordo para pessoas presas, o dispositivo fala em medida cautelar, mas não especifica se são cautelares pessoais ou reais (até porque o bloqueio de bens também é coação suficiente). Ainda que se entenda que são todas, parece claro que o legislador, apesar de ter autorizado, reconheceu a possibilidade de que a medida cautelar sirva de coação para celebração do acordo e, por essa razão, o juiz deve analisar a voluntariedade da manifestação de vontade.

3.8. Previsões quanto à multa compensatória

A forma topográfica como as multas compensatórias vêm sendo acordadas dão ao leitor dos termos de acordo a ideia de que se trata de uma (das) pena(s) de multa. No acordo de Nestor Cuñat Cerveró isso fica ainda mais claro, porque o parágrafo 3º da cláusula 5º tem o nome de "Da Pena de Multa", ficando estipulado na letra "a" que a multa do art. 58 do Código Penal "será limitada ao mínimo legal" e a letra "b" estabelece a obrigação de pagamento da multa compensatória.

Todavia, essa forma de previsão se afigura um equívoco técnico, na medida em que a multa do art. 58 do Código Penal é pena (e como já foi visto, não está entre os benefícios que legalmente podem ser acordados), ao passo que a multa compensatória parece ter fundamento na previsão do inciso IV do art. 4º da Lei 12.850/2013 (recuperação total ou parcial do produto ou proveito das infrações penais) e no art. 91, inciso II, letra "b" do Código Penal (que prevê ser efeito da condenação a perda do produto ou proveito do crime em favor da união), o que não tem natureza de sanção penal.

Chamam atenção as cláusulas de multa compensatória que preveem solidariedade entre devedores, possibilidade de compensação com valores recuperados em razão da colaboração, parcelamentos a longuíssimo prazo e a destinação inusitada dos valores.

No acordo de Adir Assad, foi fixada uma multa compensatória no valor de R$ 50 milhões solidariamente pelo colaborador, Samir Assad e Marcello José Abbud, de forma parcelada e com a entrega de bens bloqueados para garantia de pagamento, sendo que alguns dos bens dados em garantia não pertencem ao colaborador, mas aos devedores solidários.

No caso de Alberto Youssef foi fixada a multa compensatória com a entrega de um bem em garantia. Porém, ficou estipulado que se o montante consolidado de 1/50 (um cinquenta avos) dos valores recuperados exclusivamente em decorrência de informações prestadas pelo colaborador no âmbito do acordo for igual ou superior ao valor do

imóvel dado em garantia, o colaborador será dispensado de pagar a multa compensatória. Se o valor for menor, ele deverá pagar a multa em valor proporcional.

Os parcelamentos da multa compensatória também são muito comuns, chamando atenção a multa e o parcelamento fixados no acordo de Delcídio do Amaral Gomez de R$ 1,5 milhão a serem pagos em dez anos.

Quanto à destinação da multa compensatória, há previsões que dividem em percentuais entre a Petrobras e a União, o que se afigura admissível na medida em que o art. 91, inciso II do Código Penal, que prevê a perda do produto ou proveito da infração criminal em favor da União, ressalva o direito do lesado, que no caso seria a Petrobras, ou terceiro de boa-fé.

Porém, há previsões de destinação que não apenas não têm amparo legal, como violam o dispositivo do Código Penal anteriormente indicado, bem como a moralidade administrativa. São previsões que destinam parte da multa em favor dos "órgãos de persecução penal". É o que ocorre, por exemplo, no caso do acordo de Agosthilde Monaco de Carvalho, em que ficou estipulada uma multa de R$ 700 mil a ser destinada "20% (vinte por cento) aos órgãos de persecução penal, nos termos do art. 4º da Lei 9.613/98, e legislação aplicável".

Pior, as previsões do acordo indicam a suposta existência de base legal, mas que na realidade dispõem de maneira bem diversa daquela que a Força-Tarefa da "Operação Lava Jato" tentou estabelecer.

O referido art. 4º da Lei 9.613/98, a lei de lavagem de dinheiro, apenas fala sobre a possibilidade de decisões sobre medidas assecuratórias de bens, direitos e valores em nome de interpostas pessoas que sejam produto ou proveito de crime. Estabelece também a possibilidade de alienação antecipada para preservação do valor e consequente depósito. A disposição que trata da destinação dos valores decorrentes da alienação após sentença condenatória transitada em julgado é o art. 4º-A, § 5º, inciso I, cuja previsão é que nos processos de competência da Justiça Federal, os valores serão incorporados ao patrimônio da União e, nos de competência da Justiça Estadual, os valores serão incorporados ao patrimônio do Estado respectivo.

A previsão de destinação de parte (considerável) da multa para os órgãos de persecução não encontra amparo na legalidade e na moralidade administrativa.

4. Considerações finais: consequências das disposições *extra* e *contra legem* nos termos de acordo de Colaboração Premiada

Como se viu, não são poucas as disposições *extra* ou *contra legem* nos termos de acordo de Colaboração Premiada da Operação Lava Jato.

As consequências das ilegalidades precisam ser discutidas. E discutidos também os motivos pelos quais a maior parte das disposições violadoras da legalidade não são consideradas inválidas na prática.

Jardim, analisando o prisma da assunção de obrigações, afirma que os indiciados ou réus só podem eficazmente se comprometer com deveres e obrigações que estejam dentro do seu poder de disponibilidade (JARDIM, 2016, p. 4).

Canotilho, em trabalho exatamente sobre os acordos de colaboração premiada da Operação Lava Jato, firmou entendimento segundo o qual é preciso que os acordos estejam subordinados a "uma exigência de reserva de lei aos princípio da proibição do excesso e da intangibilidade do núcleo essencial dos direitos fundamentais" (CANOTILHO, 2017, p. 146), de tal forma que não apenas a lei, em sua literalidade, não pode admitir violações que tornem inviabilizados os direitos fundamentais, como as próprias interpretações adotadas pelo Ministério Público ou pelo juiz devem estar subordinados a um rigoroso crivo de constitucionalidade.

Se afigura claro que as obrigações e as renúncias de direitos não disponíveis, no dizer de Jardim, que afetam o núcleo essencial dos direitos fundamentais, no dizer de Canotilho, não podem ser consideradas válidas.

De outro lado, além das obrigações e renúncias na esfera do indisponível, e como contrapartida a elas, estão prêmios ou benefícios não previstos em lei.

Jardim afirma que "o Poder Judiciário não deve homologar acordos de cooperação que consagrem 'prêmios' não autorizados na lei cogente e, com mais razão, que contrariem tal lei" (JARDIM, 2016, p. 3). Assim, parece claro que a consequência das disposições *extra* e *contra legem* seriam, para Jardim, a não homologação.

O argumento pela validade dos benefícios *extra legem* são fundados na ideia da "teoria dos poderes implícitos", de tal forma que se é possível conceder o perdão judicial, pode-se estabelecer uma sanção menor, já que "quem pode o mais, pode o menos" (explicado, mas não endossado, por VASCONCELLOS, 2017, p. 149).

De acordo com Vasconcellos, ao analisar o regime introduzido pela Lei 12.850/2013, essa concessão de benefícios não previstos na norma de regência implica na ocorrência do "fenômeno de completo esvaziamento de sua força normativa" (VASCONCELLOS, 2017, p. 147).

Canotilho, na mesma linha, afirma que "todos estes benefícios estão rigorosamente subordinados aos ditames do princípio da legalidade criminal", portanto, há "taxatividade do catálogo legal dos benefícios que poderão ser atribuídos ao colaborador" e, por conta dessa característica, não havendo "qualquer lacuna que careça de integração, será ainda inaceitável a outorga de privilégios extralegais com base em argumentos de identidade ou maioria de razão ou em analogia" (CANOTILHO, 2017, p. 156-157).

A verdade é que o Ministério Público não apresenta no corpo dos termos de acordo de colaboração premiada o fundamento da concessão de benefícios diversos daqueles previstos em lei, se limitando a apresentar uma cláusula genérica de bases legais que supostamente justificariam a celebração do acordo.

Bottino, ao analisar em artigo científico a existência de benefícios não previstos em lei, apresenta interessante argumento fundado em teoria econômica. De acordo com a fórmula de Gary Becker, a escolha pela prática criminal é racional e toma em conta a

relação entre o custo e o benefício com o crime. Levar-se-ia em consideração os benefícios pela prática do crime em comparação com os custos, em outras palavras, os riscos de ser identificado, processado e punido (BOTTINO, 2016, p. 378-379).

Todavia, Bottino não adere à ideia da racionalidade, porquanto admite que nem todo sujeito racional opta por maximizar seu interesse de forma criminosa, como também muitas pessoas não praticam crimes por motivos de ordem intrínseca, moral. Conclui, assim, que o mais adequado seria "afirmar que a decisão de cometer um crime não independe da análise de custos e benefícios" (BOTTINO, 2016, p. 380).

Para o autor, um exemplo de modelo econômico de escolha racional em matéria criminal é o sistema de incentivos positivos a criminosos, no qual se insere a colaboração premiada. Isso porque a escolha consciente e voluntária pela colaboração pressupõe um cálculo de custo-benefício.

Para Bottino, o legislador ponderou os benefícios ótimos para a celebração de um acordo e não pode o celebrante realizar outra ponderação que não está a seu alcance. O custo para a dissuasão do crime não pode ser tão alto que acabe gerando incentivos ainda mais prejudiciais para o sistema (BOTTINO, 2016, p. 384).

A concessão de mais benefícios do que a lei admite implica em que os acusados pudessem afirmar algo que "não é necessariamente verdade apenas para se beneficiar com a cooperação" (BOTTINO, 2016, p. 383). Esse panorama aliado a não promoção de investigações suficientes, conduz o autor a discutir não a validade, mas o valor probatório das declarações do colaborador que foi beneficiado com mais ou melhores prêmios do que a lei prevê (BOTTINO, 2016, p. 384 e ss.).

Essa análise empreendida por Bottino põe em evidência a perspectiva do colaborador, toma em conta o sistema legal de incentivos e sua deturpação sob o ponto de vista de uma análise econômica de custo e benefício, não do crime, mas da colaboração.

A importância da colaboração premiada e a forma de condução da Operação Lava Jato pelo ex-juiz Sergio Moro, foi duramente criticado por Lopes Júnior: "quando estava à frente da Operação Lava Jato, o atual Ministro Moro fez exatamente isso: aplicou penas exemplares, muitas vezes desproporcionais, para quem não aceitou negociar". Segundo o autor, o recado era "negociem ou sofram penas altíssimas" (LOPES JR. e PACZEK, 2019, p. 169).

Isso se coaduna à perspectiva de Bottino, de que o sistema de colaboração premiada pode ser deturpado e se afastar cada vez mais de sua efetiva finalidade, ao transformá-lo em um ato de perspectiva econômica no qual se analisa o custo-benefício, distanciando-se da apuração dos fatos.

É importante, agregando-se às abordagens já enfrentadas, que seja proposta uma análise da concessão de benefícios "fora da lei" sob a perspectiva do celebrante do acordo: o Ministério Público ou a Polícia.

O que se pode extrair da análise dos acordos de colaboração premiada da Operação Lava Jato é que há uma confusão subjetiva entre os órgãos de acusação e julgamento (uma

vez que os acordos fixam penas, compreendidas como atividade reservada à jurisdição), mas também entre os órgãos de persecução e o próprio legislador.

Os termos de acordos de colaboração premiada revelam uma atuação que extrapola a previsão legal e considerá-los compatíveis com o sistema de barganha por incentivo implicaria ao menos uma das duas possibilidades: que os órgãos de persecução não tivessem qualquer vínculo com a legalidade e/ou que os órgãos de persecução pudessem produzir eles mesmos a legalidade.

Qualquer das duas opções altera o equilíbrio do Estado de Direito, fundado na separação de poderes e na submissão dos órgãos públicos à legalidade.

Em ambos os casos, afastados os limites de atuação impostos pelo Estado de Direito, estar-se-ia diante de autoritarismo em que determinado órgão ou grupo avoca para si atribuições de outro órgão ou Poder, possibilitando resultados que afetam diretamente a arena política.

Diante da análise desse complexo Investigativo-Judicial que é a Operação Lava Jato é viável avançar para a resposta aos problemas de pesquisa.

Enfrentando as perguntas configuradoras do problema central de pesquisa: foi constatado que os acordos de colaboração premiada celebrados de fato dispõem de variadas formas *extra* e *contra legem*.

Está claro, pela exposição da pesquisa empírica, que os órgãos de persecução da Operação Lava Jato não respeitaram os limites impostos pela lei de regência da colaboração premiada. Impuseram obrigações e renúncias não previstas em lei, assim como ofereceram e concederam benefícios premiais que não tinham qualquer previsão positiva.

A regulamentação legal da colaboração premiada não confere limites suficientes, vez que termina por admitir ou prever renúncias que conflitam com a esfera de essencialidade de direitos fundamentais.

Por fim, verifica-se, pela análise dos termos de acordos de colaboração premiada, que tal como vem sendo aplicada na prática no Brasil, esse instrumento caracterizador de uma espécie de barganha penal reúne todas as características de um instrumento de exercício de poder, sem os limites próprios do Estado de Direito, que afetam a esfera de essencialidade de direitos fundamentais, desequilibram o sistema de negociação penal e desestabilizam a centralidade democrática da separação de funções inerentes aos poderes da República.

5. Referências

ALFONSO, Roberto; CENTONE, Alessandro (a cura di). *Fenomenologia del maxiprocesso:* venti anni di esperienze. Milão: Giuffreé, 2011.

BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? 23 jun. 2015. *JOTA*. Disponível em: [http://jota.uol.com.br/quem-esta-preso-pode-delatar]. Acesso em: 31.01.2020.

BOTTINO, Thiago. Colaboração premiada e incentivos à cooperação no processo penal: uma análise crítica dos acordos firmados na "Operação Lava Jato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 24, n. 122, p. 359-390, ago. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 25, n. 133, p. 133-171, jul. 2017.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain*: resolução pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

DALLA, Humberto e WUNDER, Paulo. Os benefícios legais da colaboração premiada. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, a. 12, v. 19, n. 1, jan.-abr. 2018, p. 107-144.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

JARDIM, Afrânio Silva. Acordo de cooperação premiada. Quais são os limites? *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro, ano 10, volume 17, número 1, janeiro a junho de 2016.

LINS E HORTA, Ricardo de; ALMEIDA, Vera Ribeiro de; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o desenvolvimento da pesquisa empírica em direito no Brasil: o caso do projeto Pensando o Direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 162-183, 2014.

LOPES JR., Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JR., Aury e PACZEK, Vitor. O plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?. In: *Plea Bargaining*. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.) Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 159, p. 45-67, set. 2019.

MAYA, André Machado. *Imparcialidade e processo penal*: da prevenção da competência ao juiz das garantias. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PRATES, Fernanda; BOTTINO, Thiago. Megaprocessos e o exercício do direito de defesa: uma abordagem empírica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 162, p. 145-170, dez. 2019.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SANTIAGO NETO, José de Assis. A colaboração premiada e sua (des)conformidade com o sistema acusatório e com o modelo constitucional de processo. In: MENDES, Soraia da Rosa (Org.). *A delação/colaboração premiada em perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Novos desenhos não democráticos no processo penal brasileiro pós-constituição de 1988: os maxiprocessos como instrumentos de lawfare político. In: SANTORO, MALAN e MADURO (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo:* escritos em homenagem aos 30 anos da Constituição de 1988. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 61-72.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. In: MACHADO, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SUXBERGER, Antonio H. g.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colabora- dor. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan.-abr. 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. *Colaboração Premiada no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2017.

VERONESE, Alexandre. O problema da pesquisa empírica e sua baixa integração na área do Direito: uma perspectiva brasileira da avaliação dos cursos de pós-graduação do Rio de Janeiro. In: *Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI*, 2015. Disponível em: [www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/alexandre_veronese2.pdf]. Acesso em: 28.02.2020.

Anexo 1

Processos da Operação Lava Jato até 2017

Curitiba	Processo	Juízo
1	5025676-71.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
2	5025695-77.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
3	5025699-17.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
4	5025687-03.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
5	5025692-25.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
6	5026212-82.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba

Curitiba	Processo	Juízo
7	5026243-05.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
8	5026663-10.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
9	5035110-84.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
10	5049485-90.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
11	5035707-53.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
12	5061472-26.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
13	5047229-77.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
14	5049898-06.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
15	5083376-05.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
16	5083360-51.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
17	5083351-89.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
18	5083401-18.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
19	5083258-29.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
20	5083838-59.2014.404.7000	13ª VF de Curitiba
21	5007326-98.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
22	5012718-19.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
23	5012331-04.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
24	5019501-27.2015.4.04.7000	13ª VF de Curitiba
25	5020227-98.2015.4.04.7000	13ª VF de Curitiba
26	5023121-47.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
27	5023162-14.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
28	5023135-31.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
29	5029737-38.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
30	5036528-23.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
31	5036518-76.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
32	5037093-84.2015.4.04.7000	13ª VF de Curitiba

Curitiba	Processo	Juízo
33	5039475-50.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
34	5044464-02.2015.4.04.7000	13ª VF de Curitiba
35	5045241-84.2015.404.7000	13ª VF de Curitiba
36	5051379-67.2015.4.04.7000	13ª VF de Curitiba
37	5061578-51.2015.4.04.7000	13ª VF de Curitiba
38	5001580-21.2016.4.04.7000	13ª VF de Curitiba
39	5012091-78.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
40	5013405-59.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
41	5019727-95.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
42	5022182-33.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
43	5022179-78.2016.4.04.7000	13ª VF de Curitiba
44	5027685-35.2016.4.04.7000	13ª VF de Curitiba
45	5030424-78.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
46	5030883-80.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
47	5037800-18.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
48	5045575-84.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
49	5046120-57.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
50	5046512-94.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
51	5051606-23.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
52	5052995-43.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
53	5054932-88.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
54	5056533-32.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
55	5056996-71.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
56	5063130-17.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
57	50.63271-36.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
58	5000553-66.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba

Curitiba	Processo	Juízo
59	5050568-73.2016.404.7000	13ª VF de Curitiba
60	5014170-93.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
61	5015608-57.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
62	5018091-60.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
63	5019961-43.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
64	5021365-32.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
65	5024266-70.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
66	5024879-90.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
67	5035263-15.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
68	5054186-89.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
69	5054787-95.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
70	5055008-78.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
71	5055362-06.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
72	5053013-30.2017.404.7000	13ª VF de Curitiba
73	501333911-2018.404.7000	13ª VF de Curitiba
74	5019501-27.2015.4.04.7000	13ª VFC de Curitiba
75	5029737-38.2015.4.04.7000	13ªVFC de Curitiba

Rio de Janeiro	Processo	Juízo
1	0510926-86.2015.4.02.5101	7ª VFC RJ
2	0100511-75.2016.4.02.5101	7ª VFC RJ
3	0106644-36.2016.4.02.5101	7ª VFC RJ
4	0509503-57.2016.4.02.5101	7ª VFC RJ
5	0501634-09.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
6	0015979-37.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
7	0501853-22.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ

Rio de Janeiro	Processo	Juízo
8	0502041-15.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
9	0035102-21.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
10	0104045-90.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
11	0104011-18.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
12	0017513-21.2014.4.02.5101	7ª VFC RJ
13	0503608-81.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
14	0503870-31.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
15	0504113-72.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
16	0504446-24.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
17	0504466-15.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
18	0133004-71.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
19	0135964-97.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
20	0504938-16.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
21	0505915-08.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
22	0505914-23.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
23	0174071-16.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
24	0507524-26.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
25	0507813-56.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
26	0509799-45.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
27	0231438-95.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
28	0231415-52.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
29	0509842-79.2017.4.02.5101	7ª VFC RJ
30	0004639-62.2018.4.02.5101	7ª VFC RJ
31	0012275-79.2018.4.02.5101	7ª VFC RJ
32	0021748-89.2018.4.02.5101	7ª VFC RJ
33	0022096-10.2018.4.02.5101	7ª VFC RJ

Distrito Federal	Processo	Juízo
1	0042543-76.2016.4.01.3400	10ª VF DF
2	0620944-22.2016 4.01.3400	10ª VF DF

Fonte: MPF.

Anexo 2

Colaboradores encontrados pela leitura das denúncias dos processos listados no Anexo 1

1. Adir Assad
2. Adriano Martins
3. Agosthilde Monaco
4. Alberto Quintaes
5. Alberto Youssef
6. Alexandre Correa De Oliveira Romano
7. Álvaro Novis
8. Antonio Cid Campelo Rodrigues
9. Antonio Pedro Campello De Souza
10. Ariana Azevedo Costa Bachmann
11. Augusto Mendonça De Ribeiro
12. Carlos Alexandre de Souza Rocha
13. Carlos Emanuel De Carvalho Miranda
14. Carlos Pereira Da Costa
15. Cesar Ramos Rocha
16. Clorivaldo Bisinoto
17. Clóvis Renato Numa Peixoto Primo
18. Dalton Dos Santos Avancini
19. Danielle Fonteles
20. Delcídio Do Amaral Gomez
21. Demilton Antônio de Castro
22. Diogo Ferreira Rodrigues
23. Edimar Dantas
24. Edison Krummanauer
25. Eduardo Costa Vaz Musa
26. Eduardo Hermelino Leite
27. Eduardo José Mortani Barbosa
28. Elmio Rosa Vieira
29. Elton Negrão de Azevedo Junior

30. Enrico Machado
31. Fábio Ferreira Cleto
32. Faria Vasconcellos
33. Fernando Antônio Falcão Soares
34. Fernando Baiano
35. Fernando Migliaccio Da Silva
36. Fernando Moura
37. Fernando Reis
38. Flávio David Barra
39. Flavio Gomes Machado Filho
40. Florisvaldo Oliveira
41. Francisco de Assis e Silva
42. Gerson Almada
43. Gustavo Ribeiro De Andrade Botelho
44. Gustavo Xavier Barreto
45. Hamylton Pinheiro Padilha Júnior
46. Hilberto Mascarenhas Alves Da Silva Filho
47. Humberto Sampaio De Mesquita
48. Italo Garritano
49. Jaime Luiz Martins
50. João Carlos De Medeiros Ferraz
51. João Do Carmo Monteiro Martins
52. João Henrique Tebyriça De Sá
53. João Marcos De Lameida Fonseca
54. John O'donnell
55. John O'donnell Junior
56. Jonas Lopes De Carvalho Junior
57. Jonas Lopes De Carvalho Neto
58. José Sergio De Oliveira Machado
59. Julio Camargo
60. Julio Gerin De Almeida Camargo
61. Lauro Antônio Tiradentes De Oliveira Júnior
62. Leonardo Aranha
63. Luccas Pace
64. Luciana Salles Parente
65. Luis Mário Da Costa Mattoni
66. Luiz Argôlo
67. Luiz Augusto França
68. Luiz Carlos Bezerra
69. Luiz Carlos Velloso
70. Luiz Eduardo Da Rocha Soares

71. Luiz Fernando Dos Santos Reis
72. Luiz Fernando Nave Maramaldo
73. Marcelo Abudi
74. Marcelo Hasson Chebar
75. Marcelo Odebrecht
76. Márcio Faria Da Silva
77. Marcio Lewkowicz
78. Marco Antonio dos Santos Bonfim
79. Marco Pereira De Souza Bilinski
80. Marconi Sily De Assis
81. Marcos Andrade Barbosa Silva
82. Marcos Vidigal Do Amaral
83. Maria Lucia Guimarães Tavares
84. Maria Luiza Trotta
85. Mario Frederico De Mendonça Goes
86. Milton Pascowitch
87. Milton Taufic Schahin
88. Nelson Cortonesi Maramaldo
89. Nestor Cuñat Cerveró
90. Olívio Rodrigues Júnior
91. Oscar Luiz Goldemberg
92. Otávio Marques De Azevedo
93. Paulo Adalberto Alves Ferreira
94. Paulo Roberto Costa
95. Paulo Roberto Damazzo
96. Pedro José Barusco Filho
97. Rafael Angulo Lopez
98. Raphael Lima Roig
99. Raul Henrique Srour
100. Reginaldo Assunção Silva
101. Renato Augusto Rodrigues
102. Renato Barbosa Rodrigues Pereira
103. Renato Duque
104. Renato Hasson Chebar
105. Ricardo Pernambuco Backheuser
106. Ricardo Pernambuco Junior
107. Ricardo Ribeiro Pessoa
108. Ricardo Saud
109. Roberto Moscou
110. Roberto Stern
111. Roberto Trombeta

112. Rodrigo Morales
113. Rogério Nora De Sá
114. Ronaldo Stern
115. Roque Manuel Melliande
116. Salim Toufic Schahin
117. Sérgio Luis Lacerda Brito
118. Sérgio Machado
119. Shanni Azevedo Costa Bachmann
120. Shinko Nakandakari
121. Tânia Maria Silva Fontenelle
122. Victor Sérgio Colavitti
123. Vinicius Borin
124. Walmir Pinheiro Santana
125. Zwi Skornicki

Anexo 3

Lista de Colaboradores cujos termos foram encontrados nas leituras dos autos dos processos

1. Adir Assad
2. Adriano Martins
3. Agosthilde Monaco
4. Alberto Youssef
5. Antonio Pedro Campello De Souza
6. Augusto Mendonça De Ribeiro
7. Carlos Emanuel De Carvalho Miranda
8. Carlos Alexandre de Souza Rocha
9. Cesar Ramos Rocha
10. Dalton Dos Santos Avancini
11. Delcídio Do Amaral Gomez
12. Demilton Antônio de Castro
13. Diogo Ferreira Rodrigues
14. Eduardo Costa Vaz Musa
15. Eduardo Hermelino Leite
16. Elton Negrão de Azevedo Junior
17. Fernando Antônio Falcão Soares
18. Fernando Migliaccio Da Silva
19. Flavio Gomes Machado Filho
20. Florisvaldo Oliveira
21. Francisco de Assis e Silva

22. Hamylton Pinheiro Padilha Júnior
23. José Sergio de Oliveira
24. Julio Gerin De Almeida Camargo
25. Luciana Salles Parente
26. Luiz Augusto França
27. Marco Antonio dos Santos Bonfim
28. Marco Pereira De Souza Bilinski
29. Maria Lucia Guimarães Tavares
30. Mario Frederico De Mendonça Goes
31. Milton Pascowitch
32. Nestor Cuñat Cerveró
33. Otávio Marques De Azevedo
34. Paulo Roberto Costa
35. Paulo Roberto Damazzo
36. Pedro José Barusco Filho
37. Rafael Angulo Lopez
38. Renato Barbosa Rodrigues Pereira
39. Ricardo Ribeiro Pessoa
40. Roberto Trombeta
41. Rodrigo Morales
42. Salim Toufic Schahin
43. Shinko Nakandakari
44. Victor Sérgio Colavitti
45. Vinicius Borin
46. Walmir Pinheiro Santana
47. Zwi Skornicki

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A determinação da pena na colaboração premiada: análise da fixação dos benefícios conforme a lei 12.850/2013 e o Supremo Tribunal Federal, de Felipe da Costa De-Lorenzi – *RBCCrim* 155/293-337 (DTR\2019\27868);
- Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime, de Frederico Valdez Pereira – *RBCCrim* 174/199-254 (DTR\2020\14446);
- Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *RBCCrim* 166/241-271 (DTR\2020\3826); e
- O valor probatório da colaboração premiada e a corroboração com base na colaboração cruzada: uma análise do direito brasileiro e da jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos, de Mariângela Gama de Magalhães Gomes e José Paulo Micheletto Naves – *RDPec* 3/83-103 (DTR\2020\11480).

Criminologia

Nuvem de poeira: a experiência das vítimas ocupacionais e ambientais da indústria do amianto em Osasco-SP

Dust cloud: the experience of the occupational and environmental victims of asbestos industry in Osasco-SP

Alexandre Marques Silveira

Mestre em direito pela Faculdade Meridional (IMED). Professor na Escola de Direito da IMED. Graduado em direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria (FAMES).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1544022595013254].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7269-8001].
alexandremarquessilveira@gmail.com

Marília de Nardin Budó

Doutora em direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em direito e jornalismo pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professora do Departamento de Direito da UFSC.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6586203658704833].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-5732-0553].
mariliadb@yahoo.com.br

Recebido em: 07.07.2020
Aprovado em: 23.05.2021
Última versão dos autores: 31.05.2021

Áreas do Direito: Penal; Ambiental

Resumo: O deslocamento do olhar da criminologia crítica para os danos sociais causados por agentes poderosos, em seus vínculos com a ação ou omissão do Estado, mobiliza a busca pela compreensão de processos de vitimização de grandes proporções. Este trabalho tem como objeto a exposição ocupacional e ambiental ao amianto, uma fibra extraída através da mineração, e cuja utilização já foi proibida em mais de 60 países. O artigo traz os resultados de uma pesquisa empírica, desenvolvida através de

Abstract: The displacement of the critical criminological view to the social harms caused by powerful agents, in their bonds with the action or omission of the State, mobilizes the search for the understanding of large-scale victimization processes. This work has as object the occupational and environmental exposure to asbestos, a fiber extracted through mining, and whose use has already been banned in more than 60 countries. The article brings the results of an empirical research, developed through in-depth interviews

entrevistas em profundidade realizadas em Osasco-SP, com pessoas expostas à fibra em decorrência das atividades da maior fábrica de cimento-amianto da América Latina, que funcionou na cidade até 1993. Os resultados da análise das entrevistas, realizada através da teoria fundamentada nos dados, mostram a adoção, pela empresa, de técnicas de negação, produzindo desinformação, ao tempo em que desempenhava um papel de dissimulação perante os funcionários e seus familiares. Na narrativa das pessoas entrevistadas, essa prática de negação traduz-se em ambiguidade na própria autoidentificação como vítimas, o que somente parece ser superado através da politização e coletivização da dor.

Palavras-chave: Amianto – Dano social – Crimes dos poderosos – Vitimização ambiental.

conducted in Osasco-SP, with people exposed to the fiber as a result of the activities of the largest asbestos-cement plant in Latin America, which operated in the city until 1993. The results of the analysis of the interviews, carried out through the Grounded Theory, show the adoption, by the company, of techniques of denial, producing misinformation, at the same time that it played a role of concealment before the employees and their families. In the narrative of the people interviewed, this practice of denial translates into ambiguity in their own self-identification as victims, which only seems to be overcome through the politicization and collectivization of pain.

Keywords: Asbestos – Social harm – Crimes of the powerful – Environmental victimization.

Sumário: 1. Introdução. 2. Crimes corporativos, vitimização de massa e a invisibilização de danos: o caso do amianto. 2.1. Vitimização ambiental e criminalidade estatal-corporativa: em busca do objeto da criminologia. 2.2. A exploração do mineral mágico no sul do mundo: mortes e resistência. 3. As vozes de pessoas expostas ao amianto em Osasco-SP. 3.1. Reflexões metodológicas: pesquisa empírica no direito em casos de vítimas socioambientais. 3.2. "Nunca ninguém falou dentro da empresa que o amianto matava": a experiência da exposição ao amianto. 3.3. Dissimulação: o retrato da empresa a partir do olhar dos expostos ao amianto. 3.4. Desinformação, ambiguidade e dissimulação: a vitimização socioambiental no caso do amianto. 4. Considerações finais. 5. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. Introdução

Em novembro de 2017, o Supremo Tribunal Federal brasileiro teve de enfrentar, ainda que tardiamente, o embate entre os interesses econômicos dos diferentes setores da indústria do amianto, e o direito à saúde das pessoas ocupacional e ambientalmente expostas a essa fibra mineral. No julgamento histórico de improcedência da ADI 3.937, o artigo 2º da Lei 9.055, de 1995, que regulamentava o uso do amianto no Brasil, foi incidentalmente considerado inconstitucional (BRASIL, 2019).

Considerada uma importante vitória pela Associação Brasileira de Expostos ao Amianto (ABREA), bem como por todas as lutadoras e lutadores dos movimentos nacional e internacional pelo banimento do amianto, a decisão, porém, ainda não transitou

em julgado. Desde então, vários descumprimentos do julgado têm ocorrido, como discutiremos na segunda seção deste trabalho.

O interesse jurídico neste caso transcende o controle da constitucionalidade, no embate entre direito à saúde e liberdade econômica: também é necessário orientar o olhar criminológico à compreensão dos danos sociais provocados pela exposição ao amianto a partir dos relatos das próprias vítimas e de seus familiares. Se, por um lado, o enfoque macroestrutural que remonta às origens da criminologia crítica tem estimulado pesquisas que fogem da microssociologia, o fato é que não há como dimensionar os danos causados pela ligação entre estados e mercados sem que seja construída uma ponte do micro ao macro (BUDÓ, 2019). Da mesma maneira, é fundamental ao campo voltar-se às vítimas de violências, de maneira geral, e neste caso, às vítimas de danos socioambientais massivos provocados por agentes poderosos (BÖHM, 2018; BUDÓ, 2019; VISCONTI, 2018).

Com o objetivo de compreender as experiências de vitimização e os danos causados pela indústria do amianto no Brasil, optamos por estudá-las a partir do caso da mais antiga fábrica de fibrocimento do país, a Eternit do Brasil cimento amianto S.A, em Osasco, no estado de São Paulo. A fábrica manteve suas atividades entre 1940 e 1993, sendo considerada a maior produtora de cimento-amianto do país.

A invisibilidade de uma enorme quantidade de pessoas mortas e adoentadas em razão da exposição ao amianto no país é um dos fundamentos que compõem a relevância deste trabalho. De acordo com pesquisa realizada pela Organização Mundial da saúde em 2014, o número de mortes chega a 107 mil por ano, no mundo, sendo a exposição ao amianto a principal causa de mortes decorrentes de doenças ocupacionais (WHO, 2014). A subnotificação é considerada um dos grandes problemas das doenças relacionadas ao amianto no Brasil para que o tema seja reconhecido como de saúde pública (SANTANA; ALGRANTI; CAMPOS, 2018). No Brasil, o próprio Ministério da Saúde admite uma importante subnotificação quando apresenta os dados mais atualizados: há o registro de mais de 700 pessoas que morreram dessas doenças entre 2011 e 2017 (BRASIL, 2020).

Dado esse contexto, a questão que orienta a pesquisa aqui proposta é: como as pessoas expostas pela indústria do amianto na cidade de Osasco-SP, representam o dano causado pela contaminação? A pesquisa é qualitativa, empírica e compreensiva, sendo utilizadas como técnicas de pesquisa a entrevista qualitativa não estruturada, e a observação participante. Para a análise dos dados optamos pela Teoria Fundamentada nos Dados (*grounded theory*), que privilegia a indução, pela construção de hipóteses, possibilitando ampliar os significados obtidos no campo (STRAUSS; CORBIN, 2002).

O artigo se divide em duas partes: em um primeiro momento, o caso do amianto é abordado a partir do marco teórico da criminologia crítica, com enfoque na criminologia verde e nos estudos sobre crimes dos poderosos. Em um segundo momento, serão expostas algumas reflexões metodológicas sobre o campo da pesquisa empírica, para, em seguida analisarmos o cenário da vitimização social e ambiental da cidade de Osasco – SP.

2. Crimes corporativos, vitimização de massa e a invisibilização de danos: o caso do amianto

Apesar de sensivelmente mais danosas do que condutas tipificadas como crimes patrimoniais e contra a vida praticadas por indivíduos contra indivíduos, as consequências negativas das dinâmicas produtivas no capitalismo global costumam ser invisibilizadas nas mais diversas esferas do discurso. Dos discursos midiáticos àqueles políticos e científicos, as noções hegemônicas de "segurança" e "violência" muito raramente são associadas a condutas rotineiras de empresas, sejam elas urbanas ou rurais, nacionais ou internacionais, ou mesmo aquelas praticadas pelos Estados. Este capítulo tem por objetivos específicos contextualizar este ponto no marco da criminologia crítica, através dos estudos em crimes dos poderosos e em criminologia verde (2.1), bem como compreender o cenário sobre o qual especificamente este trabalho se debruça: o amianto no Brasil (2.2).

2.1. Vitimização ambiental e criminalidade estatal-corporativa: em busca do objeto da criminologia

Os estudos de crimes de agentes poderosos não são uma novidade nos campos criminológicos brasileiro e latino-americano, apesar de ser ainda uma linha de pesquisa pouco explorada. Muito se produziu no âmbito dos crimes de Estado, sobretudo no que tange às ditaduras militares dos anos sessenta e setenta, bem como daqueles vinculados à letalidade do sistema penal, envolvendo os homicídios praticados por policiais e mesmo torturas e homicídios no interior das delegacias e prisões brasileiras. Por outro lado, ainda há pouca produção científica brasileira no campo criminológico envolvendo a danosidade socioambiental provocada de maneira rotinizada no interior de atividades produtivas em que atuam empresas privadas, muitas vezes corporações transnacionais (BUDÓ; COLOGNESE, 2018).

Os crimes corporativos abarcam ações ou omissões que não são necessariamente ilegais (STRETESKI; LYNCH, 2001; NATALI, 2014), mas que produzem danos às pessoas, animais não humanos e meio ambiente. Por isso, a superação da definição jurídica de crime é essencial para permitir uma mudança epistemológica quanto ao objeto da criminologia (HILLYARD; TOMBS, 2005; BERNAL et al., 2014). Sutherland (1940) foi um dos primeiros pesquisadores no campo da sociologia a auxiliarem no próprio entendimento de que o objeto de pesquisa no âmbito da sociologia do crime ou da criminologia não pode ser definido pelo direito, pela atuação seletiva do sistema penal, nem tampouco pressupor que seus autores padecem de patologias ou anomalias. A prática de crimes por agentes poderosos desde seus próprios locais de negócios, mostra uma rotinização dessas condutas, e uma impermeabilidade ao sistema de justiça, seja ele cível, administrativo ou criminal, marcado, portanto, pela sua desresponsabilização, e impunidade (WHYTE, 2020; BERNAL et al., 2014).

Ainda no século passado, autoras e autores latino-americanos debateram a maneira como o conceito de criminalidade do colarinho branco de Sutherland poderia ser compreendido no contexto do capitalismo dependente. García e Gómez (1978) e Aniyar de Castro (1980) chegaram a quatro críticas a Sutherland desde este olhar marginal: 1) o Estado ficou de fora do conceito, quando no contexto latino-americano ele é preponderante, sobretudo quando se fala no crime de corrupção; 2) existe uma especificidade do crime de colarinho branco no processo social global, de modo que uma teoria geral do crime não é suficiente para compreendê-lo; 3) a manutenção da definição legal do crime como parâmetro; e, 4) a insuficiência do marco do Estado-nação para compreender a realidade das empresas transacionais, essenciais no caso latino-americano.

O capitalismo financeiro e globalizado na atualidade mostra uma expansão de todos os tipos na danosidade socioambiental das atividades rotineiras do capital, geralmente em conluio com o Estado (BARAK, 2015; HALL, 2018). Nos países de capitalismo dependente, os Estados possuem por vezes menor poder político e econômico do que grandes corporações que neles se instalam, de modo que a regulação da atividade econômica nociva também se vê deficiente (BÖHM, 2016; TOMBS; WHYTE, 2015).

A prática sistemática do racismo ambiental pelas empresas transnacionais propicia o seu deslocamento do norte ao sul global, a produzir danos inadmissíveis em seus países de origem (BUDÓ, 2021). Mesmo quando o deslocamento físico das empresas não ocorre, é possível notar o impacto no caminho percorrido pelas matérias-primas. Böhm (2019) nota que empresas de tecnologia de ponta sediadas no norte global, aparentemente "limpas" e "verdes" contribuem com práticas de violência extremamente graves nos países que oferecem as matérias-primas para seus produtos, como o trabalho em redução à condição análoga à de escravo; o uso de substâncias químicas proibidas nos países de origem com danos à saúde de trabalhadores; o genocídio de povos indígenas para a mineração, entre outras violências. Isso implica na necessidade de compreender a maneira como se desenvolvem essas relações norte e sul ao conceituar a criminalidade dos poderosos.

Os danos ao meio ambiente estão entre os mais negligenciados e invisibilizados nos estudos criminológicos, em razão de alguns aspectos: na maior parte dos casos, não violam normas penais; a capacidade do meio ambiente de absorver as evidências dos danos até a sua total degradação (SOUTH; WHITE, 2013); as maiores vítimas humanas de danos ambientais são as mais vulneráveis política e economicamente, raramente se identificam como tais e também raramente têm a oportunidade de falar sobre as consequências de sua vitimização; as vítimas ambientais podem ser também animais não humanos e mesmo a natureza, que, em regra, não são considerados sujeitos de direitos (WYATT, 2017; SOLLUND, 2017).

Com o objetivo de direcionar o olhar do campo criminológico aos danos socioambientais e à Justiça ambiental, um "esverdeamento" (LYNCH, 1990) tem sido promovido pela Criminologia verde (*green criminology*). Ruggiero e South (2013, p. 123) descrevem a criminologia verde como uma disciplina que segue preceitos intelectuais empíricos e

políticos, ocupando-se do estudo de danos primários e secundários, que impactam de modo prejudicial o meio ambiente e as espécies humana e não humanas, englobando os ecossistemas. É interessante lembrar, porém, que a despeito de a emergência da criminologia verde no norte global ser considerada em uma publicação de 1990 (LYNCH, 1990), a preocupação com o meio ambiente na criminologia já existia em vários países antes desse período (GOYES; SOUTH, 2017).

A criminologia verde também se origina em outras vertentes do pensamento e práxis ambientalistas, como o ecofeminismo, os movimentos de justiça ambiental e de crítica ao racismo ambiental, bem como, do ecossocialismo. A desigualdade na utilização dos recursos naturais, pelo fato de determinados grupos usufruírem em maior quantidade dos recursos naturais e dos lucros derivados deles, bem como de os danos atingirem prioritariamente as pessoas já vulnerabilizadas por opressões estruturais de raça, etnia, classe social, gênero são questões fundamentais para essas vertentes (WALTERS, 2010). Nesse ponto, pensar a questão ecológica implica em olhar para outros saberes que não somente aqueles acadêmicos; nem apenas àqueles do Norte. Descolonizar o campo da criminologia em geral, e da criminologia verde em específico é um passo importante no desenvolvimento do campo (CARRINGTON et al., 2016; GOYES, 2019). Também se torna objeto central a prevenção e responsabilização por ações ou omissões danosas, com base nos preceitos fundamentais da sustentabilidade concebidos na atualidade. Nesse ponto, a justiça restaurativa tem surgido como alternativa não apenas de responsabilização, mas também de construção da memória, e da produção dos sentidos da verdade a partir do reconhecimento (CAO NGOC; WYATT, 2016, p. 123).

Em razão do seu caráter interdisciplinar, outro campo de estudo ligado à criminologia verde de forma indispensável é o da vitimologia. Trata-se de um campo que se modificou e ampliou seus objetos de estudo, a partir dos impactos sucessivos dos enfoques críticos macroestruturais provenientes da criminologia crítica, de corte marxista; dos estudos críticos de raça; e dos feminismos, que reconfiguraram completamente a noção positivista dominante (WALKLATE, 1990; WYATT, 2017; SOLLUND, 2017; KOSOVSKI, 2014; HALL, 2011). No Brasil, Ester Kosovski (2014) foi uma das pioneiras da vitimologia, entendendo que as vitimizações coletivas são as mais sérias e que causam os maiores danos:

> "crimes do colarinho branco, crimes econômicos (corrupção, medicamentos, alimentos, financeiros) que lesam vítimas coletivas e em geral contam com a impunidade. São os crimes mais graves e pouco punidos." (KOSOVSKI, 2014, p. 32).

O conceito de vítima se complexifica ainda mais a partir do olhar verde, pois permite extrapolar os limites do antropocentrismo, para incluir como vítimas os animais não humanos, os rios, os oceanos, as florestas, os ecossistemas, o meio ambiente de maneira geral (WYATT; POTTER, 2010; RUGGIERO; SOUTH, 2013).

A identificação de vítimas de danos ambientais é complexa, pois há uma dificuldade no reconhecimento dessas pessoas pela falta de entendimento dos danos ambientais como crimes (SAZDOVSKA; IVANOV, 2011). Além disso, é difícil aplicar o status de vítimas quando as próprias não se identificam como tais, seja por conta da demora para a compreensão dos danos; seja pela dificuldade de atribuir a alguém a responsabilidade por eles (HALL, 2014; SKINNIDER, 2011; NATALI, 2015), ou mesmo pela posição de vulnerabilidade ocupada pelas pessoas mais atingidas pelos danos. Nesse ponto, Johnson (2017) aponta para a centralidade das questões sociais, raciais e de gênero para compreender essa dificuldade de identificação das vítimas ambientais.

Natali (2015) considera que as experiências de vitimização geralmente são constituídas de ambiguidades, pois em alguns casos existe a possibilidade de as próprias vítimas aceitarem as justificativas de negação das responsabilidades (NATALI, 2015, p. 90). Para além disso, a influência dos responsáveis pelos danos, geralmente de setores poderosos, retarda e mitiga as respostas legislativas e judiciais, mesmo em casos nos quais os danos são visíveis (BUDÓ, 2021).

O meio ambiente do trabalho pode ser um dos focos da produção de danos. Sobre o tema, Tombs (2005, p. 41) se refere a uma "matança de rotina" no setor produtivo, quase ou nada notificada, "o que diz muito sobre as prioridades das sociedades em que vivemos". Um importante exemplo são os casos de exposição a produtos químicos, a ambientes contaminados e poluídos e o consequente desenvolvimento de doenças dos trabalhadores, ou mesmo de pessoas que moram próximas de áreas contaminadas, como no caso do amianto, que é o objeto específico deste trabalho (NATALI, 2015; BUDÓ, 2015).

2.2. A exploração do mineral mágico no sul do mundo: mortes e resistência

Denomina-se asbesto ou amianto a variedade fibrosa de minerais metamórficos utilizados em diversos produtos comerciais e processos produtivos. O mineral fibroso tem grande valor comercial, pois apresenta entre suas propriedades uma grande flexibilidade e resistência nos sentidos químico, térmico e elétrico (DEMENT; BROWN, 1994; SCLIAR, 1998; BORGES; FERNANDES, 2014, p. 181). Cientificamente, os minerais asbestiformes podem ser divididos em dois grupos: serpentina e anfíbola. A crisotila (amianto branco) faz parte da primeira classificação, e é muito usada na indústria. Os minerais amosite (asbesto castanho) e crocidolite (asbesto azul) são classificados no segundo grupo, e são pouco usados industrialmente (JANELA; PEREIRA, 2016). As fibras do amianto são extraídas quando as rochas são esmagadas e peneiradas, separando-as de outros materiais pesados (SOUZA, 2015). Esse processo libera um pó composto de partículas pequenas que assumem presença no ar e aderem-se a tecidos, podendo ser inaladas ou engolidas (JANELA; PEREIRA, 2016).

Apesar de ser citada em registros históricos desde a antiguidade, a utilização massiva da fibra somente passou a ocorrer com a revolução industrial, de modo que as doenças

ligadas à sua inalação ou ingestão começaram a ser estudadas e referidas no início do século XX. Desde 1906 existem pesquisas médicas que atribuem ao amianto a causa de diversas doenças. Inicialmente, a identificação da relação entre o desenvolvimento de um tipo de fibrose pulmonar à exposição ocupacional ao amianto levou à denominação da doença como asbestose (MENDES, 2001). A partir dos anos 1950, pesquisas começaram a vincular o contato não somente no ambiente de trabalho, mas também ambiental ao desenvolvimento de câncer de pulmão e mesotelioma, entre outras disfunções com efeitos a longo prazo (MENDES, 2001; DOLL, 1955; WAGNER et al., 1960).

O acúmulo de pesquisas ao longo do século XX comprovando os danos causados pelo amianto conduziu ao seu banimento em pelo menos sessenta países, incluindo o maior exportador mundial da fibra até 2012, o Canadá. Vários países europeus já haviam banido a fibra quando a União Europeia decidiu ampliar a proibição em 2005. Na América Latina, Argentina, Uruguai e Chile também já baniram sua extração e uso (BUDÓ, 2015, p. 266).

A comprovação dos riscos da exposição ocupacional e ambiental à fibra, porém, não desestabilizou automaticamente a indústria. As empresas responsáveis pela mineração, fabricação, transporte e comercialização do amianto e seus derivados adotaram muito cedo estratégias de ocultação e negação dos danos (TWEEDALE; McCULLOCH, 2004). Pesquisas chegaram a ter seus resultados ocultados graças a uma série de más condutas científicas atreladas à aliança entre ciência e mercado (BUDÓ, 2021). Quando essa negação já não era mais possível, a indústria migrou, inicialmente para o sul da Europa, e depois para os países do sul global. Além disso, o caso do Canadá mostra que a identificação dos danos produzidos pela exposição ao mineral implicou apenas em um redirecionamento da *commodity*: o país, que até 2012 era responsável pela maior mina de amianto do mundo, já destinava 98% da fibra extraída à exportação (RUFF, 2008). Essa exportação dos danos carrega consigo a transferência das diversas formas de silenciar as mortes de trabalhadores e a população, como se percebe da comparação dos campos de pesquisa realizados na Europa (BUDÓ, 2016; BUDÓ; COLOGNESE, 2018; MAZZEO, 2017; ALTOPIEDI, 2011).

Apesar de já utilizar o amianto proveniente de outros países, a mineração do amianto no Brasil teve início no final da década de 1930, associada à instalação da empresa Eternit e suas associadas: SAMA S.A. – Minerações Associadas; Precon Goiás Industrial Ltda; e Tégula Soluções para Telhados Ltda (SOUZA, 2015, p. 30). As características peculiares do amianto influenciaram no amplo uso do mineral no país, e nos interesses econômicos do Estado e do mercado:

> "[...] demonstrando a prevalência de políticas estatais dirigidas e praticadas para preservar os interesses econômicos, em detrimento dos problemas de saúde e ambientais que o amianto provoca." (MARTIN-CHENUT; SALDANHA, 2016, p. 149).

Essa atividade ganhou força no país na década de 70, durante a ditadura civil-militar, simultaneamente à confirmação científica dos malefícios da fibra no norte global. Em 1986, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) recomendou o abandono do amianto como matéria-prima na convenção 162 (CASTRO et al., 2003, p. 904), repercutindo no Brasil, anos depois, na criação da Lei 9.055/95. Esta lei proibiu todas as formas de extração e utilização de o amianto do tipo anfibólio, mas regulamentou o uso do amianto do tipo crisotila.

Adotou, assim, duas principais teses construídas no campo científico vinculado aos interesses da indústria: a tese dos anfibólios e a tese do uso controlado (BUDÓ, 2016; 2021). A primeira sustenta que o amianto branco, do tipo crisotila, não produziria tantos danos quanto o amianto azul, do tipo anfibólio. Correspondendo à maior parte do amianto utilizado no mundo, a "exceção" científica conferida à crisotila faria com que o banimento parcial evitasse o impacto em 90% da produção mundial (TWEEDALE; McCULLOCH, 2004). A outra tese sustentada foi a de que é possível reduzir a zero os riscos de contaminação do ambiente pelo amianto crisotila se tomadas algumas medidas de precaução.

Ambas as teses foram construídas graças a um importante investimento da indústria do amianto durante todo o final do século XX, e que perdura até hoje: a produção científica com o objetivo de provocar uma confusão no "estado da arte" das pesquisas médicas. É que quanto mais controversa é uma evidência sobre o nexo de causalidade entre a exposição ao amianto e o desenvolvimento das doenças, menos provável será o convencimento das cortes que julgam as ações propostas por vítimas, do parlamento na regulamentação normativa, e do executivo na produção de normas técnicas (BUDÓ, 2016; 2021). A "produção da dúvida", é uma estratégia já exposta no caso de várias outras substâncias tóxicas (MICHAELS, 2008). É o que Camargo Jr. (2009, p. 1079) chama pelo neologismo: *manufactroversy*. No norte global, a produção do dissenso no campo científico sobre o amianto atrasou em pelo menos vinte anos a luta pelo seu banimento (BOCKING, 2004; LILIENFELD, 1991).

Esse investimento aparece em vários documentos, e são claramente materializadas na criação de institutos internacionais que objetivam praticar lobby nos Parlamentos e financiar pesquisas interessadas em promover uma "lavagem" acadêmica da imagem da crisotila. No Brasil, o Instituto Brasileiro da Crisotila (IBC) é financiado pelo *International Institute of Crisotile*, e aparece como *amicus curiae* nos processos envolvendo o banimento do amianto no STF, brevemente relatados na introdução deste trabalho (BUDÓ, 2016; 2021). Antes da decisão do STF, uma série de debates foi fomentada no país sobre as contestações dos efeitos do amianto na saúde humana, sempre permeados por interesses econômicos.

Até 2018, o Brasil produzia anualmente cerca de 500 toneladas de amianto, posicionando-se como o terceiro maior produtor no mundo, ficando atrás da Rússia e da China (SOUZA, 2015, p. 56). Os primeiros casos de doenças relacionadas ao amianto no país foram registrados em 1956, quando seis trabalhadores da mineração de Minas Gerais

foram diagnosticados com mesotelioma e asbestose (GIANNASI, 2001, p. 21-22). Porém, sempre foi comum a associação médica entre doenças pulmonares e o consumo do tabaco, invisibilizando o nexo causal no caso da exposição ao amianto (WUNSCH FILHO et al., 2001, p. 259/260). As primeiras investigações iniciaram em 1985, com auditoria fiscal do Ministério do Trabalho realizada na cidade de Osasco- SP na maior fábrica de cimento amianto da América Latina, a Eternit (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2008, p. 458). De acordo com o Dossiê Amianto Brasil, produzido em 2010 pela Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados, estima-se que 240.000 trabalhadores foram expostos à fibra apenas nas indústrias, não considerando os expostos não ocupacionais (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2010). A confirmação do nexo causal em relação às doenças dos trabalhadores aconteceu somente em 1987, quando o diretor médico da Eternit admitiu seis casos de asbestose, e mais 32 suspeitas de fibrose pulmonar em trabalhadores (GIANNASI, 2001, p. 21).

O diretor médico da Eternit ainda relatou que os seis casos de asbestose diagnosticados na época, não haviam sido comunicados à Previdência Social para que fossem reconhecidos como casos de doenças profissionais, e os trabalhadores foram demitidos (GIANNASI, 2001, p. 21). As investigações levaram à descoberta de que a Eternit só começara a realizar registros médicos dos trabalhadores da empresa em 1978 (GIANNASI, 2001). Em 1993 houve o fechamento da fábrica e a fusão entre a Eternit e Brasilit, originando a Eterbrás administrada pela empresa Francesa multinacional Saint-Gobain (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2008, p. 458; GIANNASI, 2001).

A discussão sobre a vitimização coletiva produzida pela exposição ocupacional ou ambiental ao amianto, porém, não foi visibilizada senão quando grupos de pessoas afetadas passaram a se organizar em movimentos de vítimas. Foi o mesmo processo que ocorreu em outros países, como na Itália (MAZZEO, 2017; MAZZEO, 2018; ALTOPIEDI, 2011; NATALI; BUDÓ, 2019). Isso porque, mesmo com a comprovação científica dos danos, raros eram os processos judiciais que garantiam aos adoentados e a suas famílias a indenização contra as empresas. Em 1995, foi fundada a Associação Brasileira de Expostos ao Amianto – ABREA, a qual teve um papel fundamental na luta pelo banimento do amianto no Brasil (SOUZA, 2015, p. 24).

A decisão do STF pela declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/1995, que regulamentava a extração e uso da fibra, acabou deixando um vazio que foi rapidamente ocupado pelas lideranças políticas locais vinculadas à indústria do amianto, principalmente em Goiás, onde se encontra a mina de amianto operada pela companhia SAMA. Após iniciar um processo de "hibernação", em maio de 2019, a SAMA demitiu 400 funcionários e suspendeu as atividades da mina de Canabrava, em Minaçu. Contudo, em fevereiro de 2020, a empresa publicou uma nota endereçada ao mercado financeiro, declarando que reiniciaria o processamento do amianto já extraído antes da hibernação. Isso foi possível graças a uma lei estadual proposta pelo governador de Goiás, Ronaldo Caiado, e aprovada pela Assembleia Legislativa do estado (GOIÁS, 2019), permitindo a extração e o processamento do amianto exclusivamente para exportação. A

constitucionalidade desta lei está sendo questionada através da ADI 6.200 (BRASIL, 2020).

Atualmente, o movimento pró-amianto defende que: a) a exploração do amianto a nível nacional era capaz de criar cerca de 2.680 postos de trabalho em cada fábrica; b) era exercida de maneira responsável, diferentemente do que tinha ocorrido na Itália; c) o problema seria meramente ocupacional e não de saúde pública; d) a substituição do amianto por outro tipo de fibra seria caro demais; e) as fibras alternativas seriam tão nocivas quanto o amianto; f) o risco de contrair doenças poderia ser eliminado a partir do uso controlado do crisotila; g) a extração no amianto no Brasil era controlada, pois a única jazida no país era de Cana Brava em Minaçu em Goiás (GIANNASI, 2001, p. 6-15; BLATT; SALDANHA, 2007, p. 4-6).

Os movimentos pelo banimento do amianto são constituídos pelas associações de vítimas no Brasil, as ABREAs, e contestam todas as justificativas pró-amianto das corporações: a) quem gerou desempregos foram as próprias empresas que, com a fusão dos grupos e a criação da Eterbrás, demitiram cerca de 2000 trabalhadores só na região de São Paulo; b) não é verdade que a exploração do amianto era feita de forma responsável, de acordo com as vítimas, na maioria das vezes, as empresas não forneciam equipamento de proteção individual (EPI); c) o pó do amianto se espalha facilmente pelo ar, contaminando o meio ambiente e a população externa das fábricas, sendo, portanto, um problema de saúde pública; d) existem outros tipos de produtos para o ramo de construção também baratos e acessíveis à população de baixa renda; e) fibras de palmeiras e fibras de celulose são produtos naturais que não proporcionam danos à saúde ou ao meio ambiente; f) os riscos do desenvolvimento do mesotelioma ocorrem a partir de qualquer tipo de exposição mesmo que em pequena quantidade; g) não existe só a jazida de Cana Brava em Minaçu: os estados de Alagoas, São Paulo e Minas Gerais também possuem jazidas de amianto de pequeno e médio porte, não havendo qualquer fiscalização ou controle sobre as atividades de extração; h) as fibras alternativas não gerariam desemprego, pelo contrário possibilitariam novas oportunidades de capacitação no ramo da indústria (GIANNASI, 2001, p. 6-15; BLATT; SALDANHA, 2007, p. 4-6; CENTRO DE TECNOLOGIA MINERAL BRASIL, 2016).

Esse embate entre indústria e expostos será tratada a seguir a partir da análise das entrevistas realizadas com ex-trabalhadores e alguns de seus familiares expostos ao amianto na Eternit de Osasco-SP.

3. As vozes de pessoas expostas ao amianto em Osasco-SP

A partir dos cenários teórico e empírico apresentados anteriormente, o próximo item apresentará os resultados da pesquisa de campo realizada na cidade de Osasco-SP, não sem antes apresentar as reflexões metodológicas que nos acompanharam (3.1), para,

em seguida, discutir os resultados da análise dos dados coletados sobre a exposição ao amianto a partir da escuta das vozes das próprias vítimas (3.2).

3.1. Reflexões metodológicas: pesquisa empírica no direito em casos de vítimas socioambientais

Em pesquisa publicada no ano de 2016, identificamos algumas estratégias utilizadas pela indústria do amianto para ocultar, em um primeiro momento (até os anos 1970), e estabelecer a dúvida, em um segundo momento (até os dias atuais), os danos causados pela exposição ocupacional e ambiental à fibra (BUDÓ, 2016). Muitas delas já são velhas conhecidas de quem estuda criminalidade corporativa, como no caso da indústria do tabaco e da indústria química (BOCKING, 2004). Algumas delas são: a) contratar cientistas para pesquisarem os efeitos da inalação do amianto no corpo humano e obrigarem-nos a não publicarem os resultados prejudiciais à indústria; b) esconder as radiografias e outros exames de funcionários, e demiti-los assim que fosse alguma doença grave, como a asbestose, o câncer de pulmão ou o mesotelioma; c) criar Institutos para promoverem o lobby do amianto e influenciar diretamente na política de diferentes países; d) ao tornar-se insustentável a negação literal dos danos, construir teorias que os excepcionem, em razão do tipo de amianto utilizado (hipótese dos anfibólios), da qualidade da exposição (tese do uso controlado), e da adoção de uma linguagem neutralizadora. Um desenvolvimento detalhado das estratégias no campo científico nesse sentido foi publicado recentemente (BUDÓ, 2021), mostrando que a estratégia de ocultação dos conflitos de interesses de investigadores tem sido bastante presente nas revistas médicas como forma de evitar acusações de viés de confirmação.

A questão que havia ficado aberta naquela oportunidade se referia à maneira como essa produção de negações sistemáticas por parte da indústria tem sido recebida pelas pessoas expostas diretamente à fibra. Esse foi o objeto de um projeto que teve início em pesquisa realizada inicialmente na Itália (cf. NATALI; BUDÓ, 2019; BUDÓ, 2019) e na Espanha, fruto de um estágio pós-doutoral, e depois foi expandida para o Brasil. O projeto macro se intitula "Vozes silenciadas, vítimas invisíveis: danos socioambientais em crimes estatal-corporativos", ainda em desenvolvimento.

Neste trabalho, expomos os dados da pesquisa no caso brasileiro, cuja análise completa foi realizada na dissertação de mestrado intitulada "Dano social estatal-corporativo e a vitimização ocasionada pela exposição ao amianto na cidade de Osasco-SP: um estudo criminológico a partir da representação das vítimas." (SILVEIRA, 2018).

Escolhemos a cidade de Osasco – SP como campo de análise dessa pesquisa qualitativa porque, durante muitos anos, comportou a primeira e mais antiga fábrica de fibrocimento do país: a Eternit do Brasil cimento amianto S.A. A fábrica fazia uso da matéria-prima do amianto para a produção de caixas d'água e telhas, além de outros produtos em geral utilizados na construção civil (FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2009).

Outro fator importante para a escolha desse campo foi que a Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA também fica localizada na cidade de Osasco, e poderia intermediar o contato com as pessoas que pudessem participar da pesquisa. Os sujeitos dessa pesquisa foram escolhidos por terem sido expostas ao amianto de forma ocupacional ou não ocupacional, familiares de pessoas que tenham desenvolvido alguma doença relacionada a essa exposição e que residissem na cidade de Osasco- SP.

Os dados foram coletados através da técnica da entrevista em profundidade, caracterizando-se por partir de tópicos iniciais que possibilitam o desenvolvimento das interações, mas deixando-os livres quanto **à maneira de tratar o assunto**, reorientando seus relances de acordo com as dimensões abordadas pelo interlocutor (POUPART, 2008, p. 217). Os questionamentos foram verbalizados a partir de uma concepção mental do estudo pelo entrevistador. Além disso, o comportamento e as propostas realizadas pelo pesquisador ou pesquisadora variaram de acordo com o contexto geral e ambiente da entrevista (YIN, 2016).

São quinze as pessoas participantes da pesquisa, cinco mulheres e dez homens. Os homens entrevistados têm entre 58 e 81, sendo sete declarados brancos e três declarados negros. Oito são ex-trabalhadores da fábrica da Eternit de Osasco. As mulheres têm entre 48 e 82 anos de idade, sendo quatro delas declaradas brancas e uma declarada negra. Três delas são ex-esposas de ex-trabalhadores já falecidos com doenças derivadas do amianto. Uma delas é esposa de um dos ex-trabalhadores que não tinha nenhum diagnóstico até o momento da entrevista, mas que fazia exames a cada três meses em razão de sua extensa exposição. E, por fim, uma delas é filha de um ex-trabalhador da fábrica que faleceu de doença derivada do amianto. A princípio, nenhuma das mulheres possuía doença decorrente da exposição ao amianto.

Cada uma das entrevistas foi precedida por uma explicação dos objetivos da pesquisa, além da apresentação e assinatura do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, e do Termo de Confidencialidade. O projeto foi registrado na Plataforma Brasil, e aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa da Faculdade Meridional (IMED), em setembro de 2017, por observar a Resolução 510/2016 do Conselho Nacional de Saúde para pesquisas com seres humanos nas ciências sociais. A metodologia já havia sido empregada em trabalho anterior, porém, em outros dois campos (NATALI; BUDÓ, 2019; BUDÓ, 2019).

Para a análise, optamos pela teoria fundamentada nos dados (TFD) também chamada de teoria enraizada (*grounded theory*). Criada por Glaser e Strauss (1967), tem como objetivo "[...] a construção de teorias empiricamente fundamentadas, a partir de fenômenos sociais a propósito dos quais poucas análises foram articuladas" (LAPERRIÈRE, 2008, p. 354). A teoria enraizada insiste na importância dos atores sociais e no processo de interpretação das condições em que se encontram esses agentes. Uma das prioridades da teoria fundamentada é o campo e os dados, constituindo-se uma ferramenta importante para a realização de pesquisas de caráter empírico, possibilitando produções teóricas por intermédio do campo (CAPPI, 2017, p. 391). A teoria fundamentada permite compreender fatos sociais pouco estudados, por exemplo, a perspectiva do dano social

e da vitimização ambiental. Ela também busca possibilitar a verificação "do invisível por trás do visível" (CAPPI, 2017, p. 394).

A Teoria Fundamentada nos Dados (TFD), é empregada através de três etapas fundamentais: codificação aberta, a codificação axial e codificação seletiva (GLASER; STRAUSS, 2017). Segundo Cappi (2014, p. 14), "a codificação é uma operação de análise através da qual o pesquisador divide, conceitualiza e categoriza os dados empíricos, podendo estabelecer, por sua vez, novas relações entre os resultados dessas operações analíticas".

A etapa de codificação aberta foi realizada a partir da criação de categorias e subcategorias, através da leitura linha por linha da transcrição de cada entrevista no programa de computador Weft-QDA. A segunda etapa, de codificação axial, a partir da análise da estrutura da primeira codificação permitiu a construção de abstrações, também nomeadas de hipóteses de pesquisa na TFD. A codificação seletiva foi a última etapa da análise dos dados, momento em que integramos as categorias/subcategorias, e teorizamos a respeito da problemática central. Este trabalho apresenta parcialmente os resultados dessa pesquisa, que envolveram outros aspectos que não apenas a percepção sobre a própria vitimização, mas também os anseios de justiça e responsabilização, que serão objeto de outro trabalho.

Este capítulo apresenta duas macrocategorias centrais para o desenvolvimento das demais codificações realizadas nos discursos das pessoas entrevistadas, quais sejam, *a desinformação como estratégia de desidentificação da vítima ocupacional e ambiental*; e *a dissimulação como imaginário prevalente sobre a posição da empresa diante dos danos causados*.

Por fim, ao invés de negarmos a presença de valores nesta produção científica, adotando um discurso falsamente neutro, optamos por expor abertamente a posição de onde partimos para visualizar o nosso objeto de pesquisa. Estamos inteiramente baseados na não legitimação da lógica operacional dos crimes dos poderosos, que consiste na invisibilização e apagamento das populações historicamente e socialmente marginalizadas (HARDING, 2015). Por isso, partimos de uma epistemologia contracolonial (AYMORÉ, 2017), para possibilitar a compreensão dos recursos discursivos utilizados pelas vítimas do amianto na compreensão de suas dores e anseios, frequentemente invisibilizados, silenciados e individualizados. Do campo político criminal ao qual nos lançamos, a deslegitimação do sistema penal implica necessariamente a busca por alternativas de responsabilização das empresas, e para tanto, a escuta das pessoas atingidas na compreensão da dimensão desses danos, e sua percepção sobre as estratégias de desresponsabilização operadas pelas empresas é crucial.

3.2. "Nunca ninguém falou dentro da empresa que o amianto matava": a experiência da exposição ao amianto

A maior parte dos participantes da pesquisa foram expostos ao amianto como matéria-prima a partir de suas funções de trabalho. Muitos deles começaram a trabalhar muito

cedo na fábrica da Eternit na cidade de Osasco-SP. É o caso de Reginaldo Ferreira[1], de 80 anos, que trabalhou na fábrica da Eternit em Osasco como aprendiz, de 1953 a 1954, e depois como mecânico de manutenção, de 1969 a 1986. Reginaldo relata que "a exposição era grande, porque [...] como chefe da mecânica eu também andava a fábrica inteira, tinha muito pó na fábrica!" (Reginaldo Ferreira, 2017).

A forma como a exposição ao amianto era naturalizada é narrada por Josivaldo da Silva, de 77 anos:

> "Eu trabalhava lá e fazia peneiramento do amianto. No laboratório a gente fazia a classificação da fibra do amianto. Saber qual era o tamanho da fibra maior e menor. Fibra um, dois e três. O quanto tinha de pó! E esse peneiramento era feito em um lugar todo fechado e sem proteção nenhuma. Quando fazia os peneiramentos, a seção ficava como uma neve, aquela fumaça, aquele pozinho que você não via a olho nu, só via aquela fumaça, mas aquilo era tudo pó do amianto, porque era feito no peneiramento numa máquina elétrica lá, escapava aquele pouquinho de pó, que já era suficiente pra contaminar toda a sala onde fazia o teste." (Josivaldo da Silva, 2017).

Durante o tempo em que trabalhou na fábrica, o mesmo entrevistado afirma que nenhum tipo de equipamento de proteção era oferecido aos funcionários:

> "[...] apenas davam uma capa de cor cinza pra pessoa trabalhar. [...] E a gente usava essa roupa em cima da roupa própria que a gente ia trabalhar e vestia essa capa por cima e todo pó que pegava ficava no corpo." (Josivaldo da Silva, 2017).

Em outras entrevistas, houve menção ao fornecimento pela fábrica de uma máscara que não barrava o pó de amianto.

> "A Eternit dava uma máscara, parecia um ninho de passarinho [...] Coloca aqui, e aperta aqui, aquilo lá não refrescava nada, e às vezes você estava sujo, você ia trocar, e não tinha no estoque, você tinha que pegar o mesmo e colocar." (Alberto Pereira, 2017).

Para Josivaldo da Silva, mesmo que a empresa tivesse fornecido um equipamento melhor, teria sido em vão, tendo em vista a nocividade do amianto:

> "eles começaram a fornecer algum tipo de equipamento, mas mesmo assim não resolvia, porque o pó do amianto é tão fino que só servia para acumular mais o pó ainda! Fazia mais mal ainda pra saúde do ser humano! Porque pro amianto não tem proteção!" (Josivaldo da Silva, 2017).

1. Todos os nomes reais foram substituídos por nomes fictícios, preservando, assim, a identidade das pessoas participantes.

Para além do trabalho fabril, também o trabalho doméstico, demarcado por uma divisão segundo o gênero, acarretava exposição ao amianto para suas esposas e toda a família. Isabel Esteves nos disse que "a roupa era horrível pra lavar, vinha dura de amianto, dura de cimento! A meia você usava dois três dias, depois tinha que jogar fora, porque não tinha condição de lavar" (Isabel Esteves, 2017).

Maria do Carmo Santos, de 82 anos, conta que sua exposição ao amianto se deu também por intermédio do esposo, ex-trabalhador da fábrica Eternit e falecido por asbestose. A participante relata que feixes de fibra de amianto, bem como tapetes velhos que cobriam as máquinas eram distribuídos aos funcionários da fábrica: "o contato que eu tinha era familiar né, porque ele trabalhava na firma e quando chegava, usava aqueles tapetes no maquinário, e quando não precisava mais, que ela estava dura de cimento, então eles distribuíam". (Maria do Carmo Santos, 2017). As fibras e feixes de amianto davam origem a utensílios para a casa. Segundo Maria do Carmo, isso era uma prática muito comum nas famílias dos trabalhadores da fábrica:

> "então o que que a gente fazia, todo mundo de casa [...] então, a gente cortava aquilo lá, batia, batia, batia, batia no chão até sair todo o cimento, lavava, lavava, depois cortava, tingia, fazia tapete, tinha gente que fazia até cobertor." (Maria do Carmo Santos, 2017).

Nas palavras dos participantes, causa uma mudança na voz lembrar da forma como as crianças acabavam sendo expostas diante da falta de informação.

> "Às vezes chegava em casa com a roupa suja, abraçava as crianças, brincava, levava [...] a empresa doava um tipo de feltro impregnado de amianto e a gente levava pra casa. Fazia como passadeira no chão, eu fiz até uma casinha pra minha filha brincar impregnada de amianto. Eu não sabia, eles sonegavam, nunca ninguém falou dentro da empresa que o amianto matava." (Reginaldo Ferreira, 2017).

Essa ampliação da exposição aos familiares tornou mais numerosa a quantidade de vítimas. Dirceu de Castro afirma que não apenas em sua casa a fibra do amianto dava origem a tapetes e outros utensílios: "Eu mandei para Minas Gerais pra minha sogra, minhas cunhadas". Ele nos contou que os rejeitos da fibra eram vendidos à população da redondeza da fábrica, e muitos usavam os rejeitos para fazer o calçamento no pátio das residências[2].

Uma característica comum, para além das palavras, neste momento dos relatos, é a perplexidade diante da informação obtida tardiamente dos malefícios causados pelo

2. Esse relato dialoga com a pesquisa realizada em outro campo, na cidade italiana de Casale Monferrato, na fábrica da Eternit. Também lá os relatos convergem na direção de que a empresa vendia e às vezes doava os rejeitos de amianto para a população utilizar em pavimentações da cidade (BUDÓ, 2019, p. 198; ROSSI, 2010, p. 64).

amianto. As expressões corporais e mesmo o tom de voz de cada pessoa entrevistada mostram a satisfação que sentiam de trabalhar ou de fazer parte de uma família onde alguém trabalhava em uma grande empresa. Esteve sempre presente na narrativa uma ambiguidade derivada do fato de que a empresa pagava bem, e em dia, dava presentes, promovia festas para os funcionários. E simultaneamente lhes negava a informação sobre os malefícios do amianto e, claro, a prevenção e o tratamento das doenças que acabaram sendo diagnosticadas.

Também essa satisfação com o trabalho, e a confiança daí derivada dificultou o processo de responsabilização e visibilização dos danos causados pela exposição ao amianto, pois a incredulidade caracterizou o processo, assim como a negação dos próprios dirigentes da fábrica. Evidentemente, a negação acaba sendo uma estratégia de desresponsabilização, com a agravante de que, na maior parte dos casos, as doenças foram diagnosticadas quando os indivíduos já não tralhavam mais na fábrica. Na época em que a fábrica foi fechada, em 1993, muitas pessoas contaminadas não possuíam conhecimento de sua situação. A criação da Associação Brasileira de Expostos ao Amianto – ABREA, auxiliou na localização e cadastramentos das vítimas:

> "Foi logo que nasceu a ABREA a gente foi fazer exame na Fundacentro e depois de um tempo as placas pleurais pelos médicos pelos peritos, falavam que placas pleurais não era doença. Eu sempre discordei disso, sempre falei que placas pleurais era um projeto de asbestose. E eu estava certo, porque essas placas pleurais transformaram-se numa asbestose, hoje eu tenho asbestose. Os dois pulmões meus estão impregnados de amianto. Tenho muita dificuldade pra respirar, não subo escada, ando com dificuldade." (Reginaldo Ferreira, 2017).

A maior parte das pessoas participantes da pesquisa reclamou da invisibilidade dessas doenças e da dificuldade do diagnóstico: "fazer o diagnóstico da doença do amianto geralmente as pessoas morrem com falta de ar, e é problema do amianto. Aí falam que é bronquite, ou fala que é asma, ou fala que é outra doença aí. Fala que é do cigarro!" (Josivaldo da Silva, 2017).

Os participantes da pesquisa nos contaram que as primeiras desconfianças sobre a nocividade do amianto começaram a surgir quando os empregadores da fábrica exigiam a realização de exames de raio X, mas nunca entregavam os resultados. "Todo esse tempo que eu fiquei lá eu nunca fiquei sabendo o resultado de uma chapa! Nunca me deram uma chapa na minha mão para dizer: 'sua chapa tá normal!'" (Josivaldo da Silva, 2017). Josivaldo e Dirceu disseram que os trabalhadores que se sentiam mal ganhavam laudo da empresa e eram dispensados sem explicações.

De acordo com a Secretaria Internacional para Banimento do Amianto – IBAS (2012, p. 12), era uma prática reiterada da Eternit usar os diagnósticos das doenças dos trabalhadores a favor da empresa. A maior parte dos diagnósticos acusava a doença de bronquite crônica que era associada ao tabagismo. Quando o diagnóstico acusava câncer,

associavam a uma suposta predisposição genética de desenvolver a doença. Promover a ignorância e a desinformação, nos mais variados níveis, parece ter sido o caminho mais lucrativo para as empresas, redundando na perplexidade da qual falaremos a seguir.

Uma nuvem de poeira, tão espessa que bloqueia a visão de um lado ao outro da fábrica. Essa é a descrição recorrente entre os participantes dessa pesquisa sobre o ambiente de trabalho na fábrica da Eternit em Osasco, em regra acompanhada pela compreensão tardia do formato microscópico desse pó branco: eram pequenas agulhas que, inaladas, feriam diferentes partes do corpo, principalmente o pulmão e a pleura. Além de mostrar de forma literal a gravidade da exposição à fibra, a imagem simboliza, nessa análise, o véu que encobria a compreensão sobre a gravidade dos riscos inerentes àquele ambiente.

3.3. Dissimulação: o retrato da empresa a partir do olhar dos expostos ao amianto

Uma característica muito perceptível do grupo participante dessa pesquisa é o fato de sempre se referirem à empresa a partir de dois diferentes olhares. Ao mesmo tempo em que muitos demonstravam raiva, eles e elas também sempre tinham algo de bom para mencionar: "uma imagem da nossa amizade que a gente tinha que trabalhava lá dentro, os amigos trabalhavam lá dentro era como uma família. Então todo mundo se dava bem com todo mundo" (Reginaldo Ferreira, 2017).

As participantes expressam uma nostalgia ao falarem das relações dentro do ambiente de trabalho, descrito como muito amigável, com confraternizações e jogos de futebol entre os funcionários:

> "Eu trabalhei durante 33 anos, eu era garoto, tinha 15 anos, entrei na Eternit [...]. Fiz SENAI em marcenaria [...] o tempo foi passando, as nossas amizades eram muito boas, eu fui ficando, e a Eternit foi nos enganando né! Enfim, trabalhei lá 33 anos." (Alberto Pereira, 2017).

Isabel, ao nos falar sobre como o esposo já falecido se referia ao ambiente de trabalho, nos disse: "era ótimo! Eles não sabiam, né. Que isso ia ocorrer futuramente, né. Tantas mortes desse jeito, né? Mas ele não tinha assim problema, o ambiente era legal, era bom" (Isabel Esteves, 2017). Além disso, trabalhar na fábrica era um privilégio de uma parcela muito pequena da classe trabalhadora, o que trazia também orgulho para os operários. "A Eternit sabe, ela sempre foi uma empresa que pagou direito os funcionários! Sempre pagava direito! Só que nessa parte da saúde da pessoa eles nunca se manifestam em nada!" (Josivaldo da Silva, 2016).

O ambiente fraterno, porém, sempre aparece junto de seu contraponto. Para os ex-trabalhadores, viúvas e filhos, a empresa se aproveitava da fraternidade que existia no ambiente de trabalho para invisibilizar a nocividade do amianto.

> "A empresa usufruía disso para esconder a causa do amianto. Olha o outro lado que eu tenho é que ela sonegou, matou, feriu, mutilou, porque eu vi muitos amigos meus,

> não foi um nem dois que morreram amarrado em um bujão de oxigênio." (Reginaldo Ferreira, 2017).

Apesar de a raiva ser um sentimento constante nas falas dos ex-trabalhadores, há um reconhecimento da importância da Eternit na vida de cada um, no sentido de dependência econômica.

> "Não vou dizer que a Eternit foi uma firma miserável, porque não foi! Foi lá que eu trabalhei, que consegui estudar meus filhos, só que na parte social ela deve, ela deve pra gente, deve muito, porque danificou as nossas vidas!" (Sebastião Vasconcelos, 2017).

Santos (2018) afirma que a ambivalência psicológica é uma característica comum dentro do contexto de exploração do capitalismo, considerando o fator submissão dos indivíduos em razão de suas necessidades. Esses fatores justificam o fato de as e os participantes em alguns momentos das entrevistas se preocuparem com o destino da empresa:

> "[...] procurem não fechar essas empresas pra não prejudicar os trabalhadores, porque não é desse jeito, mas que trabalhem com outro produto que não prejudique a saúde. Que venha trabalhar todo mundo, os novos que tão chegando." (Pedro Correia de Andrade, 2017).

Em outras pesquisas da área criminológica também foi possível constatar essa característica. No caso do rompimento da barragem da Samarco e da Vale, em Bento Rodrigues, subdistrito de Mariana-MG, Colognese (2017) verificou que as vítimas possuíam um conflito de dependência econômica e de emprego em relação à mineradora Samarco. Esses fatores também são explicados na pesquisa de Medeiros (2013), quem apurou um consentimento das ações e omissões das corporações por parte das vítimas e da população em razão da questão econômica: "o consentimento da população, tanto trabalhadores como comunidade, é obtido pelo poder das corporações, que coloca a seus pés governos e outros organismos mundiais" (MEDEIROS, 2013, p. 261).

Esse contexto se parece com as histórias narradas pelos ex-trabalhadores da fábrica Eternit:

> "e esses que têm esse problema na empresa tá trabalhando na empresa não porque quer. É obrigado porque precisa do salário dele para viver com a família dele. [...] É obrigado porque tem a necessidade de sobreviver do pão daquela empresa." (Pedro Correia de Andrade, 2017).

Também no caso de Casale Monferrato, na Itália, os empregadores pagavam um bom salário, diferenciando-se das demais empresas da região na época. Ofereciam pequenos adicionais como forma de incentivo para aqueles operários que trabalhavam diretamente

com a matéria-prima do amianto (ROSSI, 2010, p. 48). Ademais, em Casale "trabalhar na fábrica era motivo de orgulho para todas as famílias dos operários, que deixavam de ser agricultores e carregavam consigo o ideal de progresso tão desejado no início do século" (BUDÓ, 2019).

Um processo bastante semelhante é descrito por Amaral (2020), em seu estudo etnográfico com ex-trabalhadores da SAMA/Eternit mineradora, na cidade de Minaçu, em Goiás. Tendo em vista que até os dias atuais a empresa ainda não fechou, e que a cidade se formou em torno da mina de amianto, todas as pressões, negações e ameaças que já foram presentes no ambiente da fábrica de Osasco no final dos anos 1980 são uma realidade hoje neste outro caso. Amaral (2020, p. 253) demonstra que o ambiente familiar da SAMA, com atividades culturais e recreativas, além da garantia de alguns tipos de assistência social e à saúde é uma realidade comum nesses casos, com o objetivo de ligar afetivamente o trabalhador do amianto aos seus empregadores. Ele cita o caso da Índia, onde Waldman (2011) cunhou para este processo o termo *family ideology*.

É essa "ideologia familiar" que conduz à ambiguidade de que se reveste a relação atual dos participantes da pesquisa sobre o caso de Osasco com a empresa e a experiência de vitimização. Dela provém também uma categoria central nesta análise: *a dissimulação*. A dissimulação se refere ao favorecimento de que se valem os empregadores da invisibilização dos riscos da exposição ao amianto e dos danos já causados, ao tempo em que seduzem os funcionários a se vincularem afetivamente à empresa.

"Nunca ninguém falava nada. Ninguém sabia de nada. Eles faziam de conta que isso aí não afetava em nada a vida do ser humano. Nunca ninguém comentou nada sobre o risco" (Josivaldo da Silva, 2017). A redundância utilizada como recurso para explicitar algo que hoje parece inacreditável está presente nos relatos.

> "Nós não sabíamos de nada. Todo ano vinha a SESI. O SESI vinha com um caminhãozinho um baú fazer chapa raio x. Todo ano vinha, encostava em um canto da firma lá. E ia um por vez lá, e fazia a chapa lá e tal. O relacionamento nosso com o gerente com todo mundo era ótimo. Só que ninguém abria a boca. Ninguém conscientizava de nada. O que nos revolta hoje é isso aí. Nós fomos enganados [...] nunca peguei um. Acho que fizeram uma fogueira muito boa, porque o que tinha de... Tinha uns três mil funcionários né. Teve época lá que era... Nunca devolviam. Quando alguém sentia alguma coisa, às vezes o médico falava que o coração estava inchado, isso aconteceu comigo, né!" (Alberto Pereira, 2017).

De acordo com os entrevistados e entrevistadas, muitas vítimas faleceram sem sequer conhecerem os diagnósticos das doenças. É o caso de Rita de Cássia das Neves de 48 anos, filha de um ex-trabalhador já falecido. O pai trabalhou durante 25 anos na fábrica da Eternit Osasco, e foi diagnosticado com placas pleurais em 2012: "ele sempre se queixou de sentir a garganta 'pegando' né! Um certo desconforto lembro sim! Vinte e cinco anos é muito tempo né!" (Rita de Cássia das Neves, 2017).

Isabel Esteves nos contou sobre o fato de a empresa ter tentado oferecer uma compensação em dinheiro quando o seu esposo estava doente: "ofereceram terminar minha casa, porque assim, eu era uma pessoa muito simples, humilde, né. E fiquei com duas crianças, dez e quatro anos na época. Eles ofereceram, cinco mil reais, dez mil reais [...] não aceitei!" (Isabel Esteves, 2017). Também Maria do Carmo da Silva relata que a empresa fazia acordos com alguns doentes, ofereciam convênios de planos de saúde para que a pessoa não entrasse com nenhuma ação judicial indenizatória. Maria do Carmo disse que o esposo falecido foi uma dessas pessoas. "Ele morreu em 2005, mas assinou tal convênio que a firma ofereceu [...] Deu esse convênio aí, que não durou o que, não durou acho que um ano, que foi no fim, não é, e perdeu todos os direitos" (Maria do Carmo da Silva, 2017).

Os/as participantes também responsabilizaram a empresa pela contaminação do meio ambiente e da exposição de pessoas que não trabalhavam diretamente com a matéria-prima do amianto. "Muita gente já faleceu, principalmente aqui em Osasco, mesmo pessoas que a gente descobre que não trabalhou, mas que morou na redondeza da fábrica, né. Já várias pessoas faleceram! Então dano, assim é muito grande, né, muito" (Isabel Esteves, 2017). De acordo com os relatos, muitas pessoas ao redor da fábrica em Osasco podem ter morrido em condições semelhantes a trabalhadores que faleceram de asbestose e mesotelioma.

3.4. Desinformação, ambiguidade e dissimulação: a vitimização socioambiental no caso do amianto

A desinformação a respeito dos efeitos danosos do amianto à época em que a fábrica da Eternit ainda funcionava foi o primeiro achado da pesquisa de campo. A ausência de equipamentos de proteção individual, e mesmo de sua reivindicação, aparece como fruto dessa ignorância. A perplexidade costuma ser seguida pela indignação nos tons que os testemunhos assumem ao relatar a necessidade que tinham de acreditar que a ignorância alcançava os donos da fábrica, assim como os médicos que os tratavam. Em seguida, a esperança e a perplexidade dão lugar à sensação de traição, dadas as evidências de que os danos já eram conhecidos, pelo menos a partir dos anos sessenta.

A perplexidade deriva da contraposição entre um imaginário construído em torno dos ideais de honestidade, trabalho, confiança e satisfação, e a realidade encontrada após os diagnósticos de doenças, que giram em torno das noções de desonestidade, exploração, traição e insatisfação. A ingenuidade e, portanto, a falta de desconfiança em relação aos empregadores, também se articula com a desinformação e com a negação dos danos, produzida a partir da omissão e da ação. A ambiguidade, por sua vez, aparece a partir do aprisionamento mental como estratégia da empresa, ao se apropriar das aspirações dos indivíduos para que eles se sentissem parte da organização. A fala de Ricardo, a seguir, sintetiza esse sentimento de traição.

> "O que eu penso o que eu enxergo é a grande maldade. Os caras eles não pensam em outra coisa, eles só pensam na maldade. Eles só pensam no dinheiro. Porque quando a empresa vem e se instala em um país né, pra usar um produto que vai adoecer e matar e aí depois ele esconde toda a verdade pra não cuidar desses trabalhadores e depois junta o que tem e vai embora. Pra mim? Isso é bandidagem! Isso não é coisa humana, é bandidagem! Porque as empresas o intuito delas era abandonar esses trabalhadores que do jeito que eles prepararam que ficasse todo mundo inocente e ir embora." (Ricardo Esteves Batista, 2017).

Em conjunto com essa falta de informação e suas interpretações, aparece outro aspecto diretamente relacionado às especificidades das doenças causadas pelo amianto: o caráter de longo prazo para que os sintomas apareçam. Ele aprofunda a sensação de ignorância na relação entre o mundo externo e o mundo interno, entre o contato com a poeira e a materialidade do próprio corpo, que pouco a pouco se deteriora sem disso dar sinais.

A questão do tempo é central na compreensão desse tipo de vitimização socioambiental. Em outro lugar, notamos em pesquisa de campo em Casale Monferrato que as compreensões sobre o tempo são transversais na percepção sobre a exposição ao amianto.

> "O tempo aparece nas percepções sobre a falta de informação sobre os riscos; a latência das doenças; a demora na obtenção de justiça; a ligação entre contaminação na infância e desenvolvimento da doença já em idade avançada etc." (NATALI; BUDÓ, 2019).

Como lá, também aqui o nome da empresa é Eternit, palavra derivada do latim *aeternitas*, significando que amianto e cimento seriam a combinação perfeita para um material leve, barato e indestrutível.

Aqui o tempo como categoria se diferencia do caso italiano pela continuidade entre passado e presente no contexto da luta, já que o amianto permanece sendo extraído na mineração no Brasil, e utilizado como matéria-prima. Enquanto no caso de Casale Monferrato, por mais presentes que o adoecimento e as mortes ainda sejam, é fato que a fábrica e a imagem de uma "cidade branca", coberta pelo pó do cimento e do amianto já remetem a um passado distante. Na realidade das pessoas entrevistadas hoje no Brasil, o que se tem é a presença não apenas do amianto, mas também de todos aqueles recursos utilizados para negar os seus danos e, portanto, a responsabilização das empresas. Uma análise semelhante foi desenvolvida por Mazzeo (2018), em sua pesquisa com ex-trabalhadores de uma mina de amianto desativada na Bahia. A autora trata sobre a dissonância entre as temporalidades da exposição ao risco e da percepção, das experiências do trabalho e do sofrimento, e dos efeitos da produção tóxica.

Uma característica central nas falas desta pesquisa é a importância da construção do movimento social para a conscientização do processo de vitimização e dos danos sociais. Como no caso de Casale Monferrato, a politização da dor envolvendo o adoecimento e a morte permitiu também a irresignação, e a coletivização das reivindicações, fossem elas indenizatórias, fossem elas tentativas de influenciar nas políticas públicas em prol do

banimento da fibra no Brasil (MAZZEO, 2018; NATALI; BUDÓ, 2019; BUDÓ, 2019). O status de incredulidade diante das práticas criminosas da empresa parece ser superado somente quando uma pessoa jurídica passa a coletar informações e demonstrar que os casos existentes não são isolados. Nota-se com esse vínculo entre a construção de um movimento social e a mudança da percepção individual sobre sua própria condição de afetado, o quanto a ignorância é central para a perpetuação da produção dos danos. A importância da mobilização política coletiva aparece simultaneamente como um mecanismo de autoidentificação como vítima, e de elevação de uma experiência micro, muitas vezes encarada como mera fatalidade, a uma experiência macro, onde a intencionalidade do lucro a qualquer custo permite reconhecer os danos socioambientais como produto conhecido e inevitável por parte da empresa.

4. Considerações finais

A compreensão teórica e a averiguação sobre danos sociais estatal-corporativos de um modo geral, e sobre o caso do amianto, de maneira específica, mostra sua relevância também diante das dinâmicas políticas e econômicas operadas na relação norte-sul global da atual fase de desenvolvimento do capitalismo, especialmente nos países de capitalismo dependente, como é o caso do Brasil. Os relatos analisados neste trabalho em muito coincidem com aqueles estudados em países do Norte global, porém, em um passado mais remoto. A migração dos danos sociais na prática do racismo ambiental mostra também sua relevância como objeto de pesquisa.

As estratégias utilizadas pela indústria do amianto juntamente com os governos preservaram as práticas de exploração: descumprimento de leis que tratam da proteção de trabalhadores; atos protelatórios em processos judiciais indenizatórios; o financiamento de pesquisas que falassem a favor do uso do amianto crisotila e influenciassem os processos judiciais; o suborno de trabalhadores da indústria amiantífera para se posicionarem a favor das grandes corporações Eternit, Brasilit, SAMA entre outras.

Este trabalho teve por objetivo alcançar essas narrativas, na forma de uma pesquisa compreensiva das percepções dos danos causados pela exposição ao amianto no caso da Eternit de Osasco-SP. Na primeira parte do trabalho, ao construirmos as bases teóricas da pesquisa, a partir da criminologia crítica e da criminologia verde, pudemos verificar que deslocar o conceito de crime para o de dano social possibilita a ampliação no debate sobre autores e vítimas.

A pesquisa empírica qualitativa, quando aberta sensivelmente ao olhar e ao ouvir o sentido que as pessoas dão para suas experiências passadas e presentes, proporciona compreensões e aprendizagens dificilmente alcançadas através de outros meios. Mas também não se trata de um tipo de trabalho fácil: as ações, razões e motivos que constroem as bases epistemológicas dos marcos teóricos utilizados na pesquisa sempre são desconstruídos e reconstruídos na interação com o campo.

As principais categorias abstraídas da dureza das narrativas elaboradas pelas pessoas participantes desta pesquisa foram *desinformação*, *ambiguidade* e *dissimulação*. A partir das noções de tempo e território foi possível compreender a forma como a interação dos participantes, de modo geral, com a empresa Eternit e a própria exposição aos riscos foram se modificando conforme a sua aproximação com as informações a respeito dos danos causados pelo amianto. A *desinformação* aparece no discurso das pessoas participantes como estratégia da empresa para ocultar os danos. Negar a informação, impedir o conhecimento dos riscos de sua atividade profissional e, simultaneamente, privar dos resultados dos próprios exames de raio x, para que não soubessem das doenças que habitavam os territórios dos próprios corpos foram ações permanentes nessa interação indivíduo-fábrica. Nas falas, foi possível compreender ainda o quanto essa negação atraiu mais danos para os entes queridos desses trabalhadores. O território corporal dos danos, então, estende-se para outros corpos, inclusive de suas crianças. Essa noção de extensão dos danos é fundamental para pensar os limites da desinformação, e também para desconstruir um dos argumentos mais comuns das atividades empresariais e fabris em defesa de seus próprios interesses: a de que os indivíduos são livres para trabalharem onde desejarem, inclusive para escolherem se expor ao risco.

A *ambiguidade* provém de uma percepção da empresa como responsável pelos danos, mas, ao mesmo tempo, com uma expressão de melancolia diante do ambiente de trabalho, dos amigos e outros aspectos que remetem a bons tempos de juventude. Nesse ponto merece destaque a *dissimulação*, categoria tão presente nas falas das pessoas participantes da pesquisa: o caráter sedutor que envolve a imagem da empresa. Salários acima da média, presentes, festejos, e um ambiente de trabalho familiar conduzem a um envolvimento afetivo, um orgulho e um sentimento de pertencimento que também produz segurança. Quando mencionam o momento em que descobrem a consciência de seus empregadores sobre os riscos do amianto, o afeto aparece como traição, e o sofrimento, para além de se relacionar com a perda daquela segurança, é ainda mais profundo quando são mencionadas as pessoas queridas, expostas à fibra em razão da forma como os rejeitos do amianto entravam nas casas.

A dificuldade de uma autoidentificação como vítima nessas entrevistas parece ser um dos resultados mais impactantes, ainda que previsíveis da pesquisa. As implicações desse processo, que é individual e coletivo, se reflete nos processos de responsabilização das empresas, bem como de compreensão da dimensão real dos danos causados. Por mais conscientes que fossem as pessoas entrevistadas, já que há anos articuladas em um movimento social de alcance nacional, ainda está presente, nos discursos, uma perplexidade diante do que consideravam ser impossível: a sua saúde e de seus familiares vulneradas pela empresa considerada uma segunda casa. O caráter contraditório pode ser bem simbolizado na questão: afinal, sou eu uma vítima?

5. Referências

ALTOPIEDI, R. *Un caso di criminalità d'impresa*: l'Eternit di Casale Monferrato. Torino: L'Harmattan Itália, 2011.

AMARAL, Arthur Pires. Sofrimento social entre trabalhadores do amianto e o ocultamento da ocorrência de doenças asbesto-relacionadas na cidade de Minaçu (GO), *Anuário Antropológico* [Online], I | 2020. Disponível em: [https://doi.org/10.4000/aa.4980].

ANIYAR DE CASTRO, Lola. El delito de cuello blanco en América Latina: una investigación necesaria. *ILANUD al día* (San José), Costa Rica, v. 3, num. 8, May-Ago, p. 79-81, 1980.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS EXPOSTOS AO AMIANTO (ABREA). *Função social*. Disponível em: [www.abrea.com.br/a-abrea/fun%C3%A7%C3%A3o--social.html]. Acesso em: 13.06.2017.

AYMORÉ, Débora. Objetividade forte como alternativa à ciência livre de valores *ScientiaeStudia,* v. 15, n. 1: 175-186, jun, 2017.

BARAK, Greg. The crimes of the powerful and the globalization of crime. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2, jul.-dez. 2015.

BERNAL, Camilo Ernesto; CABEZAS, Sebastián; FORERO, Alejandro; RIVERA, Iñaki; VIDAL, Iván. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crímenes internacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA, Iñaki (Coord..). *Delitos de los Estados, de los Mercados y daño social*. Barcelona: Anthropos, 2014.

BLATT, Paulo Roberto; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. O caso do amianto: conjuntura internacional e jurisprudência do STF. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 2, n. 3 2007. Disponível em: [https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/6816/4132].

BOCKING, S. *Nature's Experts*: Science, Politics, and the Environment. London: Rutgers University Press, 2004.

BÖHM, María Laura. Criminal Business Relationships Between Commodity Regions and Industrialized Countries: The Hard Road From Raw Material to New Technology. *Journal of White Collar and Corporate Crime*, 1(1), 34-49, 2020. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1177/2631309X19887681].

BÖHM, Maria Laura. Transnational Corporations, Human Rights Violations and Structural Violence in Latin America: A Criminological Approach. *Kriminologisches Journal*, 48. Jg. 2016, H. 4.

BORGES, Heloísa; FERNANDES, Valdir. O uso do Amianto no Brasil: O embate entre duas racionalidades no Supremo Tribunal Federal. *Ambiente & Sociedade*, 2014, v. 17, n. 2, p. 175-194. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/asoc/v17n2/a12v17n2.pdf]. Acesso em: 19.06.2017.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Dados epidemiológicos (amianto)*. Brasília: Ministério da Saúde, 2017. Disponível em: [www.saude.gov.br/vigilancia-em-saude/vigilancia-ambiental/vigipeq/contaminantes-quimicos/amianto/dados-epidemiologicos].

BUDÓ, Marília de Nardin. O caso do amianto no Brasil sob a ótica da criminologia: invisibilidade e dano social. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salete Oro. *Direito, Democracia e Sustentabilidade*. Passo Fundo: IMED, 2015. p. 253-286.

BUDÓ, Marília de Nardin. Danos silenciados: a banalidade do mal no discurso científico sobre o amianto. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 1, p. 127-140, jun. 2016. Disponível em: [https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1281/843].

BUDÓ, Marília de Nardin; COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos Estados e dos mercados. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 1, p. 55-90, jan.-abr. 2018. Disponível em: DOI: [http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v19i1.1071].

BUDÓ, Marília de Nardin. "Um massacre silencioso que continua": um olhar criminológico sobre os danos sociais causados pelo amianto. *Novos Estudos Jurídicos,* 24(2), 483-513, 2019. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.14210/nej.v24n2.p483-513].

BUDÓ, Marília de Nardin. Corporate Crime and the Use of Science in the Case of Asbestos: Producing Harm through Discursive Shields. *Journal of White Collar and Corporate Crime,* v.2, i. 2, p. 81-96, 2021. DOI: 10.1177/2631309X20978718.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Dossiê Amianto Brasil*. Brasília: Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, 2010. Disponível em: [www.mma.gov.br/port/conama/processos/18018FE8/Dossie%20Amianto%20Brasil%202010.pdf]. Acesso em: 20.03.2018.

CARRINGTON, Kerry; HOGG, Russell; SOZZO, Máximo. Southern Criminology. *British Journal of Criminology* (2016) 56 (1): 1-20. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1093/bjc/azv083].

CAO NGOC, Anh; WYATT, Tanya. The Conceptual Compatibility Between Green Criminology and Human Security: A Proposed Interdisciplinary Framework for Examinations into Green Victimisation. *Critical Criminology*, n 24, 413-430 (2016). Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1007/s10612-016-9318-7].

CAPPI, Ricardo. A teorização fundamentada nos dados: um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: Machado, Maíra Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

CASTRO, Hermano; GIANNASI, Fernanda; NOVELLO, Cyro. A luta pelo banimento do amianto nas Américas: uma questão de saúde pública. *Ciência e*

saúde coletiva, v. 8, n. 4, São Paulo, 2003. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1590/S1413-81232003000400013].

CENTRO DE TECNOLOGIA MINERAL BRASIL – CETEM. *Conflitos ambientais na indústria mineira e metalúrgica*: o passado e o presente. Évora: Rio de Janeiro, 2016.

COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa. *As lamas da Samarco*: um estudo sobre vitimização ambiental e dano social estatal-corporativo a partir da perspectiva das vítimas. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade IMED, Passo Fundo, 165 f. 2017.

DEMENT, John; BROWN, David. *Lung cancer mortality among asbestos textile workers*: a review and update. Ann Occup Hyg 38:525-532. 1994. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1093/annhyg/38.4.525].

DOLL, R. Mortality from lung cancer in asbestos workers. *British Journal of Industrial Medicine,* n.12, p. 81-86, 1955.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *O papel dos produtos de amianto na cadeia da construção civil*: dimensão econômica efeitos concorrenciais. São Paulo: FIESP, 2009.

FUNDACENTRO. *História*. Disponível em: [www.fundacentro.gov.br/institucional/historia]. Acesso em: 20.04.2018.

GARCÍA MÉNDEZ; Emilia; GÓMEZ, Luis. Actualización crítica del concepto 'Delito de Cuello Blanco" de E. Sutherland. *Capítulo Criminológico*, 6, p. 119-141, 1978.

GIANNASI, Fernanda. A construção de contra-poderes no brasil na luta contra o amianto: a globalização por baixo. *Cadernos de Saúde do Trabalhador e Meio Ambiente,* ano 1, n. 2, jan.-jul. 2001.

GOYES, David Rodriguez; SOUTH, Nigel. Green Criminology Before 'Green Criminology': Amnesia and Absences. *Crit Crim*, 25, 165-181 (2017). Disponível em: [https://doi.org/10.1007/s10612-017-9357-8].

GOYES, David Rodriguez. *Southern Green Criminology*: a Science to End Ecological Discrimination. Bingley: Emerald, 2019.

GLASER, Barney; STRAUSS, Anselm. *The discovery of grounded theory*. New York: Aldene de Gruyter, 1967.

HALL, Matthew. Environmental Victims: Challenges for Criminology and Victimology in the 21st Century. *Journal of Criminal Justice and Security*, year 13, n. 4, 2011.

HALL, Matthew. Environmental harm and environmental victims, *International Review of Victimology*, v. 20, Issue 1, 2014. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1177%2F0269758013508682].

HALL, Matthew. Environmental victimisation: corporate villainy or state connivance? *Radical Criminology*, 2018. Disponível em: [http://eprints.lincoln.ac.uk/id/eprint/15918/].

HARDING, Sandra. *Objectivity & Diversity:* another logic of scientific research. Chicago: Universityof Chicago Press, 2015.

HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Beyond criminology? In: DORLING, Danny; GORDON, Dave; HILLYARD, Paddy; PANTAZIS, Christina; PEMBERTON, Simon; TOMBS, Steve. *Criminal obsessions:* why harm matters more than crime. London: Will McMahon, 2005.

INTERNATIONAL BAN ASBESTOS SECRETARIAT – IBAS 2003. Disponível em: [www.ibas.btinternet.co.uk/]. Acesso em:18.06.2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CRISOTILA - IBC. *Cadeia produtiva do amianto crisotila*. Disponível em: [http://ibcbrasil.org.br/cadeiaprodutiva]. Acesso em: 23.06.2017.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL – ISA. *Almanaque Brasil Socioambiental (2008)*. Disponível em: [www.socioambiental.org/pt-br/o-isa/publicacoes/almanaque-brasil-socioambiental-2008]. Acesso: 19.06.2017.

JANELA, José Manuel; PEREIRA, Pedro José Silva. *História do amianto no mundo e em Portugal*. CEM n. 7/ Cultura, espaço & memória. Repositório científico aberto da Universidade Aberta de Portugal, 2016.

JOHNSON, Demarco. The Status of Green Criminology in Victimology Research. *McNair Scholars Research Journal,* v. 10, Iss. 1, Article 8, 2017.

KOSOVSKI, Ester. História e escopo da vitimologia. In: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JR., Heitor; ROITMAN, Riva (Org.). *Estudos de vitimologia*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2014.

LAPERRIÈRE, Anne. A teorização enraizada (*grounded theory*): procedimento analítico e comparação com outras abordagens similares. In: POUPART, J; DESLAURIERS, J. P.; GROULX, L. H.; LAPERRIÈRE, A.; MAYER, R.; PIRES, A. P. (Org.). A *pesquisa qualitativa*: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008.

LYNCH, Michael; STRETESKY, Paul. Toxic Crimes: Examining Corporate Victimization of the General Public Employing Medical and Epidemiological Evidence. *Critical Criminology,* 10, 153-172, 2001. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1023/A:1015743420678].

LYNCH, Michael. The Greening of Criminology: A Perspective on the 1990s. *Green Criminology,* 165-170. 2017. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.4324/9781315093390-7].

MARTIN-CHENUT, Kathia; SALDANHA, Jânia. O caso do amianto: os limites das soluções locais para um problema de saúde global. *Revista de Cultura e Política*, 2016, n. 98, p. 141-170. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1590/0102-6445141-170/98].

MAZZEO, Agata. Disastri invisibili e pratiche di attivismo. *Antropologia*, v. 4, n. 1, n.s., p. 203-219, aprile 2017.

MAZZEO, Agata. The temporalities of asbestos mining and community activism. *The Extractive Industries and Society*, p. 223-229, 5 (2018). Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1016/j.exis.2018.02.004].

MEDEIROS, Cintia Rodrigues de Oliveira. *Inimigos públicos*: crimes corporativos e necrocorporações. Tese (doutorado). Programa de Pós-graduação em Administração de Empresas. Fundação Getulio Vargas. 314 f., 2013.

MENDES, René. Asbesto (amianto) e doença: revisão do conhecimento científico e fundamentação para uma urgente mudança da atual política brasileira sobre a questão. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 17(1):7-29, jan.-fev. 2001. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1590/S0102-311X2001000100002].

MICHAELS, D. *Doubt is their product:* How Industry's Assault to Science Threatens Your Health. Oxford: Oxford University, 2008.

NATALI, Lorenzo; BUDÓ, Marília de Nardin. A sensory and visual approach for comprehending environmental victimization by the asbestos industry in Casale Monferrato. *European Journal of Criminology*, 16(6), 708-727, 2019. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1177/1477370818788012].

NATALI, Lorenzo. Criminology, victimización medioambiental y social harm – El caso de Huelva (España). *Revista Crítica Penal y Poder,* OSPDH, n. 7, p. 5-34, set. 2014.

POUPART, Jean. A entrevista de tipo qualitativo: considerações epistemológicas, teóricas e metodológicas. In: POUPART, Jean; DESLAURIERS, Jean-Pierre; GROULX, Lionel-H; LAPERRIÈRE, Anne; MAYER, Robert; PIRES, Álvaro (Orgs.). *A pesquisa qualitativa*: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 215-253.

POTTER, Gary R. What is Green Criminology?, *Sociology Review*, November 2010, p. 8-12. Disponível em: [www.greencriminology.org/monthly/WhatIsGreenCriminology.pdf]. Acesso em: 04.07.2017.

ROSSI, Giampiero. *A Lã da Salamandra*: a verdadeira história da catástrofe do amianto em Casale Monferrato. São Paulo: Instituto José Luís e Rosa Sunderman, 2010.

RUGGIERO, Vincenzo; SOUTH, Nigel. Green Criminology and Dirty Collar Crime. *Critical Criminology*, December, v. 18, Issue 4, p. 251-262, 2013. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1007/s10612-010-9122-8].

RUFF, Kathleen. *Exporting Harm*: How Canada Markets Asbestos to the Developing World. Ottawa: Rideau Institute, 2008.

SANTANA, VS; ALGRANTI, E; CAMPOS, F et al. Recovering missing mesothelioma deaths in death certificates using hospital records. *Am J Ind Med*, 61: 547-555, 2018. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1002/ajim.22846].

SANTOS, Gustavo Alvarenga Oliveira. *Terapia existencial da libertação*: ensaios introdutórios. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

SAZDOVSKA, Marina Malis; IVANOV, Aleksandar. Victims of environmental crime, *Criminal Justice Issues*, year XI, Issue 5-6, 2011.

SCLIAR, Claudio. *Amianto mineral mágico ou maldito?* Ecologia humana e disputa político-econômica. Belo Horizonte: CDI, 1998.

SILVEIRA, A. M. *Dano social estatal-corporativo e a vitimização ocasionada pela exposição ao amianto na cidade de Osasco-SP:* um estudo criminológico a partir da representação das vítimas. Dissertação (Direito). Programa de pós-graduação em Direito da Faculdade Meridional, 2018.

SKINNIDER, Eileen. *Victims of Environmental Crime*: Mapping the Issues. International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy. Vancouver, 2011.

SOLLUND, Ragnhild. Tráfico y comercio de cuerpos humanos y animales: una perspectiva ecofeminista sobre delitos y victimización. In: MOL, Hanneke; BRISMAN, Avi; SOUTH, Nigel; RODRÍGUEZ GOYES, David. *Introducción a la criminología verde*: conceptos para nuevos horizontes y diálogos socioambientales. Bogotá: Temis, 2017. p. 276-297.

SOUZA, Amanda Petronilho. *Usos e abusos do amianto no Brasil, o diálogo impossível entre o capitalismo e a saúde pública*. 2015. 102 f. Dissertação – (Mestrado em Desenvolvimento Regional e Meio Ambiente), Centro Universitário de Araraquara, Araraquara. 2015.

SOUTH, Nigel; WHITE, Rob. The Antecedents and Emergence of a 'Green' Criminology. In: AGNEW, Robert (ed.). *Expanding the Core*: Neglected Crimes, Groups, Causes and Policy Approaches. American Society of Criminology. 2013.

STRAUSS, Anselm; CORBIN, Juliet. *Bases de la investigación cualitativa*. Medelín: Universidad de Antioquia, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H. White Collar Criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1, p. 1-12, Feb. 1940. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.2307/2083937].

TOMBS, Steve. Workplace harm and the illusions of law. In: DORLING, Danny; GORDON, Dave; HILLYARD, Paddy; PANTAZIS, Christina; PEMBERTON, Simon; TOMBS, Steve. *Criminal obsessions*: Why harm matters more than crime. London: Will McMahon, 2005.

TOMBS, Steve; WHYTE, David. *La empresa criminal*: por qué las corporaciones deben ser abolidas. Icaria Antrazyt: Barcelona, 2015.

TWEEDALE, G; MCCULLOCH, J. Chrysophiles versus Chrysophobes: The White Asbestos Controversy, 1950s–2004. *Isis*, v. 95, n. 2, p. 239-259, 2004.

VISCONTI, Arianna. Corporate violence: harmful consequences and victim's needs. An overview. In: FORTI, Gabrio; MAZZUCATO, Claudia; VISCONTI, Arianna; GIAVAZZI, Stefania (Eds.). *Victims and Corporations*: Legal Challenges and Empirical Findings. Milano: Wolters Kluwer Italia, 2018. p. 149-178.

WAGNER, C.; SLEGGS, C. A.; MARCHAND, J. C.. Diffuse pleural mesothelioma and asbestos exposure in the North-Western Cape province. *British Journal of Industrial Medicine*, 17, p. 260-271, 1960.

WALDMAN, Linda. *The politics of asbestos*: understandings of risk, disease and protest. London: Earthscan, 2011.

WALKLATE, Sandra. Researching Victims of Crime: Critical Victimology. *Social Justice*, v. 17, n. 3 (41), p. 25-42, 1990. Disponível em: [www.jstor.org/stable/29766556].

WALTERS, Reece. Toxic Atmospheres Air Pollution, Trade and the Politics of Regulation. *Crit Crim*, **18, 307–323 (2010).** Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1007/s10612-010-9119-3].

WHYTE, David. *Ecocide*: Kill the Corporation Before it Kills Us. Manchester: Manchester University Press, 2020.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. Chrysotile Asbestos. October 2014. Disponível em: [www.who.int/ipcs/assessment/public_health/chrysotile_asbestos_summary.pdf]. Acesso em: 15.01.2016.

WUNSCH FILHO, V; NEVES, H; MONCAU, J. E. Amianto no Brasil: Conflitos Científicos e Econômicos. *Revista da Associação Médica Brasileira*; 47(3): 259-61, 2001. Disponível em: DOI: [https://doi.org/10.1590/S0104-42302001000300040].

WYATT, Tanya. Construcciones verdes de las categorías de víctima y daño. In:

MOL, Hanneke; BRISMAN, Avi; SOUTH, Nigel; RODRÍGUEZ GOYES, David. *Introducción a la criminología verde*: conceptos para nuevos horizontes y diálogos socioambientales. Bogotá: Temis, 2017. p. 77-96.

YIN, Robert. Pesquisa qualitativa do início ao fim. Porto Alegre. Penso Editora, 2016.

Legislação

BRASIL. *Lei 9.055 de 01 de junho de 1995*. Disciplina a extração, industrialização, utilização, comercialização e transporte do asbesto/amianto e dos produtos que o contenham, bem como das fibras naturais e artificiais, de qualquer origem, utilizadas para o mesmo fim e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9055.htm].

GOIÁS. *Lei nº 20.514, de 16 de julho de 2019*. Autoriza, para fins exclusivos de exportação, a extração e o beneficiamento do amianto da variedade crisotila no Estado de Goiás.

Disponível em: [www.gabinetecivil.go.gov.br/pagina_leis.php?id=23619].

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 6200*. Brasília: STF, 2020. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5738022].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3937*. Brasília: STF, 2017. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur397317/false].

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A tutela penal do meio ambiente: discussões criminológicas e dogmáticas, Marília de Nardin Budó e Chiavelli Facenda Falavigno – *RBCCrim* 163/311-345 (DTR\2019\42603);
- O regime jurídico das áreas de preservação permanente no Código Florestal (Lei 12.651/12) à luz do princípio da proibição do retrocesso: estudo a partir da Lei 4.771/65 e da Constituição Federal, de Gustavo Dobler e Aldo Fernando Assunção – *RDA* 89/159-184 (DTR\2018\10297); e
- Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco, de Cezar Roberto Bitencourt – *RT* 979/401-415 (DTR\2017\1057).

"Nunca pratiquei crime, *só* Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher

"I have never committed a crime, just Maria da Penha Law": custody hearings and facing violence against women

André Pereira Crespo

Mestre em Direito (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB). Agente de Polícia Federal em Brasília.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1620263665021130].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-1641-5214].
andrepcrespo@gmail.com

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Bruno Amaral Machado

Doutor em Direito – especialidade Sociologia jurídico-penal (Universidade de Barcelona, 2005). Estágio de pós-doutorado em Sociologia pela UnB. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCeub.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6719883195099829].
ORCID: [http://orcid.org/0000-0002-7425-7066].
brunoamachado@hotmail.com

Recebido em: 07.12.2020
Aprovado em: 18.05.2021
Última versão dos autores: 26.05.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: O objetivo do artigo[1-2] é analisar o potencial das audiências de custódia como arranjo institucional para o enfrentamento da violência contra as mulheres no Distrito Federal. O texto contextualiza o campo de estudos da violência

Abstract: The objective of the article is to analyze the potential of custody hearings in facing violence against women in Federal District. The text contextualizes the domestic and family violence against women in Brazilian criminal justice

1. Não há nenhum tipo de financiamento ou benefício recebido pelos autores para a confecção deste artigo.
2. Agradecemos aos professores doutores Antônio Henrique Graciano Suxberger e Thiago André Pierobom de Ávila pelas leituras e contribuições para o aperfeiçoamento do texto.

Crespo, André Pereira; Machado, Bruno Amaral. "Nunca pratiquei crime, *só* Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 182. ano 29. p. 261-291. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

doméstica e familiar contra as mulheres no sistema de justiça criminal brasileiro. Apresenta dados oficiais disponibilizados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT) desde a implantação do Núcleo de Audiências de Custódia (NAC/DF) em 2016 até 2019. Em seguida, o foco direciona-se às práticas das audiências de custódia do Distrito Federal, com base nos dados coletados por meio da observação direta em pesquisa de campo, realizada no Distrito Federal entre abril e setembro de 2019. Das 700 audiências selecionadas e analisadas, houve 198 autuações (28,28%) pela prática da violência contra a mulher. A metodologia do estudo compreende a análise de pesquisas acadêmicas, de dados empíricos disponibilizados pelos órgãos oficiais e dados empíricos coletados pela observação direta em pesquisa de campo.

Palavras-chave: Violência contra a mulher – Políticas públicas – Audiências de custódia – Distrito Federal.

system. It presents official data made available on the website of Federal District Court of Justice (TJDFT) since the implementation of the Custody Hearings Center (NAC/DF) from 2016 until 2019. Then, the focus is on the practices of Federal District's custody hearings, based on data collected through the direct observation in a survey, carried out in Federal District between April and September 2019. From 700 audiences selected and analyzed, there were 198 assessments (28.28%) for violence against women. The study methodology comprises the analysis of academic research, empirical data made available by official agencies and empirical data collected by direct observation in research field.

Keywords: Violence against women – Public policy – Custody hearings – Federal District.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dados oficiais sobre o crescimento de crimes violentos contra as mulheres no Brasil e a necessidade do aprimoramento das políticas públicas. 3. A violência doméstica e familiar contra a mulher no sistema de justiça criminal brasileiro: um mapeamento parcial. 4. A violência doméstica nas audiências de custódia do Distrito Federal. 5. O monitoramento eletrônico como medida de proteção às vítimas. 6. Conclusões. 7. Referências. Legislação.

1. Introdução

A violência contra a mulher é fenômeno complexo, multidimensional, forma de discriminação que inibe a capacidade de as mulheres gozarem de direitos e liberdades com base na igualdade com os homens (CEDAW, 1992). O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres é órgão da Organização das Nações Unidas (ONU) que supervisiona o cumprimento das medidas recomendadas. Além de emitir relatório anual e oferecer consultoria aos Estados, o Comitê emite Recomendações Gerais para o cumprimento de obrigações impostas. A Recomendação Geral 19/1992 considera a violência familiar como uma das formas mais insidiosas de violência contra as mulheres, e em seu item 23 aponta a dependência econômica como um dos fatores que alimentam o ciclo de violência familiar:

> "A violência familiar é uma das formas mais insidiosas de violência contra as mulheres. Ela é prevalente em todas as sociedades. No âmbito das relações familiares as mulheres de todas as idades são submetidas a violência de todos os tipos, incluindo agressões físicas, estupro e outras formas de violência sexual, mental, e outras formas de violência, que são perpetuadas por atitudes tradicionais. A ausência de independência econômica força muitas mulheres a se manterem nas relações violentas. A anulação das responsabilidades delas pelos homens pode ser uma forma de violência e coerção. Estas formas de violência colocam as mulheres em risco e reduzem sua habilidade de participar na vida familiar e pública numa base de igualdade" (CEDAW, 1992, p. 4).

A Convenção de Belém do Pará identifica as relações desiguais de poder entre homens e mulheres como a principal causa da violência contra a mulher.[3] Diferentemente da Lei Maria da Penha, que se aplica somente à violência doméstica e familiar contra a mulher, a Convenção de Belém do Pará, adotada em 1994, possui âmbito de incidência mais amplo. Requer o compromisso do Estado para assegurar medidas que reconheçam e assegurem a plena igualdade das mulheres perante a lei. Adverte-se que se trata de problema universal que atinge todos os grupos sociais. Relata-se que as proporções são epidêmicas e assumem características específicas e interseccionadas com vários marcadores simbólicos como raça, etnia e classe social, em cada contexto sociocultural considerado (BANDEIRA; ALMEIDA, 2015).

O tema é amplo e abre diferentes perspectivas de análise e linhas de pesquisa. O objetivo do artigo é analisar o potencial das audiências de custódia como arranjo institucional para o enfrentamento da violência contra as mulheres no Distrito Federal. O texto contextualiza o campo de estudos da violência doméstica e familiar contra as mulheres no sistema de justiça criminal brasileiro. Apresenta dados oficiais disponibilizados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT) desde a implantação do Núcleo de Audiências de Custódia (NAC/DF) em 2016 até 2019. Em seguida, o foco direciona-se às práticas das audiências de custódia do Distrito Federal, com base nos dados coletados em pesquisa de campo.

A metodologia do estudo compreende a análise documental de pesquisas acadêmicas, de dados empíricos disponibilizados pelos órgãos oficiais e de dados empíricos coletados pela observação direta em pesquisa de campo. A pesquisa de campo foi realizada entre abril e setembro de 2019, período em que coletamos informações de 794 custodiados em 700 audiências. Ao todo, 6 meses de pesquisa com 48 incursões a campo. Nesse período observamos, em média, 14,5 audiências nos dias dedicados à pesquisa de campo. Em 700 audiências selecionadas e analisadas houve 198 autuações (28,28%) pela prática da violência contra a mulher.

3. Adotamos a definição prevista no artigo 1º da Convenção de Belém do Pará segundo a qual é violência contra a mulher "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada" (CIDH, 1994).

No DF, as audiências de custódia acontecem todos os dias da semana. A cada dia, aproximadamente 30 pessoas são apresentadas às audiências de custódia no NAC/DF (CRESPO, 2020). A pesquisa coletou dados todos os dias da semana, de forma aleatória, a fim de evitar distorções no resultado da pesquisa. Esse método não se confunde com controle de dados pelo pesquisador. A coleta de dados proporcionalmente distribuída por todos os dias da semana evita vieses no resultado da pesquisa (MORETTIN, 2000, p. 23-24).

As informações verbais dos relatos dos custodiados e das manifestações orais dos operadores jurídicos ocorridos em audiência de custódia foram fruto da observação direta das audiências. A observação direta da pesquisa[4] foi conduzida pelos seguintes problemas centrais: os arranjos institucionais das audiências de custódia estão em consonância com os tratados internacionais de Direitos Humanos? Os arranjos institucionais das audiências de custódia do Distrito Federal se coadunam com objetivos declarados na Resolução 213/2015 do CNJ? As práticas dos operadores jurídicos adotadas nas audiências de custódia do Distrito Federal estão em conformidade com os arranjos institucionais? As audiências de custódia do Distrito Federal são o meio mais eficaz ao enfrentamento da violência no momento da prisão? (CRESPO, 2020).

O campo da violência doméstica e familiar contra as mulheres não constituía objetivo inicial da pesquisa, com foco nos arranjos institucionais idealizados para as audiências de custódia no Distrito Federal. Porém, o elevado número de autuações redirecionou o estudo para o recorte que propomos neste artigo. Assim, o formulário de pesquisa[5] não contemplou perguntas específicas a respeito do tema. Após a alimentação de banco de dados com o preenchimento dos formulários, o programa *Google Forms*® gerou planilha *Microsoft Office Excel*® 2019 com dados globais da pesquisa. A extração de dados específicos sobre violência doméstica e familiar contra as mulheres foi obtida por meio da aplicação de filtro específico para selecionar as audiências de custódia que tratava de crimes praticados no contexto de violência doméstica. O texto orienta-se pela seguinte pergunta: como os atores acionados pelo arranjo institucional reagem e atuam diante dos relatos dos acusados da prática de crimes contra as mulheres?

2. DADOS OFICIAIS SOBRE O CRESCIMENTO DE CRIMES VIOLENTOS CONTRA AS MULHERES NO BRASIL E A NECESSIDADE DO APRIMORAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

A edição de 2019 do Atlas da Violência indica crescimento de homicídios femininos no Brasil em 2017. Foram 4.936 mulheres mortas, o que corresponde a uma média diária

4. A pesquisa de campo originou a dissertação, adaptada para o livro *Audiências de custódia no Distrito Federal*: arranjos institucionais e práticas do sistema de justiça, publicado pela Editora *Lumen Juris* em 2020.

5. CRESPO, 2020, p. 299-326.

de 13 homicídios. No contexto nacional, entre 2007 e 2017, o aumento da taxa de homicídios de mulheres foi de 20,7%, elevando a taxa em 17 UFs (IPEA, 2019).

O homicídio de mulheres é apontado como crime que expressa a conjugação perversa entre desigualdades sociais e a cultura patriarcal.[6] No Brasil, ingrediente que agrava essa fórmula é o enraizamento de redes de criminalidade em comunidades periféricas nas grandes cidades, áreas em que se concentram as taxas mais altas de feminicídio. Os contextos de homicídios de mulheres são diversificados e obedecem a dinâmicas sociais distintas dos homicídios de homens. O desafio das políticas públicas é reconhecer os variados contextos e as diferentes vulnerabilidades produzidas pela subordinação de gênero (PORTELLA, 2019).

Em 2017, o DF respondeu pela segunda menor taxa de feminicídios (2,9 por 100 mil mulheres) no Brasil. Somente o estado de São Paulo teve indicador menor (2,2). Em termos de variação, a maior redução (29,7%) da taxa foi na capital do país, em comparação com as capitais dos 26 Estados da Federação (IPEA, 2019).

A violência doméstica não é praticada apenas contra as esposas. Há vítimas mães, irmãs e filhas, mulheres negras em sua maioria. Pesquisa indica percentual mais elevado de violência doméstica e familiar contra mulheres negras, sendo que as mulheres em idade reprodutiva (entre 20 e 59 anos) são vítimas mais frequentes (SEVERI, 2017, p. 240).

A taxa de homicídios de mulheres não negras cresceu 4,5% entre 2007 e 2017, ao passo que entre as negras teve crescimento de 29,9%. Em 2017, a taxa de homicídio de mulheres não negras foi de 3,2 a cada 100 mil mulheres não negras. De outro lado, foi de 5,6 para cada 100 mil mulheres negras. Mulheres negras representaram 66% de todas as mulheres assassinadas no país em 2017 (IPEA, 2019).

As mulheres negras integram o grupo de maior vulnerabilidade em todos os âmbitos sociais. As desigualdades de oportunidades persistem nas piores condições socioeconômicas, nas quais as chances de mobilidade social são menores. Argumenta-se que o racismo e o sexismo são alicerces das desigualdades. A raça e o sexo são categorias utilizadas para justificar discriminações e subalternidades, estruturam relações de poder e determinam os lugares sociais (CARNEIRO, 2019). Alerta-se ainda para a vitimização de mulheres negras em revistas vexatórias e dos deveres informais que surgem quando os companheiros são presos (VALENÇA; MELLO, 2020).

6. Há extensa literatura sobre o tema. A cultura patriarcal apresenta-se como característica de um sistema social estruturado em relações hierárquicas entre gêneros. Na cultura patriarcal os homens posicionam-se de forma privilegiada nas relações sociais. Rita Segato (2003) conceitua o patriarcado como norma instituída e, ao mesmo tempo, projeto de autorreprodução que contempla mecanismos para a manutenção da sujeição das mulheres. Machado (2000, p. 3) sustenta que "o termo patriarcado remete, em geral a um sentido fixo, uma estrutura fixa que imediatamente aponta para o exercício e presença da dominação masculina". Por sua vez, "o termo gênero remete a uma não fixidez nem universalidade das relações entre homens e mulheres. Articula-se com a ideia de que as relações simbólicas são construídas e transformáveis".

A percepção de crescimento de feminicídios no país, nos últimos anos, tem chamado atenção, mas não se sabe ao certo se o aumento dos registros do crime pelas polícias reflete efetivamente aumento no número de casos. Uma hipótese é a diminuição da subnotificação como resultado da recente implantação da Lei 13.104/2015, Lei do Feminicídio, no sistema de justiça criminal (BRASIL, 2015). A maioria das mortes violentas intencionais contra as mulheres ocorre dentro das residências, sendo esse possível parâmetro para mensurar o feminicídio e evidenciar a evolução nas taxas do crime no Brasil. Pesquisadores advertiram que o risco de envolvimento em feminicídio está associado a desigualdades sociais. Apesar de a raiz da violência contra a mulher estar na discriminação de gênero, a interseccionalidade revela como as discriminações de gênero se agravam em países marcados pela colonialidade (ÁVILA et al., 2020). O legado colonial multiplica violências às mulheres socialmente excluídas. Os dados oficiais apontam, nos últimos dez anos, para o crescimento de 29,8% de assassinatos de mulheres dentro das residências (IPEA, 2019).

Pesquisas apontam para muitos casos de morte de mulheres dentro das residências, alertam para a multiplicidade de fatores de risco presentes e conhecidos e a necessidade de respostas articuladas do sistema de segurança para evitá-los (STREY; JARDIM, 2019). Sugere-se que a resposta mais efetiva requer trabalho em rede entre serviços e profissionais em âmbitos distintos (STREY; JARDIM, 2019). Dessa forma, poderia aperfeiçoar a qualidade dos serviços prestados às mulheres e potencializaria a eficiência de estratégias preventivas. A *eficiência* é conceituada como a virtude de produzir um efeito ao menor custo (HOLANDA, 2010). No campo das políticas públicas, Ballart (1992) define eficiência como a medida dos custos efetivos para produzir o resultado pretendido por um programa determinado.

Apenas em 2017 mais de 221 mil mulheres noticiaram nas delegacias de polícia do Brasil terem sido vítimas de lesões corporais dolosas. No entanto, o medo ou a vergonha de denunciar os agressores podem subestimar esse número. Além disso, a facilitação da posse de arma de fogo em residência pode deixar as mulheres ainda mais vulneráveis e contribuir para o aumento do número de vítimas de violência doméstica (IPEA, 2019).

Os dados demonstram crescimento de registros oficiais de crimes violentos contra as mulheres no Brasil nos últimos anos. Deve-se considerar que nem sempre os números refletem a realidade; ou seja, há um aumento dos casos ou maior confiança e empenho dos atores envolvidos na judicialização do grave problema social. O alerta não descarta, de outro lado, a necessidade do aprimoramento das políticas públicas.

No Distrito Federal, Ávila (2018) esclarece que o projeto de proteção integral à mulher em situação de violência doméstica surgiu a partir da demanda da rede de enfrentamento à violência doméstica e da necessidade de construção de mecanismos mais eficientes de articulação interinstitucional com foco na proteção à mulher. A atuação multidisciplinar articulada em rede para o enfrentamento à violência doméstica contribuiu para a conscientização dos direitos das mulheres e proporciona mecanismos que lhe permitam posicionar-se frente à relação violenta. Um dos principais espaços de

articulação da rede tem sido a Casa da Mulher Brasileira (CMB), que articula, no mesmo espaço físico, os diversos serviços de atendimento à mulher e permite seu acesso a todos os serviços em um mesmo local, evitando sua "peregrinação" nos serviços públicos. Em relação à avaliação de riscos, a utilização de questionários contribui para a construção de planos de segurança, intervenções mais céleres e a individualização das respostas pelas agências do Estado. A identificação de fatores de risco específicos também permite intervenções individualizadas para reduzir a probabilidade de o conflito evoluir para um resultado mais gravoso. A construção de rotinas para referência e contrarreferência entre os integrantes da rede de proteção, especialmente de comunicação ao Sistema de Justiça para eventual reavaliação das medidas protetivas de urgência ou decretação de prisão preventiva nos casos de desobediência às medidas protetivas de urgência. Medidas de proteção integral à mulher, implementadas entre a ocorrência do fato e a decisão do juiz da custódia, podem contribuir para a proteção da mulher vítima de violência doméstica.

Os variados contextos e as diferentes vulnerabilidades produzidas pela subordinação de gênero precisam ser compreendidos e integrados às ações dos poderes públicos. Nesse contexto, é importante analisar as práticas do sistema de justiça criminal no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres.

3. A violência doméstica e familiar contra a mulher no sistema de justiça criminal brasileiro: um mapeamento parcial

O processo de institucionalização das demandas dos movimentos de mulheres para coibir a violência contra as mulheres é representado por três momentos emblemáticos: na década de 1980, com o início da implantação das delegacias da mulher, em meados da década seguinte, com a criação dos Juizados Especiais Criminais e com o advento da Lei Maria da Penha em 2006 (BRASIL, 2020). A Lei Maria da Penha (LMP) é fruto de engajamento do Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos das mulheres. A partir de sua implantação, tornou-se marco importante para a redução do índice de violência contra a mulher.

Há acúmulos de reflexões teóricas e achados empíricos sobre a atuação do sistema de justiça no enfrentamento à violência contra a mulher, e as nossas escolhas pretendem unicamente ilustrar uma parte dos acúmulos de conhecimento no campo. A diversidade e a qualidade de pesquisas nos últimos anos tornam complexo o levantamento, que demanda estudos de cunho bibliográfico, o que não é o nosso propósito. Na vigência da Lei 9.099/95, estudos evidenciaram entraves para o enfrentamento à violência contra a mulher com os instrumentos despenalizadores instituídos. Em Porto Alegre, pesquisadores demonstraram a ineficácia da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) no enfrentamento da violência doméstica. Na perspectiva dos autores, a violência doméstica é forma de expressão da violência de gênero e se consubstancia em "condutas ofensivas realizadas nas relações de afetividade ou conjugalidades hierarquizadas entre os sexos, cujo

objetivo é a submissão ou subjugação, impedindo ao outro o livre exercício da cidadania" (CAMPOS; CARVALHO, 2006). A possibilidade de diálogo entre esses discursos se daria sob a perspectiva da vítima no momento do crime e a perspectiva do autor do fato durante o processo penal. A perspectiva crítica dos discursos direciona-se à classificação legal de inúmeras formas de violência doméstica como "delito de menor potencial ofensivo" e, em consequência dessa classificação, a forma de processualização consensual.

Relata-se que os crimes de ameaça e de lesões corporais que foram abrangidos pela Lei 9.099/95 são majoritariamente cometidos contra mulheres e somam cerca de 60% a 70% do volume processual dos Juizados (CAMPOS; CARVALHO, 2006). Na perspectiva dos pesquisadores, o novo procedimento de remessa obrigatória do Termo Circunstanciado ao Poder Judiciário proporcionou mais visibilidade ao problema da violência contra as mulheres. No entanto, não teria aumentado a efetividade no seu enfrentamento. A Lei 9.099/95 considera como de menor potencial ofensivo os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, critério que se aplica indistintamente aos casos de violência conjugal e nega tutela jurídica aos direitos fundamentais das mulheres (BRASIL, 1995). Outro problema apontado foi o fato de a composição civil dos danos e a transação penal contribuírem para a renovação da disputa conjugal em desfavor da vítima e devolverem "poder" ao autor da violência ao condicionar os termos da proposta à sua aceitação. Concluíram os autores que a diminuição das possibilidades de intervenção nas discussões reduziria a possibilidade de escuta das vítimas. Ainda, a Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) estaria em dissonância com a proteção dos direitos humanos das mulheres, em especial a prevista na Convenção de Belém do Pará (CIDH, 1994), notadamente pela falta de previsão de medidas que garantam sua integridade física e emocional. A proteção aos direitos fundamentais ficaria prejudicada pela incapacidade de os operadores lidarem com a violência de gênero ao suprimirem a capacidade de fala das vítimas. Destacaram incapacidade de escuta dos operadores jurídicos em geral, sobretudo dos juízes. Outro problema detectado seria a possibilidade de os Juizados Especiais Criminais servirem de palco para o narcisismo de operadores jurídicos que se julgam preparados para o papel de conciliadores quando nem conseguiram se libertar da cultura inquisitiva e decisionista (CAMPOS; CARVALHO, 2006).

Certamente as críticas às práticas dos juizados especiais criminais nos casos de violência contra a mulher foram também relevantes nos debates e na proposição de novos arranjos institucionais que levaram à Lei Maria da Penha. De outro lado, na vigência dessa lei surgem novos cenários e outros desafios para implantação das políticas públicas idealizadas pelo diploma legal. Somam-se outros estudos nos últimos anos que permitem adensar o campo de estudos.

Tavares (2015) discutiu os desafios para a aplicação da Lei Maria da Penha em Salvador a partir do depoimento de 11 mulheres em situação de violência doméstica e familiar. Essas mulheres verbalizaram queixas e demandas sobre a rede de atendimento em uma Roda de Conversa no Conselho de Desenvolvimento da Comunidade Negra (CNDN), no dia 5 de junho de 2012. A Roda de Conversa é metodologia participativa.

Além de promover debate e reflexões, buscou produzir material para subsidiar a elaboração de um dossiê a ser entregue à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Violência na Bahia. Pelo teor dos depoimentos, as mulheres consideraram insatisfatório o atendimento recebido no Disque 190, nas Delegacias Especiais de Atendimento à Mulher (DEAM's), no Ministério Público e na Justiça. Essas mulheres relataram sentimentos de desproteção, desrespeito e de serem reféns das situações de violência.

Pesquisadores coletaram dados de amostra compostos por 197 prontuários de mulheres vítimas de qualquer tipo de violência doméstica atendidas na Unidade de Proteção Especial à Mulher no Estado do Ceará entre os anos de 2001 e 2012 (AMARAL et al., 2016). Os resultados evidenciaram que 53,5% das mulheres agredidas eram jovens e 47,2% eram mulheres pardas, em sua maioria (69%) sem união estável, com baixa escolaridade (91,4%). Os pesquisadores constataram que após a promulgação da LMP os agressores passaram a ostentar mais antecedentes criminais e envolvimento com drogas ilícitas, se comparado ao período anterior à lei. Constataram ainda que, apesar da elevada subnotificação de casos de violência doméstica, aumentou o número de denúncias após o advento da LMP. Ciúmes, contrariedades, uso de álcool e suspeitas de traição foram os fatores mais frequentes que teriam desencadeado as agressões contra as mulheres. Nesse ponto não haveria diferenças regionais, pois tanto no Ceará como em Florianópolis (AMARAL et al., 2016) esses são os fatores apontados pelas mulheres como deflagradores de violência doméstica. No Ceará, em São Paulo e no Rio Grande do Sul, a face e o crânio das mulheres foram identificados como os alvos preferidos dos agressores. O perfil das práticas de violência em âmbito doméstico sofreu modificações após a promulgação da LMP (BRASIL, 2020), cenário que demanda o desenvolvimento de ações sociais e de saúde, voltadas para a erradicação e assistência efetiva desse grave problema social e de saúde pública (AMARAL et al., 2016).

Ainda no Ceará, uma pesquisa analisou as formas de enfrentamento à violência doméstica após a denúncia. Entre os meses de agosto e setembro de 2007, nove mulheres declaradas vítimas de violência doméstica participaram da pesquisa qualitativa no Centro Estadual de Referência e Apoio à Mulher (CERAM). O medo, a dependência financeira, a vergonha, a maternidade e a cultura emergiram como barreiras ao enfrentamento da violência doméstica. Por outro lado, as vítimas relataram que o apoio da família e de amigos, a lei, os setores de proteção e o maior engajamento em atividades religiosas foram importantes para encarar o problema (PARENTE; NASCIMENTO; VIEIRA, 2009).

Na Grande São Paulo, pesquisa realizada em 2010 analisou a atuação de psicólogos em rede de serviços prestados às mulheres em situação de violência. Pela análise de 100 entrevistas, as pesquisadoras notaram grande diversidade de práticas e o frequente ajustamento das intervenções aos objetivos, à cultura institucional e à vocação assistencial dos serviços. Apontou-se como possível razão desses problemas a baixa disseminação das diretrizes técnicas dos protocolos e normatizações da política pública (HANADA; D'OLIVEIRA; SCHRAIBER, 2010).

Ainda na percepção das pesquisadoras, psicólogos não conseguiram preencher lacunas de capacitação de policiais no atendimento de mulheres vítimas de violência. Em um dos serviços pesquisados não havia atendimento a casos de violência doméstica por ausência de profissionais qualificados. A mediação, prática diversa da clínica tradicional, foi outra das práticas dos psicólogos observadas nos serviços jurídicos analisados. Com a mediação buscava-se a superação de conflitos conjugais para evitar a impetração de ações judiciais litigiosas. Outra percepção foi a invisibilidade da violência sexual por parceiros. Concluíram as pesquisadoras pela reduzida compreensão das possibilidades do trabalho dos psicólogos no atendimento às mulheres vítimas de violência (HANADA; D'OLIVEIRA; SCHRAIBER, 2010).

As práticas de magistrados encarregados de aplicar a LMP foram também analisadas em Santa Catarina em estudo de 2015. Por meio da observação etnográfica, entrevistas e análise de processos penais, pesquisa realizada em Vara Criminal e em Juizado de Violência contra a Mulher revelou diferentes "estilos" de condução das audiências de ratificação pelos magistrados, o que leva os processos a tomarem rumos variados, sobretudo pela relação estabelecida com mulheres e acusados. A pesquisa constatou que nas audiências de ratificação a provável causa da violência foi tratada, por vezes, como objeto secundário (BRAGAGNOLO; LAGO; RIFIOTIS, 2015).

Em Santa Catarina, pesquisa compilou dados coletados em oito anos, com o objetivo de contextualizar a proposta de atendimento em rede para subsidiar avanços com a política de atendimento às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (PASINATO, 2015). Alguns dos obstáculos encontrados na rede de atendimento às mulheres: pequena quantidade de serviços especializados, deficiências estruturais que muitos desses serviços apresentaram e problemas relativos à composição, ao tamanho e à especialização das equipes profissionais (PASINATO, 2015). Além desses problemas, pesquisas também mostraram que os serviços funcionam precariamente conectados, em relações que se baseiam, na maior parte das vezes, em relações pessoais entre profissionais que se organizam para atendimentos individuais privados. Detectaram-se ainda obstáculos relacionados à natureza afetiva das relações violentas, às condições que são dadas às mulheres para conhecerem seus direitos e aos mecanismos que devem ser acionados para se reconhecerem como sujeitas de direitos (PASINATO, 2015).

Recentemente, Valença e Mello (2020) analisaram a atuação de juízes nos casos previstos pela Lei Maria da Penha nas audiências de custódia no Recife e em Olinda. Na percepção das pesquisadoras, o compartilhamento de espaço entre agressores de mulheres com ladrões e traficantes contribuiu para o esvaziamento da gravidade da violência doméstica. A geração de decisões liberatórias seria consequência dessa prática que, por si só, não seria problema, mas poderá se tornar diante da falta de assistência específica à vítima. As autoras enfatizaram possíveis avanços, pois, além de possibilitar maior possibilidade de controle da atividade policial, as audiências de custódia constituem espaço com potencial para o aperfeiçoamento das decisões judiciais. No entanto, alertam para os riscos de práticas de viés punitivista e entraves burocráticos do sistema de justiça

criminal. Ao final da pesquisa, as autoras propuseram diálogo entre a Lei Maria da Penha e as audiências de custódia para minorar a revitimização da mulher no processo penal.

4. A violência doméstica nas audiências de custódia do Distrito Federal

A Portaria Conjunta 70/2017 do TJDFT dispõe que "nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher que trata a Lei nº 11.340, de 2006, o juiz, ao deliberar sobre a prisão, poderá conceder medidas protetivas de urgência, sem prejuízo de posterior reexame pelo respectivo juízo do conhecimento" (BRASIL, 2017b).

Os relatórios disponibilizados pelo TJDFT informam que em 11.348 audiências de custódia realizadas entre janeiro de 2016 e 6 de janeiro de 2017, primeiro ano de funcionamento do Núcleo, foram deferidas 1.172 medidas protetivas em crimes praticados no contexto de violência doméstica, número que representa 10,32% do total de audiências realizadas no período (TJDFT, 2019b).

Na amostra pesquisada, a média de prisões dos agressores de mulheres foi inferior à média geral de prisões desde a implantação do NAC. Enquanto que de 2016 a 2019 a média geral de decretações de prisões preventivas no NAC/DF foi de 45,64% (Tabela 1), somente 19% dos autores de crimes praticados em contexto doméstico contra as mulheres tiveram suas prisões preventivas decretadas.

Tabela 1 – Dados gerais (2016-2019)

Períodos	Audiências de Custódia realizadas	Casos que resultaram em liberdade	Casos que resultaram em prisão preventiva	% de casos que resultaram em prisão preventiva
2016	11240	5607	5633	49,88%
2017	11203	5445	5758	51,39%
2018	11298	5698	5511	48,77%
2019	12316	8020	4121	33,46%
Total	46.057	24.770	21.023	45,64%

Fonte: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios[7].

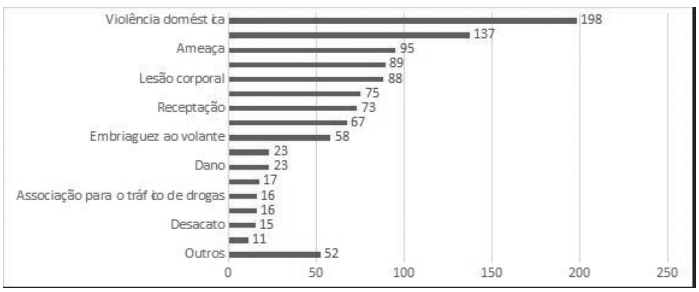
O Brasil ainda não conta com um sistema nacional de estatísticas criminais, havendo poucas iniciativas isoladas. Em 2005, o Instituto de Segurança Pública do Rio de Janeiro começou a publicar estatísticas de violência contra a mulher com base em

7. Núcleo de Audiências de Custódia. Brasília, [2020b]. Disponível em: [http://bit.ly/34sDBkP]. Acesso em: 04.11.2019.

registros de ocorrências da polícia civil. No Distrito Federal, o MPDFT publica anualmente relatórios técnicos de análise estatística referente à violência doméstica e familiar contra mulher (ESTATÍSTICA, 2019). Essas publicações evidenciam o espaço doméstico como principal *locus* de ocorrência de lesões corporais e revela que a violência é perpetrada por alguém que a vítima conhece e com quem mantém ou manteve relacionamentos (PITANGUY; BARSTED, 2019).

Os crimes contra as mulheres foram os mais registrados na amostra pesquisada no Distrito Federal: das 700 audiências observadas, houve 198 autuações (28,28%) por delitos praticados nesse contexto. Os tipos penais mais incidentes na amostra foram lesão corporal, injúria e ameaça, conforme demonstra o gráfico a seguir:

Dados globais dos tipos penais



Fonte: elaboração própria a partir de dados coletados nas audiências de custódia.

A LMP é o principal marco normativo criado para o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher. O inciso I do artigo 8º da LMP prevê "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" (BRASIL, 2020) como iniciativa integrada de enfrentamento do problema. Nesse sentido, as audiências de custódia podem constituir-se em oportunidade de resposta imediata e articulada dos sistemas policial e de justiça e, em longo prazo, constituir-se em importante ferramenta de prevenção da violência contra a mulher.

Pesquisadoras alertam para a existência de poucos estudos acerca da efetividade das políticas públicas para a prevenção da violência doméstica e familiar contra as mulheres. O poder público falha no monitoramento, na avaliação e na busca pelo aperfeiçoamento das políticas públicas. Além disso, faltam críticas independentes. Relatórios publicados pelos próprios executores ressaltam os aspectos positivos de políticas por eles aplicadas. Sugere-se a aplicação de metodologias de avaliação de impacto a fim de mensurar resultados e formular proposições de aperfeiçoamento das políticas, dos projetos e das ações (PASINATO; MACHADO; ÁVILA, 2019). As audiências de custódia podem constituir importante ferramenta ou janela de oportunidade para proposições de aperfeiçoamento.

Recentemente, a LMP passou a prever a condição de que o agressor participe de programas de recuperação e reeducação, além de determinar o acompanhamento psicossocial (BRASIL, 2020). O elevado número de casos e a complexidade do assunto sugerem o caminho da abordagem sistêmica e não medidas pontuais. Há necessidade de mais estudos acerca da efetividade das políticas públicas adotadas ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra as mulheres. Há falhas na avaliação e no monitoramento que prejudicam o aperfeiçoamento da política pública. Como solução, sugere-se a adoção de metodologias de avaliação de impacto para possibilitar formulação de ações mais efetivas (BRASIL, 2020). A "antecipação da judicialização dos fatos" pelas audiências de custódia pode contribuir para a reformulação das políticas públicas para o enfrentamento do problema.

No Distrito Federal existem os Núcleos de Atendimento às Famílias e aos Autores de Violência Doméstica (NAFAVD), integrantes de um programa do GDF com nove núcleos regionais que realizam intervenções com os homens autores de violência e com as mulheres. Apesar de representar avanço no enfrentamento à violência, o programa se depara com problemas estruturais, de funcionamento e com dificuldades de acesso a dados confiáveis (ÁVILA et al., 2020).

A fragmentariedade das políticas públicas voltadas ao enfrentamento da violência doméstica contra mulheres é outro dos obstáculos que nos deparamos com as pesquisas no campo. A abordagem integrada seria passo imprescindível para consolidação de um sistema de proteção social dos direitos sociais das mulheres. A fragmentariedade e a pontualidade das políticas públicas constituem-se em obstáculos à concretização dos direitos das mulheres na medida em que desarticulam os serviços assistenciais (ÁVILA et al., 2020). As audiências de custódia podem instituir-se como *locus* privilegiado para o enfrentamento da violência contra a mulher, o que supõe um olhar cuidadoso sobre as práticas dos atores envolvidos nas audiências de custódia.

Não há padrão de aplicação da Lei Maria da Penha entre os magistrados. A partir das observações de campo, análises documentais e entrevistas, relatório do IPEA (2019) classificou os magistrados em três perfis típicos. Na tipologia adotada pelo Instituto, haveria juízes comprometidos, moderados e conservadores na aplicação da LMP. A aplicação de medidas protetivas é um dos critérios utilizados na definição do perfil dos magistrados. Magistrados que comumente deferem medidas protetivas foram considerados comprometidos, ao passo que os tendentes a indeferir a concessão de medidas protetivas foram classificados como resistentes. Ainda pelo relatório, moderados seriam os juízes que não possuem tendências definidas na análise de medidas protetivas.

Em 2017, no Distrito Federal, o percentual de aplicação de medidas protetivas se manteve em aproximadamente 10% do número de audiências realizadas. Durante todo o ano, 11.203 pessoas foram apresentadas e 1.153 medidas protetivas foram deferidas em crimes praticados no contexto de violência doméstica (TJDFT, 2017).

No ano seguinte, nas 11.298 audiências de custódia realizadas, 2.010 medidas protetivas foram deferidas, o que representa aumento percentual para aproximadamente 18%

(TJDFT, 2019a). Já em 2019 foram determinadas 2.249 medidas em 12.316 audiências, mantendo o percentual de 18% de medidas protetivas concedidas (TJDFT, 2020a). No dia 3 de abril de 2020 foi publicada a Lei 13.984 (BRASIL, 2020), que acrescentou outras duas medidas protetivas de urgência ao artigo 22 da LP. Com isso, o agressor poderá ser obrigado a frequentar programas de recuperação e reeducação, além da possibilidade de ser determinado o seu acompanhamento psicossocial por meio de atendimento individual ou em grupo de apoio.

Pesquisa realizada no Distrito Federal documentou que em 88% dos casos não há novas comunicações de atos de violência doméstica entre as partes quando há deferimento das medidas protetivas de urgência (DINIZ; GUMIERI, 2016). A taxa de retorno sugere a necessidade de adoção de políticas públicas mais efetivas. As descrições das audiências são elucidativas para a análise e se apresentam como dado empírico relevante para observação das práticas dos operadores e reação dos autuados.

Outro estudo no Distrito Federal evidenciou que aproximadamente metade das mulheres e a maioria dos homens envolvidos nos feminicídios ostentavam passagens pregressas pelos serviços de saúde por episódios de violência. Em todos os casos de feminicídio pesquisados, o agressor possuía histórico de outras violências, mas em apenas 23,5% dos casos houve prévio registro de ocorrência policial. Padrões violentos repetitivos permitem a intervenção, evitam mortes e proporcionam condições para a interrupção do ciclo de violência. Ao não intervir no momento oportuno, mulheres continuam perdendo a vida em virtude de lacunas da atuação protetiva do Estado (ÁVILA et al., 2020).

A pesquisa de campo no NAC/DF detectou a presença de autores multirreincidentes em delitos praticados no contexto de violência doméstica, indicador que pode contribuir para o aperfeiçoamento das políticas públicas sobre o tema. Na amostra pesquisada, dos 198 detidos em flagrante por crimes praticados no contexto doméstico, 66 custodiados (34%) ostentavam uma passagem criminal por delitos dessa natureza. Outros 23 custodiados (12%) apresentados às audiências de custódia ostentavam múltiplas condenações anteriores por crimes contra mulheres no contexto doméstico. Esses 23 custodiados tiveram a prisão preventiva decretada na audiência de custódia e o histórico criminal foi utilizado para fundamentar a decisão.

Na audiência 298, que durou quatro minutos, efetivou-se a 14ª autuação de um custodiado pela prática de violência doméstica. Destaca-se que as informações transcritas a seguir foram coletadas em diálogos orais em audiências durante a pesquisa. No caso, a defesa limitou sua manifestação pela liberdade, sem fundamentar o pedido: "Defesa: a defesa oficia pela liberdade" (FORMULÁRIOS, 2019, p. 21-22). A necessidade de manutenção da ordem pública e da integridade física e psicológica da vítima foram os fundamentos que o magistrado utilizou para decretar a prisão preventiva. A forma como a audiência transcorreu sugere que o convencimento do magistrado pela decretação da prisão poderia ter sido formado antes do início da audiência, conforme nos informa trecho do diálogo:

> "Juiz: O senhor já respondeu por algum crime?
>
> Autuado: Maria da Penha
>
> Juiz: Algumas né? Quantas passagens o senhor já teve? Se lembra ou já perdeu as contas?
>
> Autuado: *13* [grifos nossos]." (Informação verbal) (FORMULÁRIOS, 2019, p. 22).

A frase "algumas né?" evidencia que o juiz tinha acesso aos antecedentes criminais quando inquiria o autuado. Ainda na audiência 298, a prisão preventiva do autuado já havia sido decretada em audiência de custódia por crime anterior praticado em contexto de violência doméstica. O juiz determinou o uso de tornozeleira eletrônica e, mais uma vez, o autuado cometeu nova violência contra a mulher. A sequência reiterada de crimes sugere a inefetividade da medida de enfrentamento até então adotada. A continuidade do diálogo é elucidativa:

> "Autuado: foi. No dia 6 de maio.
>
> Juiz: aí lá na audiência a juíza te informou sobre as medidas, né? Você estava na audiência no dia 6 de maio?
>
> Autuado: tava sim.
>
> Juiz: vou fazer perguntas sobre a sua prisão, se o senhor quiser pode ficar calado. No momento da abordagem dos policiais o senhor foi agredido pelos policiais?
>
> Autuado: não.
>
> MP: não é caso de relaxamento. *Quanto aos fatos, consta que o autuado teria descumprido protetivas. Dessa maneira, considerando que as medidas menos gravosas não são suficientes para conter* [grifos nossos]. O Ministério Público oficia pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, visando manter a ordem pública e preservar a integridade física e psíquica da vítima.
>
> Juiz: decreto a prisão preventiva para *manter a ordem pública* e manter a integridade física e psicológica da vítima." (informação verbal) (FORMULÁRIOS, 2019, p. 22).

Considerando os dados sobre sexo, tem-se que a diferença percentual das mulheres autuadas em flagrante e apresentadas às audiências de custódia no DF foi de 1% de 2016 para 2017. Em 2016, elas representavam 8%, ao passo que em 2017 somavam 7% (TJDFT, 2017).

Não houve diferença percentual relevante na comparação entre 2018 (TJDFT, 2019a) e 2019 (TJDFT, 2020a) em relação ao sexo. A partir de informações fornecidas pelo TJDFT (2020b), constam compilados na Tabela 2 os números de pessoas do sexo masculino e feminino desde o início da contabilização desses dados pelo NAC. Não foram divulgados no sítio eletrônico do TJDFT os dados numéricos de 2015.

Tabela 2 – Número de autuados por sexo (2016-2019)

Ano	2016	2017	2018	2019
Sexo masculino	9.609	10.424	10.328	11.275
Sexo feminino	790	779	970	1.040
Outros	—	—	—	1
Total	**10.339**	**11.203**	**11.298**	**12.316**

Fonte: elaboração própria a partir de Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios[8].

No Rio de Janeiro, em 2016, o percentual de custodiadas apresentadas às audiências de custódia foi próximo ao do DF. No Rio, após um ano de implantação, as mulheres somaram 7,3% do total de pessoas presas. A liberdade provisória foi concedida em 68,11% dos casos. Além disso, a cada quatro mulheres presas, três eram mães (RIO DE JANEIRO, 2016).

A partir de 2018, o NAC/DF passou a publicar o número de medidas cautelares diversas da prisão, o que contribui para a visualização dos números. Em 2018 e 2019, a "proibição de ausentar da comarca sem autorização judicial" foi a medida cautelar mais utilizada. Em 2018, essa medida foi utilizada em 4.539 (79,65%) das 5.698 liberdades provisórias concedidas (TJDFT, 2019a).

Em 2019, o percentual de vezes que os magistrados decretaram a "proibição de ausentar-se da comarca" subiu para 83,67%. A medida foi utilizada 6.711 vezes, em 8.020 liberdades provisórias concedidas no NAC/DF (TJDFT, 2020a).

Certamente, a prisão preventiva não impede que medidas judiciais protetivas e cautelares sejam decretadas em conjunto, o que geralmente ocorre por precaução do juiz. A decretação de medidas judiciais diversas da prisão visa garantir a integridade da vítima, caso o autuado reste solto durante o processo e o juiz tenha receio de que, em liberdade, a vítima sofra risco concreto de ser novamente ofendida. Durante a pesquisa de campo, em 7 do total de 37 audiências de custódia em que a prisão preventiva foi decretada, os magistrados também determinaram o afastamento do lar e a proibição de contato, por qualquer meio com a vítima.

Nas 161 audiências de custódia em que os magistrados decidiram pela liberdade provisória, a proibição de contato do autuado com a vítima foi determinada em 127 audiências de custódia (78%), sendo a medida protetiva mais aplicada; o afastamento do lar foi determinado em 92 vezes (57%); a proibição de o autuado ausentar-se do DF por mais de 30 dias foi decretada em 68 audiências (42%); e em 38 audiências de custódia (19%) o autuado foi encaminhado ao atendimento psicossocial, sendo que nenhum custodiado foi encaminhado ao atendimento psicossocial após a decretação da prisão preventiva.

8. Núcleo de Audiências de Custódia. Brasília, [2020b]. Disponível em: [https://bit.ly/2IEW9J5]. Acesso em: 04.11.2019.

Ao final da pesquisa, as cinco medidas que se revelaram mais aplicadas nas audiências de custódia foram: proibição de manter contato com a vítima (298 vezes), dever de informar ao juízo eventual mudança de endereço (289 vezes), proibição de ausentar-se do Distrito Federal por mais de 30 dias (268 vezes), restrição geográfica em relação à vítima (124 vezes) e afastamento do lar (122 vezes).

Quando perguntados, alguns dos custodiados com histórico de múltiplas passagens por crimes praticados contra mulheres no contexto doméstico negam terem respondido pela prática de crime. A resposta desses autuados sugere que crimes cometidos nesse contexto não são representados como conduta criminosa, revelam resquícios da cultura patriarcal e instigam discussões sobre gênero e patriarcado para a compreensão do fenômeno da violência contra a mulher (MACHADO, 2000). O tema é importante e deve ser objeto de futuras incursões, conforme sugere o material empírico. O intuito central desse artigo é, neste momento, compreender como os atores acionados pelo arranjo institucional reagem e atuam diante dos relatos dos acusados da prática de crimes contra as mulheres. O diálogo transcrito da audiência 295 demonstra um desses casos:

> "Juiz: *o senhor já respondeu por algum crime?*
>
> Autuado: *não senhor*.
>
> Juiz: *você nunca respondeu por nenhum crime? Você esteve aqui no NAC no dia 13 de junho do ano passado, o senhor tem algumas passagens por violência doméstica, para não dizer várias né*. Se o senhor quiser pode ficar calado. No momento da abordagem o senhor foi agredido? [grifos nossos]
>
> Autuado: não." (informação verbal) (FORMULÁRIOS, 2019, p. 21).

A transcrição não nos parece uma falha na compreensão do autuado durante a audiência. Há outras evidências de que os agressores não representam a prática de violência doméstica como conduta criminosa, razão pela qual transcrevemos diálogos ocorridos na audiência de custódia 15, cuja vítima havia sido ameaçada de morte com arma de fogo pelo marido, reincidente em crimes dessa espécie. Em audiência de 15 minutos, a defesa havia justificado o pedido de liberdade sob o argumento de que a prisão somente persistia pela falta de condições financeiras de pagar o valor de R$ 1.000,00 arbitrado como fiança. Para a Defesa, a carência financeira do custodiado seria a causa da privação da liberdade.

O magistrado analisou a periculosidade concreta do fato e entendeu que a mulher estava exposta a uma situação de risco que justificava a decretação da prisão preventiva do marido. De fato, o caso foi submetido à análise judicial porque a fiança não havia sido paga. Caso tivesse sido efetuado o pagamento do referido valor, a pessoa não estaria mais detida. A facilidade de concessão da liberdade provisória mediante o pagamento de fiança em crimes praticados no contexto de violência doméstica é um ponto que merece reflexão. A audiência teve início com perguntas sobre o perfil socioeconômico do custodiado, seguidas dos diálogos abaixo:

> "Juiz: o senhor já foi preso ou processado antes?
>
> Autuado: *só por Maria da Penha. Estou respondendo*. [grifos nossos]
>
> Juiz: o senhor já está assinando?
>
> Autuado: já.
>
> Juiz: entendi. O senhor antes de vir aqui conversou com a Defensoria, né? Foi orientado direitinho?
>
> Autuado: sim." (Informação verbal) (FORMULÁRIOS, 2019, p. 21).

Ao ser perguntado pelo juiz se já foi "preso ou processado antes", o autuado responde "*só* por Maria da Penha". A palavra *só*, nesse contexto, sugere que os crimes tipificados na LMP, na forma como é representada pelo autuado, revelaria gravidade inferior aos crimes comuns. Responder por crimes previstos nessa lei não seria tão grave quanto responder por outros delitos. A palavra *só* nos sugere a cultura patriarcal que envolve as práticas dessas violências. Destaca-se ainda o fato de o autuado teria descumprido medida protetiva determinada pela prática de crime anterior no contexto doméstico contra a mesma vítima.

O custodiado relata ainda que pensou em perguntar se havia dinheiro para pagar a sua fiança à mesma mulher agredida por ele e em relação a quem foi determinado seu afastamento. O agressor também estava proibido de manter contato com a vítima, mas ele desconsidera, descumpre a medida e relata em audiência com naturalidade a intenção de fazer contato:

> "Juiz: o senhor disse que teve uma medida protetiva anterior. O senhor está assinando ainda?
>
> Autuado: tô.
>
> Juiz: o Ministério Público tem perguntas?
>
> MP: não.
>
> Juiz: a Defensoria?
>
> Defensoria: já teve audiência dessa medida protetiva que o senhor está assinando?
>
> Autuado: não. Estou só assinando todo mês.
>
> Juiz: está assinando aonde?
>
> Autuado: em Planaltina, desde 2018.
>
> Juiz: *a medida protetiva era de não se aproximar?*
>
> Autuado: *sim.*
>
> Juiz: *o senhor quebrou a medida protetiva?*

> Autuado: *não. A gente conversa por telefone quando ela me pede dinheiro para pagar as coisas*. [grifos nossos]
>
> Juiz: tá, mas a gente vai se basear nas alegações dos condutores (do flagrante). Por aqui, as medidas que foram decretadas foram afastamento do lar, proibição de aproximação de 200 metros, proibição de contato. *Foi proibido até contato*." (Informação verbal) (FORMULÁRIOS, 2019, p. 21).

Nesse caso, a vítima havia se recusado a representar contra o autor. Em relação à medida protetiva anteriormente fixada em razão de fato praticado pelo autuado, a Defesa argumentou que ele não teria descumprido medida protetiva anteriormente determinada, mas o descumprimento da medida havia sido confirmado pelo próprio autuado minutos antes na audiência.

> "Defensoria: Excelência, trata-se de prisão capitulada no artigo 14 da lei do desarmamento[9] onde a pena não é superior a 4 anos, oportunidade em que a autoridade policial fixou a fiança em R$ 1.000,00 cujo pagamento não teria ocorrido, haja vista o custodiado aqui presente. *O Boletim de Ocorrência menciona que a suposta vítima se recusou a assinar o termo de representação e também renunciou qualquer conduta* [grifos nossos]. E também Excelência, em sua manifestação na delegacia não consta qualquer (sic) descumprimento à medida de proibição de aproximação de 200 metros, entendendo que a autoridade policial que entrou em contato tanto com o custodiado quanto com a vítima e terceiros teve a melhor oportunidade de avaliar o possível descumprimento, o que não se menciona em nenhum momento no auto de prisão. Nesse tocante Excelência, trata-se de auto de prisão em flagrante pelo artigo 14 onde o custodiado hoje conta com 39 anos e nunca foi preso em relação a qualquer tipo de crime. Entende-se que tal conduta não se enquadra na Lei Maria da Penha, e entende-se que há impossibilidade da prisão. Nesse tocante, a defesa requer a liberdade provisória do custodiado sem arbitramento de fiança, haja vista que o motivo da prisão do custodiado diz respeito apenas a valores." (Informação verbal) (FORMULÁRIOS, 2019, p. 21).

Chama a atenção o fato de que o autuado, ao ser questionado pelo juiz se "quebrou a medida protetiva" anteriormente fixada, respondeu que "não. A gente conversa por telefone quando ela me pede dinheiro para pagar as coisas".

Atento a essa narrativa do custodiado, o juiz constou em sua decisão que o autuado "vinha fazendo contato com a vítima sem qualquer notificação ao juízo para que as medidas protetivas fossem revogadas". A narrativa na audiência de custódia foi determinante para o magistrado afastar a alegação da Defesa e considerar que o autuado havia descumprido de fato a medida aplicada.

9. O fato foi tipificado como porte ilegal de arma de fogo no contexto de violência doméstica.

> "Juiz: há narrativa de que se estava com uma arma com o objetivo de fazer grave mal a sua esposa, sobre quem anteriormente já havia medida protetiva determinando a proibição de aproximação, de contato com a própria vítima e testemunha por quaisquer meios. *No entanto, nessa assentada o custodiado afirmou que já vinha fazendo contato com a vítima sem qualquer notificação ao juízo para que as medidas protetivas fossem revogadas* [grifos nossos]. Diante disso, nada obstante não tenha em nenhum momento afirmado o descumprimento de medida protetiva e a própria suposta vítima tenha renunciado ao direito de representação pela ameaça, verifica-se que no contexto de violência doméstica, como é o caso dos autos, há obrigação do Estado intervir para dar guarida para as pessoas que estão em situação de risco e no caso maior proteção à mulher, notadamente quando se encontra em situação de risco e malgrado lhe venha a ser mal impingido. É caso de custódia cautelar, seja pelo descumprimento da medida protetiva, conforme a natureza do artigo 41-A da Lei 11.340/06 a qual dispensa a formalidade do prazo mínimo de imposição de pena, seja pela periculosidade concreta decorrente do artigo 14 da Lei 10.826/03. Diante disso, eu converto a prisão em flagrante em prisão preventiva e determino o retorno do custodiado ao Centro de Detenção." (informação verbal) (FORMULÁRIOS, 2019, p. 21).

O campo evidencia que as violências domésticas vitimizam mães, irmãs, esposas e filhas. Nos diálogos ocorridos na audiência 16, transcritos a seguir, o agressor narra que machucou a mão ao dar um murro na irmã. Ele foi apresentado à audiência de custódia porque não teve dinheiro para pagar a fiança arbitrada em R$ 1.000,00 e, ao final, foi dispensado de pagar o valor e posto em liberdade. A audiência se iniciou com perguntas do juiz sobre o perfil socioeconômico:

> "Juiz: *o senhor tá machucado?*
>
> Autuado: *só a mão que eu cortei*
>
> Juiz: *quando deu o murro?*
>
> Autuado: *sim senhor*
>
> [...]
>
> Juiz: a Defesa tem perguntas?
>
> Defesa: *sobre a fiança arbitrada no valor de R$ 1.000,00, tem condições de arcar?*
>
> Autuado: *não tenho*
>
> Defesa: sem mais Excelência
>
> [...]
>
> Juiz: como o custodiado informou a possibilidade de estar residindo na residência de sua mãe e o imóvel onde reside não é de sua propriedade, mas de seus pais, é possível a concessão de medidas protetivas, razão pela qual eu as defiro para determinar o afastamento do lar e a proibição de aproximação da ofendida e seus demais

> familiares, desde que não sejam familiares próximos do ora custodiado, irmãos pais entre outros. No que toca os parentes exclusivos da vítima será proibido qualquer contato. Diante disso, eu *determino a concessão de liberdade provisória sem fixação de fiança e determino a aplicação de medidas protetivas de urgência* [grifos nossos], a saber, o afastamento do lar e a proibição de aproximação e de contato. Além disso, serão fixadas medidas cautelares diversas da prisão: você vai ter que comparecer a todos os atos do processo, não pode se ausentar ou se mudar ou se ausentar do DF sem comunicar o juízo. O novo endereço deve ser comunicado ao juízo nos próximos 8 dias. Em relação à mudança de endereço, o juízo vai autorizar." (informação verbal) (FORMULÁRIOS, 2019, p. 21).

Na audiência de custódia 16, o juiz determinou a "aplicação de medidas protetivas de urgência, a saber, o afastamento do lar e a proibição de aproximação e de contato". O magistrado não determinou nesse caso, mas a utilização de tornozeleira eletrônica pelo autuado é medida bastante utilizada pelos juízes do NAC/DF (FORMULÁRIOS, 2019, p. 21). O artigo 310 do CPP passou a prever o prazo de 24 horas para a realização das audiências de custódia, a contar da detenção do acusado, sob pena de ilegalidade da prisão, caso nesse prazo a audiência não seja realizada sem motivação idônea (BRASIL, 2019a). A possibilidade de apreciação judicial dos fatos em curto espaço de tempo possibilita intervenção judicial mais adequada às necessidades de cada caso concreto. Esse momento pode também ser oportuno para a atuação da rede assistencial. O atendimento às vítimas e autores pode gerar material valioso à compreensão do problema e possibilitaria o aperfeiçoamento das políticas públicas de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Durante a pesquisa de campo vigorava o Formulário Nacional de Avaliação de Risco em Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (FRIDA) (ORIENTAÇÕES..., 2019), que poderia constituir valiosa ferramenta ao enfrentamento desse grave problema social. O formulário, proposto pelo CNMP, concebido cientificamente e amparado em modelos internacionais, pode contribuir para a redução da repetição de atos violentos contra as mulheres. O documento foi concebido para trazer a mulher ao centro das decisões como estratégia de fortalecimento para a saída da situação de violência em que se encontra.

O FRIDA foi idealizado para indicar, com base nas respostas dadas às perguntas do formulário, de forma objetiva, o grau de risco em que a mulher vítima de violência em ambiente doméstico está exposta. A iniciativa pretende reduzir a probabilidade de ocorrência ou repetição de atos violentos contra mulher no ambiente doméstico. No entanto, durante a pesquisa, não presenciamos menção ao FRIDA nas audiências de apresentação de autuados por crimes praticados no contexto de violência doméstica. Os operadores jurídicos silenciaram em relação a esse ponto.

5. O MONITORAMENTO ELETRÔNICO COMO MEDIDA DE PROTEÇÃO ÀS VÍTIMAS

O monitoramento eletrônico foi utilizado de forma recorrente pelos juízes lotados[10] do NAC/DF, sobretudo nos crimes praticados no contexto de violência doméstica. O início efetivo do uso dessa medida se deu no dia 13 de julho de 2007 na Paraíba. Pela primeira vez no Brasil, como parte do projeto "Liberdade Vigiada, Sociedade Protegida", o sistema foi testado em cinco presos condenados ao regime fechado na cidade de Guarabira (ISIDRO, 2009).

Em 2010 foi sancionada a Lei 12.258, que alterou a Lei de Execução Penal (LEP) e contemplou a possibilidade de aplicação de monitoramento em caso de saída temporária de preso que estivesse em regime semiaberto e no cumprimento domiciliar. A Lei ainda instrui acerca dos deveres e dos cuidados que o condenado deveria adotar com o equipamento eletrônico, além da previsão de possibilidades de revogação da medida (BRASIL, 2010).

No ano seguinte, a previsão do monitoramento eletrônico foi inserida pela primeira vez no Código de Processo Penal (CPP). Com o objetivo de reduzir o alto índice de presos provisórios no Brasil, a Lei 12.403(BRASIL, 2011) admitiu a possibilidade de monitoramento eletrônico também como medida cautelar diversa da prisão. O monitoramento, que antes ficava restrito à fase de execução penal, passou a ter utilização em pessoas detidas ainda no curso do inquérito policial e em acusados durante o processo judicial.[11]

Em 2017, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) do DEPEN publicou a Resolução 5, dispondo sobre a política de implantação de monitoração eletrônica e disciplinando a utilização do equipamento no âmbito de medidas protetivas de urgência, procedimentos investigatórios, processo penal de conhecimento e de execução penal (BRASIL, 2017c). A Resolução do CNPCP trata do caráter sigiloso das informações atinentes à pessoa monitorada e estabelece princípios que regem a monitoração, em especial os que garantem a intervenção penal mínima em face do caráter excepcional da medida. Ainda, faz alusão aos aspectos conceituais sobre área de exclusão e área de inclusão e destaca procedimentos que se sucedem ao descumprimento da decisão concessiva de monitoração (BRASIL, 2017c).

No âmbito do Distrito Federal, a Portaria do Gabinete da Corregedoria do TJDFT 141/2017 (BRASIL, 2017a) regulamenta a aplicação do Programa de Monitoração Eletrônica de Pessoas no âmbito do primeiro grau de jurisdição. O artigo 2º, § 3º, da Portaria estabelece que a concessão de monitoração eletrônica como providência cautelar diversa da prisão é medida excepcional, recomendada quando não se mostrar adequada ou suficiente a aplicação, de forma isolada ou cumulada, das demais medidas alternativas

10. Referimo-nos a juízes lotados em relação aos designados para atuarem no NAC/DF. Juízes plantonistas aos que atuam nos feriados e nos finais de semana.

11. Nos termos do art. 319 do CPP, "são medidas cautelares diversas da prisão: [...] IX – monitoração eletrônica" (BRASIL, 1941).

diversas da prisão, previstas no artigo 319 do CPP. O mesmo dispositivo da Portaria prevê que o monitoramento eletrônico deve ser evitado em pessoas portadoras de transtornos mentais, em situação de rua e em uso excessivo de álcool ou de outras drogas.

A possibilidade de monitoramento por meio de tornozeleiras eletrônicas pode impactar o número de prisões preventivas. No NAC/DF há o Centro de Monitoramento Eletrônico (CIME), local onde os equipamentos são instalados. No início da pesquisa, o CIME funcionava somente em dias úteis, não havendo possibilidade de instalação aos finais de semana, fator que poderia contribuir para aumentar a quantidade de prisões preventivas nos finais de semana. No entanto, ao final da pesquisa, os números revelaram que não houve diferença significativa entre o número de prisões decretadas entre juízes fixos e plantonistas, apesar de as tornozeleiras eletrônicas passarem a ser alternativa de decisão para os juízes plantonistas do NAC/DF.

A pesquisa de campo acompanhou 209 audiências presididas por juízes plantonistas aos sábados, domingos e feriados, quando foram apresentados 240 presos, dos quais 83 (34,5%) tiveram a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. Em dias úteis, nas 491 audiências presididas por juízes fixos do NAC/DF foram apresentados 554 custodiados. Desse total, 178 (32%) tiveram a prisão em flagrante convertida em prisão preventiva. A variação percentual foi de 3%. Os juízes plantonistas prenderam 3% a mais em comparação aos juízes fixos. Portanto, a ausência de funcionamento do CIME no início da pesquisa não impactou significativamente o número de prisões decretadas nos finais de semana.

Para ilustrar práticas sobre a determinação do uso de tornozeleira eletrônica, transcrevemos o diálogo a seguir, ocorrido em audiência de custódia em que o magistrado determinou o monitoramento eletrônico:

> "Defesa: supostamente o autuado teria ameaçado com uma faca. Acrescente-se, ainda, que as passagens do autuado são por crimes patrimoniais e são todas antigas, de 2008 para trás, sem violência ou grave ameaça, e um porte ilegal de arma de fogo de 2005. Assim entendo que liberdade é a medida mais adequada que pode ser por monitoração eletrônica.
>
> Juiz: a medida seria a monitoração eletrônica. Mas como eu vou determinar a monitoração eletrônica com o telefone de sua esposa. Como eu vou colocar o telefone dela se você está cumprindo medida protetiva e não pode se aproximar dela? Complicado, né?
>
> Autuado: não pode ser no (telefone) da minha tia, não?
>
> Juiz: não. Tem que ser no seu. Você tem telefone?
>
> Autuado: não
>
> Juiz: então vai ficar preso.
>
> Autuado: senhora, eu faço qualquer outra coisa. Me ajuda por favor.
>
> Juiz: que telefone o senhor vai arrumar?

> Autuado: eu dou o telefone da minha tia.
>
> Juiz: qual o telefone da sua tia? Então você vai ser monitorado. Se for ficar preso, o telefone aparece rapidinho.
>
> Autuado: eu faço qualquer coisa pra ficar com minha liberdade." (informação verbal) (FORMULÁRIOS, 2019, p. 22).

A pesquisa de campo no NAC/DF evidenciou o uso recorrente do monitoramento eletrônico, apesar de a previsão normativa estabelecer a sua adoção como providência cautelar excepcional. A medida foi determinada para 62 (31%) dos 198 presos em flagrante por delitos praticados no contexto de violência doméstica. A reiteração de casos de atos violentos, de outro lado, sugere pouca efetividade dessa medida no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres, o que requer futuros estudos a fim de aprofundar qualitativamente as dinâmicas nos casos detectados.

6. CONCLUSÕES

No período de seis meses da pesquisa, constatamos que os crimes contra as mulheres foram os mais registrados na amostra. Nesse período, houve 198 autuações por delitos praticados nesse contexto, o que corresponde a 28,28%. Desde a implantação do Núcleo, em 2016, as mulheres representam cerca de 8% das pessoas apresentadas nas audiências de custódia no Distrito Federal.

O alto número de autuações por crimes contra as mulheres praticados no contexto doméstico não nos permite concluir pelo aumento do número de crimes, comparativamente a outros tipos penais. As notificações oficiais sugerem que as mulheres buscam o apoio das instituições envolvidas no enfrentamento à violência contra a mulher. A busca desse artigo foi entender os desdobramentos dessas notificações nas audiências de custódia.

As narrativas dos agressores nas audiências de custódia sugerem que os crimes previstos na LMP seriam de menor gravidade comparativamente aos crimes comuns. Segundo as narrativas, responder por crimes previstos nessa lei seria menos gravoso que responder por outros delitos, não sendo incomum o descumprimento das medidas protetivas determinadas judicialmente.

A pesquisa detectou a presença de autores multirreincidentes em delitos praticados no contexto de violência doméstica nas audiências de custódia no DF. Na amostra, 66 (33%) dos 198 detidos em flagrante por crimes praticados no contexto doméstico ostentavam passagens criminais por delitos praticados nesse contexto. Entre os reincidentes, 23 custodiados (12%) presos em flagrante delito por crimes praticados no contexto doméstico registravam ao menos duas condenações anteriores por crimes praticados nesse

contexto. Todos tiveram a prisão preventiva decretada na audiência de custódia e o histórico criminal foi utilizado para fundamentar a decisão.

A celeridade das audiências chamou a atenção. Em uma das audiências de custódia, com custodiado com 13 autuações anteriores por crimes contra mulheres, o tempo de duração foi de apenas quatro minutos. Por sua vez, a sequência reiterada de crimes nos sugere a inefetividade da política de enfrentamento adotada. Na 14ª autuação por violência doméstica e familiar contra a mulher, a prisão preventiva do custodiado foi decretada na audiência de custódia.

A média de prisões dos agressores de mulheres foi inferior à média geral de prisões desde a implantação do Núcleo. Enquanto de 2016 a 2019 a média geral de decretações de prisões preventivas no NAC/DF foi de 45,64%, somente 19% dos autores de crimes praticados em contexto doméstico contra as mulheres tiveram suas prisões preventivas decretadas. A imposição de medidas protetivas impacta a decretação de prisões preventivas. Em 2018 e em 2019 foram aplicadas aproximadamente 18% de medidas protetivas em relação ao total de pessoas apresentadas às audiências de custódia no Distrito Federal. Em 2017, o percentual foi de 10%. A proibição de manter contato com a vítima e a determinação ao autuado de informar ao juízo eventual mudança de endereço e a proibição de ausentar-se da comarca por mais de 30 dias foram as três medidas protetivas mais aplicadas na amostra pesquisada.

Os estudos que destacamos ao longo do texto certamente dialogam com nossa pesquisa, alguns deles diretamente (ÁVILA et al., 2020). Os arranjos institucionais idealizados para as audiências de custódia podem se constituir em janela de oportunidade para ações intersetoriais e integradas que permitam ampliar respostas estatais para o enfrentamento à violência contra a mulher. O que supõe a incorporação de protocolos e o engajamento dos atores envolvidos para agirem diante das violências contra a mulher.

7. Referências

AMARAL, Luana Bandeira de Mello et al. Violência doméstica e a Lei Maria da Penha: perfil das agressões sofridas por mulheres abrigadas em unidade social de proteção. *Estudos Feministas,* Florianópolis, v. 24, n. 2, maio-ago. 2016. Disponível em: [https://bit.ly/3kCUgdQ]. Acesso em: 27.10.2020.

ÁVILA, Thiago Pierobom de; MEDEIROS, Marcela Novais; CHAGAS, Cátia Betânia; VIEIRA, Elaine Novaes; MAGALHÃES, Thais Quezado Soares; PASSETO, Andrea Simoni de Zappa. Políticas públicas de prevenção ao feminicídio e interseccionalidades. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 375-407, 2020.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Articulação do trabalho em rede para a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar. Violência contra a mulher. Um olhar do Ministério Público. *Conselho Nacional do Ministério Público*.

Brasília: CNMP, 2018. Disponível em: [https://bit.ly/3gdd6GT]. Acesso em: 03.12.2020.

BALLART, Xavier. *Como evaluar programas y servicios públicos?* Aproximación sistemática y estudios de caso Madrid: Ministerio para las Administraciones Publicas, 1992. (Colección Estudios).

BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tânia Mara Campos. Vinte Anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio-ago. 2015. Disponível em: [https://bit.ly/2SUn1q6]. Acesso em: 23.07.2020.

BRAGAGNOLO, Regina Ingrid; LAGO, Mara Coelho de Souza; RIFIOTIS, Theophilos. Estudo dos modos de produção de justiça da Lei Maria da Penha em Santa Catarina. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio-ago. 2015. Disponível em: [https://bit.ly/376Eunz]. Acesso em: 23.07.2020.

CAMPOS, Carmen Hein de; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 14, n. 2, maio-ago. 2006. Disponível em: [https://bit.ly/2GWpvSt]. Acesso em: 20.10.2020.

CARNEIRO, Suelaine. Mulheres negras e violência doméstica: decodificando os números. In: PASINATO, Wânia; MACHADO, Bruno Amaral; ÁVILA, Pierobom Thiago de (Coord.). *Políticas Públicas de Prevenção à Violência contra a Mulher*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

CEDAW COMMITTEE. *General Recommendation No. 19 on Violence Against Women*. Genebra: The Observatory on the Universality of Rights, 1992. Disponível em: [https://bit.ly/2XWr8FO]. Acesso em: 09.03.2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Organização dos Estados Americanos. *Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, "Convenção de Belém do Pará"*. Belém, 09.06.1994. Disponível em: [https://bit.ly/3eVu6AZ]. Acesso em: 08.03.2020.

CRESPO, André Pereira. *Audiências de Custódia no Distrito Federal*: arranjos institucionais e prática no sistema de justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

DINIZ, Debora; GUMIERI, Sinara. Implementação de medidas protetivas da Lei Maria da Penha no Distrito Federal entre 2006 e 2012. In: PARESCHI, Ana Carolina Cambreses; ENGEL, Cíntia Liara; BAPTISTA, Gustavo Camilo (Org.). *Direitos humanos, grupos vulneráveis e segurança pública*. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.

ESTATÍSTICA. Violência doméstica e familiar contra a mulher. *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*. Distrito Federal, 2019. Disponível em: [https://bit.ly/2VzA2qs]. Acesso em: 03.12.2020.

FORMULÁRIOS de audiências. [Coletânea de transcrições de audiências do período de 10.04.2019 a 11.09.2019 no Núcleo de Audiência de Custódia do DF]. Brasília, 2019. Disponível em: [https://bit.ly/3nDqnLl]. Recurso eletrônico.

HANADA, Heloisa; D'OLIVEIRA, Ana Flávia Pires Lucas; SCHRAIBER, Lilia Blima. Os psicólogos na rede de assistência a mulheres em situação de violência. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 18, n. 1, jan.-abr. 2010. Disponível em: [https://bit.ly/2SWMI9B]. Acesso em: 15.10.2020.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5. ed. São Paulo: Positivo, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Atlas da Violência 2019*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: [https://bit.ly/2xCEwEs]. Acesso em: 12.01.2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *O Poder Judiciário no enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres*. Brasília: IPEA, 2019. Disponível em: [https://bit.ly/2L4j0Pb]. Acesso em: 03.12. 2020.

ISIDRO, Bruno César Azevedo. *Liberdade vigiada: sociedade protegida*, 2009. Disponível em: [https://bit.ly/3w0HA5k]. Acesso em: 27.06.2021.

ORIENTAÇÕES para o uso do Formulário de Avaliação de Risco FRIDA. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2019. Disponível em: [https://bit.ly/3nSUy1o]. Acesso em: 24.11.2020.

MACHADO, Lia Zanotta. *Perspectivas em Confronto*: relações de gênero ou patriarcado? Brasília: Departamento de Antropologia, Universidade de Brasília, 2000. Disponível em: [https://bit.ly/2JrZBa1]. Acesso em: 01.12.2020.

MORETTIN, Luiz Gonzaga. *Estatística Básica*: inferência. São Paulo: Pearson Makron Books, 2000. v. 2.

PARENTE, Eriza de Oliveira; NASCIMENTO, Rosana Oliveira do; VIEIRA, Luiza Jane Eyre de Souza. Enfrentamento da violência doméstica por um grupo de mulheres após a denúncia. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 17, n. 2, maio-ago. 2009. Disponível em: [https://bit.ly/3e0EO8C]. Acesso em: 27.10.2020.

PASINATO, Wânia. Oito anos de Lei Maria da Penha. Entre avanços, obstáculos e desafios. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio-ago. 2015. Disponível em: [https://bit.ly/2Ius5zB]. Acesso em: 15.10.2020.

PASINATO, Wânia; MACHADO, Bruno Amaral; ÁVILA, Thiago Pierobom de. *Políticas públicas de prevenção à violência contra a mulher*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

PITANGUY, Jacqueline; BARSTED, Leila Linhares. Violência contra as mulheres e homens autores de violência: os serviços de responsabilização. In: PASINATO, Wânia; MACHADO, Bruno Amaral; PIEROBOM, Thiago de Ávila (Coord.). *Políticas Públicas de Prevenção à Violência contra a Mulher*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

PORTELLA, Ana Paula. Para além da violência doméstica: o reconhecimento das situações de feminicídio como imperativo para a eficácia das políticas de prevenção. In: PASINATO, Wânia; MACHADO, Bruno Amaral; PIEROBOM,

Thiago de Ávila (Coord.). *Políticas Públicas de Prevenção à Violência contra a Mulher*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

RIO DE JANEIRO (estado). Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Diretoria de Estudos e Pesquisas de Acesso à Justiça. *Relatório*: um ano de audiência de custódia no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: DPRJ, 2016. Disponível em: [https://bit.ly/33CTiXc]. Acesso em: 21.03.2020.

SEGATO, Rita Laura. *Las estructuras elementales de la violencia.* Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos. Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SEVERI, Fabiana Cristina. *Enfrentamento à violência contra as mulheres e à domesticação da Lei Maria da Penha:* elementos do projeto jurídico feminista no Brasil. Tese (Livre Docência em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em: [https://bit.ly/2TAbeO6]. Acesso em: 28.10.2020.

STREY, Marlene Neves; JARDIM, Renata Teixeira. Avaliação e gestão de risco para mulheres em situação de violência doméstica e familiar: a experiência da rede de enfretamento à violência em Canoas/RS. In: PASINATO, Wânia; MACHADO, Bruno Amaral; PIEROBOM, Thiago de Ávila (Coord.). *Políticas Públicas de Prevenção à Violência contra a Mulher*. Brasília: Fundação Escola, 2019.

TAVARES, Márcia Santana. Roda de Conversa entre mulheres: denúncias sobre a lei Maria da Penha e descrença na justiça. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 23, n. 2, maio-ago. 2015. Disponível em: [https://bit.ly/33YQYeR]. Acesso em: 15.10.2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Estatísticas do Núcleo de Audiência de Custódia – *Ano de 2018*. Brasília, 2019a. Disponível em: [http://bit.ly/34sDBkP]. Acesso em: 04.11.2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Estatísticas do Núcleo de Audiência de Custódia – *Ano de 2019*. Brasília, 2020a. Disponível em: [https://bit.ly/3f2dqYi]. Acesso em: 04.11.2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Núcleo de Audiências de Custódia*. Brasília, 2020b. Disponível em: [https://bit.ly/2IEW9J5]. Acesso em: 04.11.2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Audiência de Custódia:* Relatório 2015-2016. Brasília: TJDFT, 2017. Disponível em: [https://bit.ly/2Kp5z8M]. Acesso em: 03.03.2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. *Relatório da Gestão 2016-2018*: Núcleo de Audiência de Custódia – NAC. Brasília: TJDFT, 2019b. Disponível em: [http://bit.ly/35JmThh]. Acesso em: 03.03.2020.

VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. "Pancada de amor não dói": a audiência de custódia e a visibilidade invertida da vítima nos casos de violência doméstica. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11,

n. 2, p. 1238-1274, 2020. Disponível em: [https://bit.ly/39e9V0m]. Acesso em: 24.11.2020.

Legislação

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Analítico Propositivo:* Justiça Pesquisa: Direitos e garantias fundamentais: Audiência de Custódia, Prisão Provisória e Medidas Cautelares: obstáculos institucionais e ideológicos à efetivação da liberdade como regra. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: [http://bit.ly/2YbN7ZX]. Acesso em: 16.07.2019.

BRASIL. *Decreto-Lei 3.689*, de 03.10.1941. Código de Processo Penal. Brasília: Presidência da República, 1941. Disponível em: [http://bit.ly/2YbEMBw]. Acesso em: 10.07.2019.

BRASIL. *Lei 9.099*, de 26.09.1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: [https://bit.ly/38DSbeo]. Acesso em: 20.10.2020.

BRASIL. *Lei 10.778*, de 24.11.2003. Estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados. Brasília, DF: Presidência da República, 2003. Disponível em: [https://bit.ly/356RaYA]. Acesso em: 11.02.2020.

BRASIL. *Lei 12.258*, de 15.06.2010. Altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e a Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para prever a possibilidade de utilização de equipamento de vigilância indireta pelo condenado nos casos em que especifica. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: [https://bit.ly/3eJtfmm]. Acesso em: 15.02.2020.

BRASIL. *Lei 12.403,* de 04.05.2011. Altera dispositivos do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: [https://bit.ly/3eNlvj0]. Acesso em: 02.02.2020.

BRASIL. *Lei 13.104*, de 09.03.2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: [https://bit.ly/2VUZmGY]. Acesso em: 14.11.2019.

BRASIL. *Lei 13.931,* de 10.12.2019. Altera a Lei 10.778, de 24 de novembro de 2003, para dispor sobre a notificação compulsória dos casos de suspeita de violência contra a mulher. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: [https://bit.ly/2Ks6WDJ]. Acesso em: 24.02.2020.

BRASIL. *Lei 13.984,* de 03.04.2020. Altera o art. 22 da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para estabelecer como medidas protetivas de urgência frequência do agressor a centro de educação e de reabilitação e acompanhamento psicossocial. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: [https://bit.ly/2VQ3Tuv]. Acesso em: 10.04.2020.

BRASIL. *Mensagem 495*, de 09.10.2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em: [https://bit.ly/2H9Cq3C]. Acesso em: 11.04.2020.

BRASIL. *Portaria CG 141*, de 13.09.2017. Regulamenta a aplicação do Programa de Monitoração Eletrônica de Pessoas no âmbito do primeiro grau de jurisdição da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Brasília, DF: TJDFT, 2017a. Disponível em: [https://bit.ly/3awhoVi]. Acesso em: 12.12.2019.

BRASIL. *Portaria Conjunta 70*, de 17.08.2017. Regulamenta os procedimentos relativos às audiências de custódia realizadas no âmbito do primeiro grau de jurisdição da Justiça do Distrito Federal. Brasília, DF: TJDFT, 2017b. Disponível em: [https://bit.ly/2yyjo1W]. Acesso em: 19.06.2019.

BRASIL. Presidência da República. *Lei 13.964*, de 24.12.2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: [https://bit.ly/3aKRbD8]. Acesso em: 15.02.2020.

BRASIL. *Resolução 5,* de 10.11.2017. Dispõe sobre a política de implantação de Monitoração Eletrônica e dá outras providências. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2017c. Disponível em: [https://bit.ly/3eMO3Jt]. Acesso em: 12.03.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Características e consequências da violência doméstica e familiar contra a mulher: necessidade de intervenção interdisciplinar, de Edson Luz Knippel – *RDM* 2/ (DTR\2019\35442);
- Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência, de Ana Lucia Sabadell e Lívia de Meira Lima Paiva – *RBCCrim* 153/173-206 (DTR\2019\23904);
- Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, de Thiago Pierobom de Ávila, Marcela Novais Medeiros, Cátia Betânia Chagas e Elaine Novaes Vieira – *RBCCrim* 180/297-328 (DTR\2021\8846);
- Feminicídio e as tensões de sua criminalização em processos judiciais no Distrito Federal, de Isadora Dourado Rocha – *RBCCrim* 152/465-498 (DTR\2019\95);
- 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 (DTR\2020\7971); e
- Uma crítica ao uso do sistema penal no enfrentamento da violência contra a mulher, de Sérgio Salomão Shecaira e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger – *RBCCrim* 161/309-329 (DTR\2019\40930).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2021\675914, JRP\2021\646425, JRP\2021\506068.

¿Qué es la selectividad penal?

What is criminal selectivity?

Valeria Vegh Weis
Alexander von Humboldt Postdoctoral Fellow, Freie Universität Berlin
Associate Researcher, Max Planck Institute for European Legal History
Adjunct Professor of Criminology, UNQUI/Lecturer, Buenos Aires University
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-4156-0840].
valeriaveghweis@derecho.uba.ar

Autora convidada

Áreas do Direito: Penal; Internacional; Fundamentos do Direito

Resumen: El artículo tiene como objetivo avanzar en la conceptualización y operacionalización de la noción de "selectividad penal" (Zaffaroni 2000, 2011, 2011b). La esperanza es que las herramientas resultantes puedan facilitar la identificación de los patrones de injusticia y la posterior transformación del funcionamiento desigual del sistema de justicia penal. Para ello, esta contribución explorará el marco de la noción de selectividad penal para luego describir cómo se manifiesta en las dos etapas del proceso de justicia penal, es decir, la criminalización primaria y secundaria. La "criminalización primaria" implica la promulgación de estatutos por los legisladores y el poder ejecutivo mientras la "criminalización secundaria" comprende la aplicación de la ley por parte de los agentes de policía; el proceso judicial por parte de fiscales, abogados defensores, jueces y jurados; y la administración del castigo por parte de oficiales penitenciarios o juntas de libertad condicional. Como resulta imposible abordar la totalidad de los comportamientos sociales negativos en estos diferentes niveles de criminalización, surge una pregunta concreta: ¿cuáles son

Abstract: The article is aimed at advancing in the conceptualization and operationalization of the notion of "criminal selectivity" (Zaffaroni 2000, 2011, 2011b). The hope is that the resulting tools might facilitate the identification of the unfairness patterns and the subsequent transformation of the criminal justice system unequal functioning. To do so, this contribution will explore the framework of the notion of criminal selectivity to later describe how it displays at the two stages of the criminal justice process, i.e., primary and secondary criminalization. On the one hand, "primary criminalization" involves the enactment of statutes by legislators and the executive power. On the other hand, "secondary criminalization" encompasses the enforcement of the law by police officers; the court process by prosecutors, defense lawyers, judges, and juries; and the administration of punishment by correctional officers or parole boards. As none of these instances can possibly hold all the possible negative social behaviors accountable, an inquiry arises: what are the criteria to criminalize some behaviors and not others? Digging into this

los criterios para criminalizar algunos comportamientos y no otros? Profundizando en esta cuestión, el artículo proporcionará cierta precisión conceptual en relación con los mecanismos a través de los cuales opera la selectividad penal. Se argumentará que este proceso de filtros funciona desestimando ciertos comportamientos y actores (infra-criminalización) y enfocándose en otros (sobre-criminalización) y que esta actitud diferente responde a motivos socioeconómicos más que al daño social involucrado. Finalmente, basándose en las herramientas conceptuales descritas, el artículo analiza el sistema de justicia penal en Argentina.

Palabras clave: Selectividad penal – Criminalización primaria – Criminalización secundaria – Infra-criminalización – Sobre-criminalización – Argentina.

question, the article will provide some conceptual precision in relation to the mechanisms through which criminal selectivity operates. It will be argued that this filtering process works disregarding some behaviors and actors (under-criminalization) and focusing on others (over-criminalization) and that this different attitude responds to socio-economic grounds rather than to the involved social harm. Finally, building upon the described conceptual tools, the article analyzes the criminal justice system in Argentina.

Keywords: Criminal selectivity – Primary criminalization – Secondary criminalization – Under-criminalization – Over-criminalization – Argentina.

Sumário: Introducción. El marco conceptual: ¿qué entendemos por cuestión criminal?. Ahora sí ¿qué sabemos sobre la selectividad penal? Antecedentes. Criminalización primaria. Criminalización secundaria ¿Como opera la selectividad penal?. Aplicando los conceptos a la realidad latinoamericana. Criminalización primaria: selectividad penal a nivel de la ley penal. Criminalización secundaria: selectividad penal a nivel policial. Criminalización secundaria: selectividad penal a nivel judicial. Criminalización secundaria: selectividad penal en la administración del castigo. Reflexiones finales. Referencias bibliográficas.

Introducción

¡No tires! grita el joven ya baleado en el piso en alguna esquina de la Argentina. El policía tira igual. El joven muere. Años después, el video se hace viral al tiempo que la Ministra de Seguridad argentina de turno asciende al policía. Doctrina Chocobar – tirar ante la duda - pasa a ser más que una anécdota (Murano 2018). Se vuelve parte de la reglamentación policial. Un expresidente es acusado de hechos de corrupción exuberantes, incluido el tráfico de armas. Solo pasa una breve temporada detenido y lo hace en una casa quinta con jardines y pileta de natación (La Nación 2001). Estos no son hechos aislados. El sistema penal es injusto en todos lados y particularmente en nuestra lastimada Latinoamérica. A esta injusticia se la llama "selectividad penal" y este capítulo se propone ahondar un poco más en ella.

Gracias a los aportes académicos de grandes referentes del derecho penal y la criminología latinoamericana, particularmente de Raúl Zaffaroni (2000, 2011, 2011b),

contamos con el concepto de selectividad penal para mejor comprender como funciona esta injusticia tan propia del sistema penal.

Sin embargo, aún carecemos de una definición clara que nos sirva como herramienta de análisis para describir y clasificar las desigualdades a lo largo de todo el proceso de justicia penal. En otras palabras, nos queda pendiente el desafío de encontrar una definición que explique claramente qué es la selectividad penal.

A ello se agrega que si bien existen trabajos que abordan la selectividad en distintos momentos del proceso penal - es decir, al momento de la sanción de leyes, en el desempeño de las agencias de seguridad, en las acciones de jueces, jurados y fiscales, y en la ejecución penal - aún carecemos de una análisis completo que pueda ofrecernos herramientas conceptuales para analizar el patrón sistemático que marca la selectividad en cada una de las etapas del proceso de justicia penal en su conjunto.

Finalmente, hay una falta de precisión conceptual sobre los mecanismos a través de los cuales opera la selectividad en cada una de esas instancias. Pongamos un ejemplo: sabemos que las leyes penales no criminalizan todas las conductas negativas sino solo algunas, pero ¿cuál es el criterio para criminalizar unas y no otras? ¿cómo opera la selectividad penal a nivel de la sanción de leyes penales? ¿Existen herramientas conceptuales que puedan ayudarnos a identificar un patrón común a través del cual opera la selectividad en esta etapa (y en otras)?

En esta línea, el objetivo de este estudio es superar estas brechas y ofrecer herramientas que puedan servir como categorías analíticas para entender, describir y analizar con precisión qué es y cómo actúa la selectividad penal. La convicción es que las categorías que se desarrollan en este trabajo ayudarán a evitar ambigüedades y a facilitar las discusiones necesarias para lograr una política criminal mejor y menos selectiva.

El marco conceptual: ¿qué entendemos por cuestión criminal?

¿En dónde se encuadra la selectividad penal? La selectividad penal es una característica central de lo que podemos llamar la *cuestión criminal*. Esta noción nos permite situar históricamente la selectividad penal en función del par *conflicto- control* y desentrañar la lógica de funcionamiento de los sistemas penales sin caer en el automatismo entre delito y pena, es decir, en la creencia de que la pena es la respuesta inevitable y lógica que le sigue al delito.

La noción de *cuestión criminal* adquirió especial aceptación a partir de la publicación de la revista italiana *La questione criminale* editada durante los años sesenta en la Escuela de Bologna. Hoy podemos definirla cómo *la complejidad del par conflicto- control en el espacio de la punición estatal propia del capitalismo*. Nos referimos a un "par" en vista de la relación de condicionalidad recíproca entre ambos ejes – conflicto y control - (BARATTA, 1986: 227) que se encuentran desplegados sobre una base económica y en un marco macrosocial puntual, esto es, económico-socialmente condicionados. En palabras

más simples, para comprender cómo funciona la cuestión criminal tenemos que prestarle atención tanto al conflicto como al control que se aplica sobre aquél y tener claro que tanto el conflicto como el control no ocurren en el vacío sino en sociedades concretas con realidades socioeconómicas determinadas que van cambiando en el tiempo.

Indagando al interior del par *conflicto/control*, vemos que el *conflicto* es doble: abarca al *conflicto social* y al *conflicto penal*. Pensamos al *conflicto social* como la coyuntura económico-social problemática (incluyendo aquí aristas culturales, e incluso étnicas y religiosas) en el que el *conflicto penal* se enmarca y del que forma parte. Veamos un ejemplo. En la Europa occidental contemporánea los *conflictos sociales* con mayor repercusión tienen que ver con la inmigración, lo que involucra discusiones sobre religión (mundo católico y musulmán), conflictos étnicos (poblaciones negras y blancas) y de clase (los europeos con un nivel de vida garantizado y los inmigrantes huyendo de conflictos armados, persecuciones y falta de recursos). A su vez, los *conflictos penales* que más atención ocupan están íntimamente vinculados con ese marco de conflicto social: la criminalización de la inmigración, el pánico moral frente al terrorismo, la criminalización de la venta callejera, etcétera. En fin, cada sociedad presenta en cada momento histórico determinados conflictos sociales que van a estar necesariamente ligados a los conflictos penales de ese tiempo y lugar. ¿Más en concreto? Los delitos (o, mejor dicho, las conductas criminalizadas) no son las mismas siempre y en todos lados porque no surgen en el vacío sino en un contexto social determinado.

Por su parte, el *conflicto penal* propiamente dicho incluye los comportamientos socialmente negativos (BARATTA, 1986) o los hechos que producen daño social (SCHWENDINGER y SCHWENDINGER, 1970). Siguiendo a Baratta, los comportamientos socialmente negativos son aquellos "comportamientos lesivos de intereses merecedores de tutela [que se definen] en relación con las más significativas necesidades individuales y colectivas" (1986: 99). El carácter socialmente negativo del conflicto responde al hecho de que contrasta "con necesidades e intereses importantes de los individuos o de la comunidad, con base en criterios de valoración tenidos por válidos" (*id.* 99, n 28). El *conflicto penal* remite entonces a un sustrato fáctico conflictivo y socialmente relevante, sin necesidad de que se encuentre receptado como una realidad inequívoca y/o tipificado penalmente en las leyes penales existentes. Por su parte, siguiendo a los esposos Schwendinger, la noción de *conflicto penal* nos invita a problematizar qué es lo que concebimos ordinariamente como "criminal" y a evaluar "la posibilidad de que existan prácticas de quienes ejercen el poder que resultan gravemente perjudiciales para la mayor parte de la humanidad y que no están definidas ni sancionadas por leyes civiles ni penales, como por ejemplo el genocidio y la explotación económica" (1970: 168/9). Se preguntan entonces: "¿Cómo se explica la extrema selectividad que se manifiesta en la polémica sobre la definición del crimen? ¿Por qué no ha habido un solo sociólogo norteamericano que propusiera que estas definiciones del delito [en referencia a las catalogadas en los códigos penales] no son las únicas posibles? (ib.). Estos aportes fueron retomados más recientemente por la zemiología que propone reemplazar la noción de "crimen" por la más

amplia de "daño social" para abarcar aquellos eventos y condiciones que afectan a las personas durante su curso vital (HILLYARD y TOMBS, 2013).

En fin, el delito se limita a lo criminalizado en los códigos penales y leyes especiales siguiendo los intereses que dominan en una sociedad determinada. Así es mas probable que en una Europa blanca y rica sea delito ingresar sin papeles que negar comida a un necesitado. Por el contrario, el concepto de *conflicto penal* es más amplio y refiere a las conductas que realmente implican mayor daño a la humanidad toda y particularmente a los más vulnerables. El *conflicto penal* es entonces un sustrato fáctico conflictivo que debe ser visto desde el interés de las clases subalternas (BARATTA, 1986) que representan a la mayor parte de la humanidad (SCHWENDINGER y SCHWENDINGER, 1975) y que comprenden a la clase trabajadora en sentido amplio, esto es, a todo aquel y aquella que precise vender su fuerza de trabajo para vivir, sin perjuicio de que pueda o no hacerlo efectivamente, es decir, contemplando a la clase trabajadora ocupada y desocupada en su conjunto (cfr. MARX, 1867: 517 y ss.).

El segundo elemento del par *conflicto- control* abarca el *control social* y el *control penal*. Hay una gran discusión sobre el concepto de *control social*. Los primeros que lo usaron fueron Spencer (1879) y Ross (1896) (ANITUA, 2005). Décadas más tarde, el estructural-funcionalismo entendió al derecho como principal instancia de control social. La discusión se fue ampliando y por los múltiples usos que se hicieron del término, Cohen lo definió como "un concepto Mickey Mouse", es decir que se ha usado para caracterizar "todos los procesos sociales que inducen a la conformidad, desde la socialización infantil hasta la ejecución pública" (1985: 5), o sea, para casi todo al punto que no sabemos ni que es. Van Swaaningen sigue en esa línea y dice que el control social parece ser "una conspiración orwelliana del Estado y sus cómplices es demasiado negativa y […] no refleja las formas de control social actualmente fragmentadas y en parte privatizadas a nivel nacional" (1997: 38). En contraposición a este uso laxo e indefinido, Cohen propone entender al *control social* como "los modos organizados en que la sociedad responde al comportamiento y a la gente a la que considera desviada, problemática, preocupante, amenazante, conflictiva o indeseable de una forma u otra" (1985:1). En el ámbito criminológico latinoamericano, Bergalli (2012) lo define como "aquellos mecanismos de transmisión e imposición de valores y modelos de comportamientos tendientes a la cohesión o expresión de una aptitud organizadora de los grupos, pero siempre desde una posición coronadora de poder, cuando el desviado se comportara como tal, y no siempre ejercidas desde el ámbito estatal". Por su parte, Pavarini propone dividirlo en "control social formal" que "es el aplicado principal o subsidiariamente por las agencias institucionalmente delegadas a la disciplina social de conductas sociales, definidas como merecedoras de control social por medio de procedimientos y formas de intervención formalizados" (1980: 109). Para el pensador italiano, "todo lo que no entre en esa noción es control social informal" (ib.) y "ambas crecen conjuntamente y no unas reemplazan a otras" (ib.: 112). Por último, Melossi (1990) distingue entre "control social de acción" -en referencia a la internalización de los valores vigentes- y "control social de la reacción"

que reprime las conductas que contrarían en orden establecido. Éste último se divide a su vez en "control social informal o difuso" (familia, grupos religiosos, medios de comunicación, trabajo, escuela, club deportivo) por no pertenecer a la esfera gubernamental y abordar normas sociales, y "control social formal o institucionalizado" que está conformado por las instituciones estatales no punitivas (ministerios y agencias gubernamentales) y las punitivas (agencias de criminalización). En esta línea, Melossi diferencia "el control social activo, aquel que produce un comportamiento, y el control social reactivo, es decir, la manera del comportamiento inhibidor de la censura y señala que "la forma de control social que se desarrolló dentro de las sociedades que se caracterizaron por el uso generalizado del concepto de Estado, fue la de control reactivo" (ib.: 17).

Bueno, como se puede observar, la discusión es compleja. Por lo pronto, podemos entender al *control social* como conformado por el *control penal* y los aparatos ideológicos del Estado (ALTHUSSER, 1968). Estos son mecanismos extra punitivos –estatales y privados que incluyen el trabajo, los medios de comunicación de los cuales forma parte la llamada criminología mediática (Zaffaroni 2011), las restantes áreas del derecho por fuera del *control penal*, la religión, la reacción social, la familia y la escuela. El *control social* se despliega sobre el *conflicto social* y precisa ser analizado, como venimos insistiendo, considerando al sistema económico-social en que se despliega. En breve, el control social es bastante omnipresente y viene de la mano del sistema penal (el control penal) pero también de la familia, la iglesia y hasta los amigos y amigas que nos condicionan a comportarnos de un modo u otro seamos o no conscientes de ello.

Finalmente, el *control penal* es el ejercicio estatal de coacción orientado específicamente al tratamiento del *conflicto penal* y que se despliega, selectividad penal mediante, a través de los mecanismos de *infra-criminalización* y *sobre-criminalización*, cimentados, a su vez, en los mecanismos de *criminalización primaria* y *criminalización secundaria*. Es decir que el *control penal* se circunscribe al ámbito penal (aunque sus efectos lo exceden) y constituye la reacción estatal ante el *conflicto penal*.

En suma, el entender la cuestión criminal a partir del par *conflicto- control* permite proponer una lectura criminológico-política del fenómeno criminal y no limitar la problemática a uno de los dos polos, ni descuidar que se trata de un par dialéctico en el marco de la totalidad social. Esta totalidad es analizada desde el marxismo a través de la noción clave de "modo de producción" y del convencimiento de que en cada modo de producción el desarrollo de las fuerzas productivas se corresponde con un tipo de relaciones sociales, que constituyen la estructura social. Esta última se encuentra en relación con una superestructura, condicionada por aquélla, y compuesta por las instituciones políticas, sociales, culturales, jurídicas, la lucha de clases, las acciones político-sociales de los sujetos, la vida cotidiana y otras, que a su vez la moldean. Todo esto implica alejarnos de aquellos que piensan que, desde el marxismo, todo lo que no es economía es un reflejo de ésta y, por el contrario, comprender al marxismo como un espacio de diálogo abierto entre estructura y superestructura. ¡Esta era justamente la posición de Marx y Engels! Así lo evidencia una anécdota de Rappoport cuando comenta que al consultar a Engels

por la relación entre estructura y superestructura, y si la relación entre ambas es estática o dinámica, éste se acercó a su enorme biblioteca y le entregó un ejemplar de *Física* de Kirchhoff y le mostró un pasaje donde se indicaba que la estática se estudia como un fenómeno límite de la dinámica (ENZENSBERGER, 1974: 490), o sea, todo -incluso la estática – es movimiento.

Siguiendo los conceptos de "hegemonía" y "bloque histórico" de Gramsci (1948; 1949), "sobredeterminación" de Althusser (1965) y "autonomía relativa" de Poulantzas (1969), se comprende aun más claramente que la estructura condiciona (y no determina) la superestructura. A la vez, la superestructura posee una capacidad autónoma para influir en los procesos materiales, generando un diálogo permanente. Gramsci entiende por "bloque histórico" a la "unidad entre la naturaleza y el espíritu (estructura y superestructura), unidad de los contrarios y de los distintos" (1949: 18). Es decir que, para el pensador italiano, la estructura y la superestructura forman un "bloque histórico" que se integra no sólo con la ideología dominante, sino que es un "sistema totalitario de ideologías" que refleja racionalmente las contradicciones de la estructura (1948: 86). Althusser (1965) utiliza el concepto de "contradicción sobredeterminada" para explicar que existe un condicionamiento económico ulterior, pero que siempre se encuentra sobredeterminado por la complejidad superestructural. Poulantzas (1969) utiliza, por su parte, el concepto de "autonomía relativa" para referir a la necesidad de estudiar los condicionamientos materiales del derecho moderno, a la vez que analizar y articular la funcionalidad racional-instrumental de seguridad jurídica que requiere una sociedad de mercado y que se manifiesta a través de un complejo normativo sistémico. Se trata de descubrir las mediaciones entre base y superestructura respetando su especificidad. Siguiendo a estos autores, las instancias superestructurales, entre ellas, el derecho, pueden ser estudiadas, analizadas y modificadas de manera puntual y específica, dada su independencia relativa respecto de la base económica. Ello, claro está, sin olvidarnos que el derecho no vive en una burbuja y que esta estrictamente relacionado y condicionado por lo que pasa en la economía y la sociedad.

En fin, analizar el par *conflicto-control* desde una concepción marxista crítica implica alejarnos de análisis funcionalistas simplificados y que sólo convalidan dogmas ya previstos. Es decir que nos invita a alejarnos de aquellos que afirmen, con una simplificación que no es seria, que el *conflicto penal* es funcional al sistema capitalista porque habilita el *control penal* y el *control social* para asegurar la docilidad de la fuerza de trabajo siempre y en todos los tiempos. Ya vimos que nada es valido para todos los lugares y todos los tiempos. Asi es que si bien el *conflicto penal* (y con él, las actividades de *control penal*) son necesarias para el sistema capitalista en su conjunto, dialécticamente, en su forma específica generan contradicciones. ¡De lo contrario ni deberíamos perder el tiempo en tratar de reducir el delito! Es que la inseguridad también afecta al capital, a la vez que demanda gastos para su protección. Además, hay intereses contrapuestos entre los mismos sectores dominantes y entre éstos y las clases trabajadoras. Por ello, en algunas coyunturas,

determinadas porciones del delito pueden ser deliberadamente permitidas, mientras que en otras se habilita el ejercicio de poder punitivo para su represión.

Ahora sí ¿qué sabemos sobre la selectividad penal?

Antecedentes

A principios del siglo 20 y desde una vertiente marxista ortodoxa, Bonger intuyó lo que hoy conocemos como selectividad penal y centró su atención sobre *quién* determina las actividades que constituyen delitos, rechazando la universalidad de las opiniones morales. Así, analizó como la criminalización de las huelgas estaba fundada sobre la base de premisas morales y burguesas y señaló que "el poder es la condición necesaria para los que quieren clasificar como delito una conducta determinada" (1905: 379). Con ello, el pensador holandés trazó a grandes rasgos que lo que se entiende por delito depende de una decisión de poder y no únicamente del carácter lesivo del acto. Mucho antes que Edwin Sutherland, Bonger advirtió la existencia de delitos cometidos por banqueros, corredores de bolsa y comerciantes en el curso de sus actividades y señaló que, sin embargo, estas actividades apenas aparecían en las estadísticas criminales (1905: 599/607). También desde Holanda, la criminóloga Clara Wichmann (1912) fue "la primera académica penalista que realizó publicaciones acerca de los intereses de clase que guían el proceso de criminalización" (VAN SWAANINENGEN, 1997: 96). Ella denunció la ausencia de relación causal entre delito y castigo, y el hecho de que ni la pobreza ni la represión eran etiquetadas como delitos, pese a su carácter socialmente dañoso, pero sí sus consecuencias.

Poco después, Evgeny Pashukanis (1924) retomó el contenido del Capítulo II de *El Capital* donde Karl Marx desarrolla el fetichismo de las mercancías como rasgo sobresaliente del capitalismo. Pashukanis uso estos conceptos de Marx para explicar la falsa igualdad con la que opera el derecho, y en su seno, el derecho penal. Así, Pashukanis propuso que el fetichismo impregna la totalidad del derecho, haciendo a la ley asumir una visión de los hombres como iguales y de sus relaciones jurídicas como transacciones equitativas. Con ello, postuló, se aseguran y refuerzan las relaciones capitalistas, bajo el ala de un falso interés general. La pena es presentada por el derecho penal como una transacción justa que, a partir de la comisión de la infracción, se celebra entre el Estado y el delincuente para el pago de la deuda contraída. Este acuerdo se realiza mediante formalidades pre- establecidas, publicitadas como garantías procesales:

> La justicia burguesa vigila cuidadosamente que el contrato con el delincuente sea concluido con todas las reglas del arte, es decir, que cada uno pueda convencerse y creer que el pago ha sido equitativamente determinado (publicidad del procedimiento penal o judicial), que el delincuente ha podido libremente negociar (proceso en forma de debate) y que ha podido utilizar los servicios de un experto (Derecho a la defensa), etc. En una palabra, el Estado plantea su relación con el delincuente como un cambio

> comercial de buena fe: en esto consiste precisamente el significado de las garantías del procedimiento penal (1924: 156).

En esta línea, Pashukanis diferenció las funciones ideológicas y represivas, concluyendo que el sistema privilegia las primeras, sustentadas en el accionar desigual en la aplicación del derecho (ib.). Posteriormente con textos como *La policía y el problema del delito* (1929) y *Prejuicio racial en la administración de justicia* (1935), Thorsten Sellin, exponente de las teorías del conflicto, llegó a distinguir entre una criminalidad "real" y una criminalidad "aparente". Es en esta misma época (1939) que Sutherland señaló la existencia de una "cifra oscura", es decir que no todas las conductas tipificadas como delitos eran efectivamente criminalizadas. A la vez, Sutherland advirtió la existencia de los llamados "delitos de cuello blanco".

En los años sesenta, a partir de la teoría del etiquetamiento, los trabajos de Frank Tannenbaum, Edwin Lemert, Erving Goffman y particularmente de Howard Becker (1963) trajeron la noción de "desviación". Becker planteó que este concepto permite ir más allá de la pregunta sobre quién cometió un delito y, en cambio, considerar toda clase de actividades socialmente reprobadas incluido hablar solo por la calle, no cumplir con reglas de etiqueta o infringir reglas en espacios deportivos (1963: 15/17). Así expresa: "que un acto sea desviado o no depende en parte de la naturaleza del acto (es decir, si violenta o no la norma) y en parte de lo que otras personas hacen con eso" (ib.: 14). Asimismo, Becker bosquejó el concepto de selectividad penal a través de una categoría diferencial referente a los actos desviados cuyo carácter no es formalizado por las agencias competentes (los "potencialmente desviados"). En sus palabras: "es probable que los demás consideren esas actividades como desviadas sin hacer de eso un juicio científico que determine que, de hecho, es un acto desviado" (ib.: 198). En la misma lógica, Becker propuso el concepto de "desviación secreta" que alude a cuando "se ha cometido un acto incorrecto, pero nadie lo advierte, o nadie reacciona como si se tratase de una violación a la norma" (ib.: 40).

Igualmente, Foucault (1975), aun sin utilizar el concepto de selectividad, se refirió a la gestión o administración diferencial de ilegalismos como elemento del derecho penal moderno. En la misma época, durante los años setenta, la criminología crítica supo identificar los efectos de la selectividad penal en términos macrosociales. Tal como ilustra Baratta:

> El momento crítico llega a su maduración en la criminología cuando el enfoque macrosociológico se desplaza del comportamiento desviado a los mecanismos de control social del mismo, y en particular al proceso de criminalización. La criminología crítica se transforma de ese modo más y más en una crítica del derecho penal (1986: 167).

Desde la criminología crítica latinoamericana, Bergalli señaló cómo, actuando en forma selectiva, el derecho penal "cumpliría funciones de control social además de otras

como la de una cierta orientación social, un tratamiento declarado de conflictos y una no menos importante función de legitimación del poder" (2004: 14). Profundizando en los efectos de la selectividad penal, ya había afirmado (1982) la necesidad de observar "una criminalidad oculta (la económica, la ecológica, la política, la de los poderosos) mucho más dañina y voluminosa que la comúnmente considerada".

Entre la década del setenta y el ochenta, desde el abolicionismo penal, se distinguió entre criminalización y descriminalización de conductas, a los efectos de ahondar en el daño social que éstas acarrean, a contrapunto de la selectividad con la que son detectadas. Hulsman (1993) sostuvo que la llamada cifra negra del delito puede evidenciar un fenómeno positivo: que los problemas sociales son tratados de forma efectiva mediante mecanismos informales, autorregulados por la comunidad. Finalmente, desde el derecho penal mínimo y el garantismo penal se destacaron los aportes de Luigi Ferrajoli (1999) y Zaffaroni (1982).

Criminalización primaria

El concepto de selectividad penal fue sin duda profundizado y pulido a partir de la noción de criminalización. Georg Vold, desde la teoría del conflicto, definió a la criminalización primaria como "el proceso en el cual grupos poderosos logran influir sobre la legislación, usando las instituciones penales como un arma para combatir y neutralizar comportamientos de grupos contrarios" (VOLD, 1958; citado en BARATTA, 1986: 133/4). Luego, Becker señaló que "las reglas que esos rótulos [en referencia al etiquetamiento] generan y sostienen no responden a la opinión de todos. Por el contrario, son objetos de conflictos y desacuerdos: son parte del proceso político de la sociedad" (1962: 37). Agregó:

> Antes que un acto sea visto como desviado, y antes de que ningún tipo de persona sea etiquetada y tratada como marginal por la comisión de ese acto, alguien tiene que haber creado la norma que establece que ese comportamiento es desviado. Las normas no nacen espontáneamente […] La desviación es producto de la iniciativa en sentido amplio: sin la iniciativa necesaria para que las reglas se creen, la deviación, consecuencia de la infracción a esa norma, no existiría" (ib.: 181).

Baratta alegó que la criminalización primaria refiere a las reglas que definen la "penalización y despenalización" (1986: 95), es decir, "la producción de las normas" (ib.: 168) que tienden a preservar "las acciones antisociales que efectúan quienes pertenecen a las clases sociales hegemónicas, o que son más funcionales a las exigencias del proceso de acumulación capitalista" (ib.: 185). Con ello, agregó, "se crean zonas de inmunización para comportamientos cuya dañosidad se dirige particularmente hacia las clases subalternas" (ib.).

En nuestro medio, Zaffaroni, Alagia y Slokar definieron a la criminalización primaria como "el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas [ejercido por] agencias políticas (parlamentos y ejecutivos)" (2000: 7). Detallaron que: "se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan" (ib.). La característica esencial de esta esfera es que:

> […] es un programa tan inmenso, que *nunca y en ningún país se pretendió llevarlo a cabo en toda su extensión, y ni siquiera en parte considerable, porque es inimaginable*. La disparidad entre la cantidad de conflictos criminalizados que realmente acontecen en una sociedad y los que llegan a conocimiento de las agencias del sistema es tan enorme e inevitable que no llega a ocultarse con el tecnicismo de llamarla cifra negra u oscura (ib.).

De esta forma, la criminalización primaria señala que, del conjunto de conductas consideradas socialmente dañosas que tienen lugar en una sociedad en un tiempo y lugar dado, los poderes legislativo y ejecutivo realizan un recorte, a los efectos de sancionar penalmente solo algunas de ellas y asignarles un castigo determinado. Así es que, ya en la criminalización primaria, se despliega una *doble selectividad primaria*: ya en razón de que sólo determinadas conductas socialmente dañosas serán susceptibles de reproche penal, ya en razón de que, dentro de éstas, se les aplicarán consecuencias más o menos gravosas. Además, dentro de los hechos efectivamente criminalizados, no todos son socialmente dañosos, sino que muchos son simplemente desviaciones. Como efecto de esta *doble selectividad primaria*, los delitos más toscos y burdos, generalmente cometidos por los sectores más vulnerables, sin capacidad de acceso al poder político, judicial, económico y mediático, reciben penas mayores. En paralelo, se receptan penalmente con menor intensidad cuantitativa (en términos de número de conductas tipificadas) y cualitativa (penas menos cuantiosas) los delitos cometidos por los sectores sociales en posición más holgada.

Criminalización secundaria

El concepto de "criminalización secundaria" fue perfilado por Howard Becker al asentar que "la desviación es producto de la respuesta de la gente a ciertos tipos de conducta, a las que etiqueta de desviadas" (1962: 37). Agregó que: "Una vez que la regla existe, debe ser aplicada a ciertas personas para que la clase marginal que la norma ha creado empiece a poblarse" (ib.: 181/2). Baratta definió esta instancia de criminalización como la "la aplicación de las reglas […] y el proceso de aplicación de las reglas generales" (1986: 95), "el proceso penal que comprende la acción de los organismos de averiguación y que culmina con el juicio" (ib.: 168) y que:

> […] acentúan el carácter selectivo del sistema penal abstracto. Han sido estudiados los prejuicios y los estereotipos, que guían la acción tanto de las instancias de averiguación como de los juzgadores, y se ha demostrado que llevan, así como acontece en el caso del maestro y de los errores en las tareas escolares, a buscar la verdadera criminalidad sobre todo en aquellos estratos sociales de los cuales es normal esperarla (ib.: 185).

Zaffaroni, Alagia y Slokar identificaron que la criminalización secundaria es ejecutada por policías, jueces, agentes penitenciarios, y la definieron como:

> la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización) (ib.: 7).

El carácter esencial de la criminalización secundaria es efecto de la escasa capacidad operativa de las agencias de seguridad en relación con el amplísimo programa instalado por la criminalización primaria. En particular, las policías "para llevar a cabo el programa 'escogen' a aquellos individuos que cometan hechos burdos o groseros, fácilmente detectables, y que causen menos problemas, por su incapacidad de acceso al poder político, judicial, económico y mediático (ib.: 7/9). En consecuencia "las agencias judiciales se limitan a decidir los pocos casos seleccionados por las policiales y, finalmente, las penitenciarias recogen a algunas de las personas seleccionadas por el poder de las anteriores agencias" (ib.: 13). Lo rico del abordaje planteado es que echa luz sobre los efectos de control social de esta selectividad: "la criminalización secundaria es casi un pretexto para que las agencias policiales ejerzan un formidable control configurador positivo de la vida social, que en ningún momento pasa por las agencias judiciales o jurídicas" (ib.: 14) .

Finalmente, algunos teóricos agregan el término "criminalización terciaria" para referirse a la ejercida por las agencias penitenciarias. Baratta, aún sin darle ese nombre, visualiza un tercer momento separado de la criminalización secundaria al "mecanismo de la ejecución de la pena o de las medias de seguridad" (1986: 168).

Resumiendo, las agencias de criminalización secundaria aplican el programa punitivo emergente de la criminalización primaria en una *doble selectividad secundaria*: utilizan mayormente algunos de los tipos penales emergentes de la criminalización primaria y los aplican prioritariamente sobre determinados sectores de la población. Respecto del primer recorte, se trata generalmente de los delitos más burdos, cuya persecución y recolección de pruebas es más fácil. Respecto del segundo recorte (que podemos denominar *subjetivo*), haciendo nuestras las palabras de Zaffaroni, Alagia y Slokar, se aplica sobre "*la*

imagen pública del delincuente, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos" (2000: 9). Si bien es central la función policial, la caracterización de la operación selectiva es extensible a las agencias judiciales y penitenciarias en igual grado.

A modo anecdótico, es interesante traer una experiencia de cuando el propio Marx sufrió la criminalización secundaria de las manos de la policía inglesa por su calidad de minoría religiosa, pobreza y aspecto físico. Cuenta Henry Mayers Hyndman que en ocasión en que la miseria había absorbido por entero los recursos de la familia, Marx se dispuso a empeñar la vajilla de plata de la familia de su esposa. El padre del materialismo no vestía demasiado bien, ni dominaba el inglés por ese entonces. En cuanto ingresó al local para empeñar la vajilla un sábado por la noche, el encargado llamó a la policía, que lo detuvo hasta el día lunes, en base a su descripción de "judío extranjero". Comentó luego Hyndman que: "sólo el lunes, el fundador del socialismo científico fue capaz de demostrar fehacientemente, con ayuda de las declaraciones de amigos 'respetables', residentes en Londres, que no era un ladrón, y que la plata con la corona de los Campbell era de propiedad legal suya" (ENZENSBERG, 1974: 390).

¿Como opera la selectividad penal?

Sabemos entonces que la idea de que los sistemas penales operan selectivamente viene desarrollándose desde principios del siglo 20 aunque solo recientemente fue definitivamente clarificada. Sabemos también que la selectividad opera a través de dos filtros al nivel de la criminalización primaria y de la criminalización secundaria. Queda pendiente una pregunta clave. ¿Cuál es el mecanismo que define que queda adentro y que queda afuera de estos dos filtros? Proponemos los conceptos de *infra-criminalización* y *sobre-criminalización* para definir que es lo que queda dentro de las compuertas del poder punitivo tanto a nivel primario como secundario.

Infra-criminalización refiere a la minimización del tratamiento penal de las conductas perpetradas por sujetos que, en relación fundamentalmente a su extracción de clase, pero asimismo en función de su género, orientación sexual, pertenencia cultural y étnica, se encuentran en una posición socioeconómica ventajosa, sin perjuicio del daño social que importen sus conductas. Ello tiene lugar tanto a partir de la limitación o minimización de la recepción legislativa de las conductas usualmente perpetradas por estos sectores (*infra-criminalización primaria*) como de su limitada persecución por las agencias de seguridad estatales (*infra-criminalización secundaria*).

Sobre-criminalización refiere a la priorización enfática del tratamiento penal de aquellas conductas perpetradas por sujetos especialmente vulnerables en relación fundamentalmente a su extracción de clase, pero asimismo en función de su género, orientación sexual, pertenencia cultural y étnica, sin perjuicio del nulo o escaso daño social que conlleven sus conductas. Ello tiene lugar tanto a partir del incremento de la recepción legislativa de las conductas usualmente perpetradas por estos sectores

(*sobre-criminalización primaria*) como de su excesiva persecución por las agencias de seguridad estatales (*sobre-criminalización secundaria*).

Como enseña Zaffaroni, los sectores vulnerables suelen responder penalmente por *obras toscas*, es decir, perpetrados con recursos elementales o primitivos, producto del entrenamiento diferencial, conforme el grupo de pertenencia de los diversos sectores y que involucra factores como clase, profesión, nacionalidad, origen étnico, lugar de residencia, escolaridad, etcétera (2000: 10). Partiendo de esta idea, calificamos como *delito tosco* a aquellos hechos que se perpetran en forma rudimentaria, sin mayor planificación, pero, sobre todo, a un determinado tipo de conductas: aquellas que afectan a la propiedad (hurto y robo, esencialmente) y aquellas que dicen afectar la salud pública (delitos vinculados al consumo y narcomenudeo de estupefacientes). Así, el concepto de *delito tosco* nos permite hacer referencia a una conducta que es *sobre-criminalizada* desproporcionada respecto del daño social que importa, sí es que produce tal, en tanto, como máximo, implican un daño materialmente reparable. También resulta útil el concepto de *estrategias de supervivencia sobre-criminalizadas* que nos permite hacer referencia a actividades tendientes a asegurar ingresos por fuera del empleo formal y en las que no existe una afectación concreta a sujetos reales, pero que se encuentran enfáticamente recogidas por la ley penal y que son perseguidas intensamente por los operadores (mendicidad y vagancia como sus máximos exponentes).

Finalmente, el concepto de *sobre-criminalización* se vincula con el principio de menor elegibilidad. La noción de "menor elegibilidad" fue esbozada por Marx en *El Capital* (1867: 896/904) al afirmar que la situación general de las clases marginales tiende a mejorar cuando una dinámica estable de la valorización capitalista garantiza largos periodos de crecimiento económico y estabilidad social, al tiempo que tiende a deteriorarse cuando la crisis de un modo específico de las formaciones sociales capitalistas insta a revolucionar el sistema de producción y provoca el desarrollo de un nuevo régimen de acumulación. El concepto fue luego desarrollado en un artículo de Rusche (1933) y difundido en la obra *Pena y estructura social* (1938) coescrita junto a Kirchheimer, donde proponen que la pena -en sus manifestaciones específicas y analizada en situaciones históricas concretas- para ser disuasiva "en los estratos menos privilegiados debe ser de una naturaleza tal que pueda producir una disminución aún mayor de sus condiciones actuales de existencia" (1938: 4).

Las condiciones que imponga la pena, entonces, deberán dejar al acusado en peores condiciones que las que vive el estrato menos privilegiado en la vida en libertad. En tanto las condiciones de esta clase dependen de la venta de su fuerza de trabajo –único bien del que dispone- las penas deberán cotejarse con las condiciones que otorga el mercado de trabajo en cada momento histórico, y ser peores que ellas. Es entonces que esta condición negativa "encontrará formas concretas en las trasformaciones de la estructura social" (RUSCHE y KIRCHHEIMER, 1938, 4). Así, en condiciones de superabundancia de mano de obra respecto de las necesidades del mercado de trabajo, las penas asumen formas crueles que pueden constituir verdaderas vejaciones a los derechos humanos. Por

el contrario, ante situaciones de escasez, las penas se orientan a utilizar la fuerza de trabajo de la población usualmente sobre-criminalizada o al menos a disciplinarla a los fines de que las personas sobre-criminalizadas sean funcionales al mercado de trabajo al recuperar su libertad. Para el o la lectora interesada, la obra de Rusche y Kirchheimer recorre los sistemas penales desde la Edad Media hasta la década del '30 del siglo 20.

Se puede incluso ampliar la visión de este principio de menor elegibilidad. En vez de limitarlo al funcionamiento del mercado de trabajo, el principio puede usarse para analizar la complejidad de una situación socioeconómica dada, incluso considerando a las políticas sociales en correlato con sus pares penales. Es posible proponer que el estrato de la clase obrera ocupada que se encuentra en peor situación en términos de salario y condiciones laborales marca el límite de la ayuda social. Es decir, los programas sociales de un gobierno siempre tenderán a ofrecer peores condiciones y permanecer menos elegible que las condiciones que experimenta el sector de la clase obrera empleada en las peores condiciones. Así, en el ejemplo de la Argentina, los planes sociales actuales como la Asignación Universal por Hijo tenderán a ofrecer menos dinero y más requisitos que los peores puestos de trabajo disponibles en el mercado de trabajo. A la vez, las cárceles tenderán a ofrecer peores condiciones que de la asistencia social, lo cual se torna especialmente claro cuando ésta adopta caracteres punitivos. En el caso argentino, las cárceles continúan ofreciendo peor comida y condiciones de alojamiento que las escasas chances que otorga la Asignación Universal por Hijo.

Concluyendo, la selectividad penal es un elemento clave al momento de analizar el par *conflicto- control* en general y el *control penal* en particular. A su vez, los conceptos de *infra-criminalización* y *sobre-criminalización* –éste último enriquecido a partir de la lectura amplia de la ley de menor elegibilidad-, permiten esclarecer los mecanismos a través de los cuales opera la selectividad penal a nivel de la criminalización primaria y secundaria. Como venimos señalando, la selectividad penal debe ser entendida desde una perspectiva histórica y en función tanto de los procesos económicos y sociales subyacentes. En breve, la selectividad penal es *la modalidad bajo la que opera el control penal en sus distintas instancias de criminalización (primaria y secundaria) y que se materializa en,* por un lado, *la priorización enfática del tratamiento penal de aquellas conductas perpetradas por sujetos especialmente vulnerables en relación fundamentalmente a su extracción de clase, pero asimismo en función de su género, orientación sexual, pertenencia cultural, étnica y religiosa (sobre-criminalización) y,* por otro lado, *en la ausencia o minimización del tratamiento punitivo de las conductas perpetradas por aquellos sujetos que, por las mismas características enunciadas, ostentan una posición socialmente ventajosa.*

Aplicando los conceptos a la realidad latinoamericana

¿Cómo se aplican las nociones de selectividad penal, criminalización primaria y secundaria, infra-criminalización y sobre-criminalización a nuestra realidad latinoamericana?

Criminalización primaria: selectividad penal a nivel de la ley penal

Empecemos por la criminalización primaria y un ejemplo paradigmático de nuestros tiempos: la interrupción voluntaria del embarazo (IVE). La IVE continúa formando parte de los códigos penales en todos los países latinoamericanos excepto Uruguay (BBC 2018). En Argentina, el Código Penal prevé penas de 1 a 4 años de prisión por la practica del aborto. Este abordaje punitivo se convierte en un obstáculo material que impide que las personas gestantes puedan acceder al aborto en condiciones seguras. Como resultado, el aborto clandestino es la primera causa de muerte materna. De acuerdo con los últimos datos oficiales provenientes del Ministerio de Salud de la Nación de la Argentina, en el año 2016, el 17,6% de un total de 245 fallecimientos de personas gestantes fueron ocasionadas por aborto (ANCCOM 2019). Aquí vemos entonces como un hecho que no afecta a nadie más que a la persona gestante que decide llevarlo a cabo es sobre-criminalizado, es decir, que es respondido desde el Estado con una determinada cantidad de poder punitivo que no guarda coherencia ni proporcionalidad con el daño social involucrado, sino con valores religioso-morales que deberían ser ajenos al derecho laico.

Por el contrario, siguiendo con la criminalización primaria, no hay consecuencias penales en nuestras legislaciones que involucren la especifica manipulación de precios de medicamentos aún cuando éstos pueden salvar la vida de una persona. En este sentido, en la Argentina, el Laboratorio Beta S.A, comercializador del misoprostol – la droga que recomienda la Organización Mundial de la Salud para realizar la IVE- aumentó el precio de este medicamento en un 460% en tres años sin que ello pudiera justificarse en sus costos de producción o comercialización (Bing Bang 2018). Este aumento infundado perjudicó y perjudica a muchas personas gestantes que no pueden costearlo y que, en su lugar, deben acudir a métodos inseguros que pueden derivar en la muerte o lesiones a la integridad psico-física.

Así vemos como la manipulación de los precios de medicamentos sin relación con costos de producción o comercialización por parte de los laboratorios es infra-criminalizada, es decir que no es tratada en la ley penal, sin perjuicio de que genera un importante daño social. La razón de la infra-criminalización no responde entonces al daño social del comportamiento, sino al hecho de que la actividad beneficia los intereses económicos de corporaciones poderosas como la industria farmacéutica. Asimismo, las causas de la infra-criminalización responden al hecho de que el manejo espurio del precio del misoprostol genera daño social en un sector oprimido de la sociedad en términos de género, es decir, las mujeres cis y los hombres trans. No nos debería sorprender el dato de que los laboratorios argentinos son gestionados por hombres con una buena posición social, siendo que menos del 30% de los cargos jerárquicos corresponden a mujeres. A su vez, dentro de la población que, en términos de género, se ve más afectada por la criminalización del aborto, hay más capas por correr. Es que a la prohibición legal de abortar se agrega que el precio del misoprostol daña particularmente al sector socioeconómicamente más

vulnerable de las mujeres cis y los hombres trans, es decir aquél que no puede costear un aborto ilegal en clínicas privadas con condiciones mínimas de salubridad.

> Así un simple ejemplo actual evidencia como, a nivel de la criminalización primaria, la sobre-criminalización del aborto y la infra-criminalización de la manipulación del precio de un medicamento esencial no responden al daño social implicado en una u otra conducta. Es claro que manipular los precios de medicamentos produce mucho mas daño social que una IVE consentida. La base de la selectividad penal debemos, entonces, buscarla en razones ajenas al derecho, incluida la religión, la desigualdad de género y el poder económico de las corporaciones.

Criminalización secundaria: selectividad penal a nivel policial

Adentrándonos en la criminalización secundaria y a nivel policial, la selectividad penal es igualmente intensa. Sobran los sumarios policiales contra hombres jóvenes pobres inculpados en su mayoría por delitos toscos contra la propiedad, estrategias de supervivencia sobre-criminalizadas o vinculados a la venta minorista de estupefacientes (para cifras sobre la Ciudad de Buenos Aires ver Infobae 2020). Particularmente en relación con la tenencia de estupefacientes para consumo personal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina dejo en claro que en el caso Arriola (Fallos: 332:1963) que si el consumo se mantiene en el ámbito de la intimidad debe quedar fuera de las incumbencias del poder punitivo porque es nulo el daño social que acarrea. Sin embargo, las cifras policiales continúan ignorando este hecho. En palabras de uno de los diarios de mayor circulación del país, el 40% de las causas por drogas en la ciudad de Buenos Aires son por estos delitos.. y continúa habiendo una "alta incidencia de 'perejiles' en las causas judiciales" (Aldrovandi 2019).

Por el contrario, a nivel de la infra-criminalización, un triste ejemplo de nuestras realidades latinoamericanas es que no hay investigaciones o unidades especializadas en resolver hechos perpetrados por funcionarios y empresarios involucrados en las maniobras especulativas y cambiarias que azotaron a muchos de nuestros países en cada uno de los episodios de fuga de divisas y desestabilización financiera de la economía. En el caso de Argentina, la ultima contracción de deuda externa ha embargado la economía nacional por los próximos 200 años y, sin embargo, estas conductas han sido infra-criminalizadas a nivel policial. Ello significa que las fuerzas de seguridad no se encuentran investigando estos hechos y no hay siquiera investigaciones o unidades especializadas avocadas al tema. Por supuesto que esta decisión no obedece a criterios de daño social innegables, sino a que los perpetradores son corporaciones e individuos que ocupan lugares de poder tradicionalmente ajenos al alcance del poder de policía.

En fin, ¿es acaso el daño social lo que determina que investiga la policía? La respuesta es claramente negativa. En los casos referenciados aparecen más claramente los criterios de clase y edad como definitorios sobre lo que queda y lo que no dentro de las compuertas

del poder punitivo. Si se trata de una persona pobre y joven, la sobre-criminalización policial estará al acecho incluso por hechos que forman parte de su intimidad. Si se trata de un empresario o funcionario adulto, la infra-criminalización policial estará a su servicio, aún cuando sus acciones involucren una serie de fuga de divisas que van a afectar al país por generaciones.

En otro ejemplo paradigmático de selectividad penal a nivel policial, si uno tiene un comercio gastronómico y ocupa la vereda con mesas, será saludado por el policía, pero si uno es un vendedor ambulante vendiendo productos para garantizar una subsistencia mínima está obstaculizando la vía publica y será probablemente brutalmente detenido (ver CELS 2019).

Criminalización secundaria: selectividad penal a nivel judicial

A nivel judicial, la selectividad penal persiste. Siguiendo con la Argentina como ejemplo, no hay causas iniciadas contra el gobierno o la empresa que gestiona los subterráneos pese a que en los vagones se encontró asbesto, una sustancia cancerígena que puede afectar la salud y la vida de las personas (Página/12 2019). La afectación de la salud de trabajadores y usuarios del subterráneo no parece ser un criterio suficiente para abrir las compuertas del poder punitivo. Sin embargo, sí hay causas iniciadas contra los metro-delegados, los representantes sindicales del sector, por obstruir las vías del subte en reclamo por salarios (Notitrans 2018). Es decir que sí se criminaliza un accionar que forma parte de los derechos sindicales y que, por lo tanto, debería ser protegido constitucionalmente a lo que se suma que, en términos de daño social y, a lo sumo, sólo llega a perjudicar el correcto funcionamiento del transporte.

Vale reiterar la pregunta ¿es acaso el daño social lo que condiciona que se criminalice la protesta sindical y no la contaminación con asbesto de los vagones? No parecería. Contraer cáncer por circular en un medio de transporte público aparece claramente como más lesivo que verse retrasado por un paro sindical ejercido como parte del derecho a la protesta. Lo que decide que se criminaliza y que no es la clase. Los trabajadores son sobre-criminalizados mientras los empresarios del subte y funcionarios de contralor son beneficiados por la infra-criminalización.

Dentro de la selectividad penal judicial, incluso cuando las causas se instruyen, la sobre e infra-criminalización también están presentes al momento de determinarse la pena. Las condenas se extienden sobre hechos toscos contra la propiedad cometidos por jóvenes pobres (vaya sorpresa). En la Argentina, de las causas instruidas contra jóvenes de 16 y 17 años, más de la mitad terminan en condenas de 30 meses o más pese a que la mayoría de los casos son por robos y hurtos (Subsecretaría de Política Criminal 2017: 18-19).

Por el contrario, la infra-criminalización en el castigo se evidencia en las 13.000 causas penales contra funcionarios públicos por delitos cometidos en cumplimiento de sus funciones iniciadas entre 2014 y 2017 en la Argentina. Más del 70% fue archivado, menos

del 3% fue elevado a juicio y la mayoría terminó en probation (suspensión del proceso a prueba). En los casos de muertes ocasionadas por gatillo policial entre 2014 y 2016, solo el 10% de los casos llegaron a condena (CELS 2018). Es decir, delitos de cuello blanco con tremendas consecuencias para el país y muertes por gatillo fácil en manos de quienes deberían asegurar nuestra integridad física quedan a mitad de camino en los laberintos tribunalicios o reciben penas leves que califican para el dictado de una probation.

Criminalización secundaria: selectividad penal en la administración del castigo

La selectividad penal sigue una vez que se entra a la prisión. Según las estadísticas oficiales de 2017 del Servicio Penitenciario Federal argentino, antes de ser detenidos el 70% de los que hoy están tras las rejas se encontraban desempleados o solo contaban con trabajos de tiempo parcial; mas del 50% no tenia oficio o profesión alguna y el 84% no había terminado la educación secundaria (SNEEP 2017). El beneficio de la duda obviamente no beneficia a este tipo de población: el 57% de estos pobres encarcelados lo esta en calidad de procesado, es decir, son aún jurídicamente inocentes (id.). Mientras que están detenidos, las condiciones son tan terribles que el Ministerio de Justicia de la Nación declaró la emergencia penitenciaria por tres años en tanto la sobrepoblación puede afectar la salubridad y aumentar la violencia (CELS 2019b).

No son estas las mismas condiciones de las que gozan aquellos detenidos por delitos de lesa humanidad en la Unidad 34 de Campo de Mayo, donde no hay cámaras y poco personal penitenciario que se refiere a las "habitaciones" en vez de a "celdas". El predio cuenta además con un campo de deportes, canchas de vóley y de fútbol y quincho (Política Argentina 2016).

La tensión sobre-criminalización/infra-criminalización no termina siquiera ahí. Continúa y afecta incluso derechos cívicos. Es que recién en 2007 las personas privadas de libertad en prisión preventiva (sin condena firme) fueron autorizadas a ejercer un derecho del que nunca debían haber sido privadas y lograron votar en las cárceles argentinas (ACE 2020b). Sin embargo, un condenado por delitos de lesa humanidad como Antonio Bussi quien fue encontrado culpable de secuestro, asesinato y peculado, ejerció sus derechos civiles y políticos a participar de las elecciones mucho antes, cuando en 1995 se convirtió en gobernador de la provincia de Tucumán, luego de ser beneficiado por las leyes de impunidad (Ginzberg 2011).

Reflexiones finales

Para terminar, permítanme compartir algunas reflexiones y una invitación. Es claro que no podemos resolver esta secuencia de sistemáticas injusticias desde una criminología aislada. La selectividad penal opera sobre un mundo desigual en términos de clase, género, orientación sexual, edad y pertenencia étnica. La injusticia sistemática en manos

de la ley penal, las agencias de seguridad, los tribunales y las prisiones solo viene a sumarse a una serie de injusticias previas que están presentes en los barrios y en las calles. En otras palabras, lo que hemos descripto como sobre-criminalización e infra-criminalización primaria y secundaria y que atraviesa todos los niveles del sistema penal, surge incluso mucho antes, surge con las desigualdades sociales. Los que llegan al sistema penal ya fueron abatidos en el plano de la distribución de la riqueza. Por ello, una justicia penal democrática e igualitaria precisa de un mundo democrático e igualitario que la preceda. Cualquier atisbo de reforma del delito y el castigo debe hacerse considerando el sistema social en el que se enmarca.

Por último, una invitación. Para evidenciar la persistencia de la selectividad penal como mecanismo inherente a nuestros sistemas penales, necesitamos datos, ejemplos y claridad explicativa. Necesitamos llegar a aquellos y aquellas que aún piensan que la cárcel esta llena de personas que lo merecen y que los tribunales viven de hacer justicia. Este articulo fue un pequeño atisbo para mostrar como la selectividad penal es muy real y puede verse en ejemplos simples en cada estrato del sistema penal argentino. Ojalá muchos y mejores trabajos vengan a seguir la tarea para explicitar el funcionamiento de la selectividad penal y colocar este conocimiento al alcance de todos y todas.

Referencias bibliográficas

ACE (2020) Argentina. Disponible en http://aceproject.org/regions-en/countries-and-territories/AR/default-es?set_language=es.

ACE (2020b) Argentina. Disponible en http://aceproject.org/regions-ecountries--and-territories/AR/case-studies/copy_of_argentina-el-voto-y-los-presos

Aldrovandi, Mariano (2019) El 40 % de las causas narco iniciadas en la Ciudad son por consumo personal, Clarín, Mayo 3.

Althusser, Louis (1968) "Ideología y aparatos ideológicos del Estado" en *La filosofía como arma de la revolución*, México, Siglo XXI, pp.102-151.

ANCCOM (2019) La industria del misoprostol, Enero 16.

Anitua, Gabriel Ignacio (2005) *Historia de los Pensamientos Criminológicos*, Bs. As., Del Puerto, 2006.

Baratta, Alessandro (1986) *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*, Bs. As., Siglo XXI, 2001.

BBC(2018) Aborto en América Latina: el mapa que muestra dónde la interrupción del embarazo es legal, restringida o prohibida en la región, Agosto 9.

Becker, Howard, (1962) *Outsiders. Hacia una sociología de la desviación*, Madrid, siglo XXI, 2009.

Bergalli, Roberto (2012) Conferencia dictada en las *Jornadas Cuestión criminal y marxismo*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 21 de mayo de 2012.

Bing Bang (2018) Aborto: el Misoprostol aumentó el 460 % en tres años y su precio es prohibitivo para gente de pocos recursos, Agosto 8.
Bonger, William Adriaan (1905) *Criminality and Economic Conditions*, Boston, Little, Brown and Company, 1916.
CELS (2018) Muertes naturalizadas letalidad policial sin control y sin justicia, Buenos Aires, CELS.
CELS (2019) La policía de la ciudad contra el uso del espacio público, Marzo 11.
CELS (2019b) spf: no hay solución si la dignidad humana no se coloca en el centro, Marzo 26.
Cohen, Stanley (1985) *Visiones de control social*, Barcelona, Ediciones PPU, 1988.
Enzensberger, Hans Magnus (1974) *Conversaciones con Marx y Engels*, Barcelona, Anagrama, 2009.
Ferrajoli, Luigi (1999) *Derecho y Razón*, Madrid, Trotta, 2001.
Foucault, Michel (1975) *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI.
Ginzberg, Victoria (2011) Torturador, represor, asesino, dictador y fusilador, Página/12, Noviembre 25.
Gramsci, Antonio (1930) *Cuadernos de la cárcel 3*, México, Crítica, 1999.
Gramsci, Antonio (1949) *Notas sobre Maquiavelo, sobre política y sobre el Estado moderno*, Bs. As., Nueva Visión, 1998.
Gramsci, Antonio (1948) El materialismo histórico y la filosofía de Benedetto Croce, México, Juan Pablos Editor, 1986.
Hillyard, Paddy y Tombs, Steve (2004) "Beyond Criminology?" en Hillyard; P., Pantazis, C.; Tombs, S. y Gordon, D. (eds) *Beyond Criminology: Taking Harm Seriously*, Londres, Pluto Press, pp. 10-29.
Hulsman, Louk (1993) "El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas" en AAVV, *Criminología crítica y control social. El poder punitivo del Estado,* Rosario, Juris, 2000.
Infobae (2020) Los nuevos números del delito en la Ciudad de Buenos Aires: 28 mil detenidos en un año y disminución de robos y homicidios, Enero 15.
La Nación (2001) Menem está detenido en una quinta, Junio 8.
Marx, Karl (1867) *El Capital*, Bs. As., Fondo de Cultura Económica, 1998.
Melossi, Dario (1990) *El Estado del control social*, Madrid, Siglo XXI, 1992.
Murano, Adrián (2018) Las claves de la resolución que legalizó la Doctrina Chocobar, Tiempo Argentino, Diciembre 2.
Notitrans (2018) Las causas imputadas a los 16 metrodelegados detenidos, Mayo 22.
Página/12 (2019) Subte: la línea B al borde del colapso por inacción, Mayo 7.
Pashukanis, Evgeny (1924) *La teoría general del derecho y el marxismo*, México, Grijalbo, 1976.
Pavarini, Massimo (1980b) *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico,* Bs. As., Siglo XXI, 2003.

Política Argentina (2016) Ya hay 54 represores en la "cárcel VIP" de Campo de Mayo: sin celdas y con pocos penitenciarios, Diciembre 27.

Poulantzas, Nicos (1969) "La teoría marxista del Estado y del Derecho y la cuestión de la alternativa" en *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, Cuadernos de Pasado y Presente, Bs. As., n° 48.

Rusche, George (1930) "Labor market and penal sanction: thoughts on the sociology of punishment" en *Social Justice*, San Francisco, n° 10, 1978, pp. 2–8.

Rusche, George (1933) "Prison revolts or social policy: lessons from America" en *Social Justice*, San Francisco, n° 13, 1980, pp. 41–44.

Rusche, George y Kirchheimer, Otto (1938) *Pena y Estructura Social*, Bogotá, Temis, 2004.

Schwendingers, Herman and Julia (1970) Defenders of Order or Guardians of Human Rights? *Issues in Criminology*, Vol. 5, No. 2, pp. 123-157.

Sellin, Johan Thorsten (1944) *Pioneering in penology, The Amsterdam houses of correction in the sixteenth and seventeenth centuries*, Philadelphia, Pennsylvania Press.

Sistema Nacional De Estadísticas Sobre Ejecución De La Pena – SNEEP – (2017) Informe Anual Servicio Penitenciario Federal SNEEP 2017.

Subsecretaría de Política Criminal (2017) Informe sobre jóvenes, delito y justicia penal, Febrero 9.

Sutherland, Edwin (1940) "El delito de cuello blanco" en *American Sociological Review*, Nashville, vol. 5, n° 1.

Sutherland, Edwin (1949) *El delito de cuello blanco*, Madrid, La Piqueta, 1999.

Van Swaaningen René (1997) *Perspectivas europeas para una criminología crítica*, Montevideo, B de F, 2011.

Zaffaroni, Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro (2000) *Derecho Penal. Parte general*, Bs. As., Ediar, 2002.

Zaffaroni, Raúl (2011) *Las palabras de los muertos*, Bs. As., Ediar.

Zaffaroni, Raúl (2011b) *La cuestión criminal*, Bs. As., Planeta.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A construção institucional do gênero criminoso: travestis e transexuais no sistema de justiça, de Marco Aurélio Máximo Prado, Bárbara Gonçalves Mendes, Júlia Carneiro, Júlia Silva Vidal, Gabriela Almeida Moreira Lamounier e Rafaela Vasconcelos Freitas – *RBCCrim* 146/515-537 (DTR\2018\18296);
- A dogmática jurídico-penal em questão: possibilidades e limites no Século XXI, de Cláudio Alberto Gabriel Guimarães – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/55-82 (DTR\2007\12);
- Culpabilidade e execução penal: uma análise crítica do recurso à prevenção como estratégia de controle, de Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 145/153-180 (DTR\2018\17968); e
- Seletividade policial, processo de criminalização, encarceramento: considerações sobre a catástrofe penal brasileira, de Fernando Nogueira Martins Júnior – *RBCCrim* 151/215-259 (DTR\2018\22756).

Direito por quem o faz

Nota técnica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM sobre a revogação da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) e atualidade dos debates em curso na Câmara dos Deputados

Sumário: 1. 2. 3. Contribuições do IBCCrim ao substitutivo ao PL 6.764/2002 (Deputada Margarete Coelho). 3.1. Capítulo dos crimes contra a soberania nacional. 3.1.1. Arts. 359-I e 359-J. 3.1.2. Art. 359-K. 3.1.3. Artigo 359L. Espionagem. 3.2. Crimes contra as instituições democráticas. 3.3. Capítulo dos crimes contra o funcionamento das instituições democráticas nas eleições. 3.4. Das disposições comuns. 4. Considerações finais.

Necessidade de revogação da Lei de Segurança Nacional. Atendimento ao comando constitucional previsto no art. 5º, XLIV, da Constituição Federal. Comentários à proposta de alteração legislativa em curso na Câmara dos Deputados (Substitutivo ao Projeto de Lei 2.462/2002).

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, entidade não governamental, sem fins lucrativos, com sede na cidade de São Paulo (SP), Rua Onze de Agosto, nº 52, Centro, vem apresentar Nota Técnica a propósito dos debates em curso na Câmara dos Deputados, que tem como pano de fundo a revogação da Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983 ("Lei de Segurança Nacional").

1.

A presente manifestação tem em vista não só o amplo noticiário nacional dos últimos meses sobre as polêmicas em torno da recente escalada de utilização da Lei 7.170/83, doravante *LSN*, a significar risco palpável de retrocesso a tempos de autoritarismo no país, como principalmente as contribuições advindas do Seminário "A Lei de Segurança Nacional e sua aplicação após a Constituição de 1988"[1], organizado nos dias 7 e 8 de abril de 2021, em parceria com a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim), o Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB), o Instituto de Garantias Penais (IGP), o

1. Disponível em: [https://www.IBCCrim.org.br/noticias/exibir/8488]. Todas as palestras estão à disposição no canal do IBCCrim do YouTube.

Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC), o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)[2].

Dessa feita, sem perder de vista a história e o ideário de todos conhecidos que deram corpo ao surgimento da *LSN*, e justamente pelo momento em que chegamos com diuturnos noticiados usos questionáveis da aludida lei, lamentável e inquestionavelmente a maioria deles sob determinação do atual Presidente da República – sobretudo a partir da Constituição Federal de 1988 e o dispositivo constante do art. 5º, inciso XLIV, o IBCCrim presta, aqui, sua contribuição ao aperfeiçoamento da legislação.

E assim o faz por reconhecer, em primeiro lugar, a necessidade da *revogação* da *LSN* e, em segundo lugar, por entender que pode contribuir para o cumprimento do mandado de criminalização constante no aludido dispositivo constitucional. No último aspecto, o IBCCrim se adianta a externar o ponto de vista segundo o qual uma nova legislação que efetivamente tutele o *Estado Democrático de Direito* no Brasil impõe nova mentalidade, novo ideário.

Não se cuida, pura e simplesmente, de substituição de uma lei por outra, mas, sim, de câmbio autêntico de ideias e cultura nas quais uma legislação foi gestada e produziu seus efeitos – e ainda está a produzir. Não há como progredir como sociedade subserviente aos ditames civilizatórios da Constituição da República se ainda convivermos com a perspectiva, outrora consagrada, que redundou na *LSN*.

Por isso mesmo, sem prejuízo dos debates que haverão de ser travados, também, no Poder Judiciário (ADPFs 797 e 799, ambas sob relatoria do Min. Gilmar Ferreira Mendes), é tempo de somar todos os esforços para a *revogação* da *LSN*.

Ao se somar aos Deputados e Deputadas que postulam pela revogação da *LSN*, o IBCCrim assume que a mudança de perspectiva deve ser franca e radical: é preciso, desde 1988, refletir não mais sobre a *doutrina da segurança nacional*, e sim sobre a *doutrina da proteção ao Estado de Direito*. Protege-se a instituição, não a pessoa; protege-se o bem-viver, não o *establishment* e quem o representa; protege-se de risco à democracia e às instituições democráticas, não de risco à ameaça de inimigos reais ou imaginários internos ou externos. Não existe *inimigo*: existem aqueles e aquelas que comentem delitos contra a *Democracia e o Estado de Direito*.

Na cultura de paz que a Constituição Federal impõe como eixos normativos interno e internacional, revogar a *LSN* significa transformar temores e perseguições contra opositores em confiança na democracia vigilante.

---

2. Os *links* para a conferência completa são: Abertura e palestra ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=Cf_CRqu-Bro]. Lei de Segurança Nacional: modificações necessárias e a sua utilização. Disponível em: [https://youtu.be/cMzLG4bZNT4]. Liberdade de expressão e defesa do Estado Democrático de direito. Disponível em: [https://youtu.be/I18mePAo4Pg]. A tipificação dos crimes contra a honra e a utilização do artigo 26 da Lei de Segurança Nacional. Disponível em: [https://youtu.be/GZe2kslC10k]. As ADPFs no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: [https://youtu.be/P1lpaomG32Q]. Alterações legislativas em curso. Disponível em: [https://youtu.be/h4X4sFN3S0s].

Outrossim, por se cuidar de temas tão delicados à essência da democracia brasileira – que é refletir sobre em que medida a proteger – e na dificílima tarefa de equilíbrio que é a elaboração de tipos penais justamente para garantir a liberdade, o IBCCrim salienta que *é recomendável* que se *retire a tramitação dos projetos de lei nesse tema do regime de urgência constitucional*.

Com efeito, se a proteção da democracia é algo *importantíssimo*, o tratamento do sensível tema não deve ser feito em tramitação acelerada, sob risco de a decisão do Parlamento possibilitar criação de tipos penais ou desnecessários ao propalado fim, ou abertos e, com isso, ensejadores de insegurança e riscos de má aplicação pelos operadores do Direito, e, ainda, com questionáveis preceitos secundários.

Esclarecidas as premissas da importância do tema – que inclusive justificou o amplo seminário sediado pelo IBCCrim –, bem como a oportunidade de se estabelecer debate sereno no seio do Parlamento e, principalmente, a *impositiva* mudança de mentalidade que a revogação da *LSN* forçosamente deve significar, o IBCCrim passa diretamente às suas contribuições aos principais projetos de lei em curso nessa Casa.

2.

A pretensão de revogação da *LSN* por parte de nova legislação que seja afeita aos ditames democráticos é quase tão velha quanto a própria Lei 7.170. De fato, ao passo que a *LSN* nasce nos estertores do regime civil-militar de 1964 a 1985, desde o advento da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, sucederam-se no tempo várias iniciativas de sua revogação.

A memória constitucional brasileira dá notícia, por exemplo, do Projeto de Lei 2.461, de 1991 (propositura do Deputado Hélio Bicudo)[3], do Projeto de Lei 6.764, de 2002 (de iniciativa do Poder Executivo, e fruto de estudos de comissão de especialistas coordenada pelo então Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro e integrada, entre outros, pelo atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso)[4], além de vários outros[5] que se sucederam até os idos de 2021.

Atualmente, no âmbito do projeto legislativo, a tramitação da revogação da *LSN* se encontra vinculada ao PL 2.461/1991, com o *substitutivo* da ilustre Deputada Margareth Coelho. *Esse substitutivo é o que tem o andamento em curso no atual cenário de processo legislativo, e sobre ele, bem como o último projeto de lei apresentado e vinculado ao tema da proteção do Estado Democrático de Direito, a saber, PL 3.864/2020, de autoria dos Ilustres Deputados Paulo Teixeira, João Daniel e Patrus Ananias, que o IBCCrim fará suas considerações*.

3. Disponível em: [http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD06MAR1992.pdf#page=102].

4. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=32274&filename=PL+6764/2002].

5. PLs 3.064/2015, 5.480/2019, 6.165/2019, 2.464/2020, 3.550/2020, 3.430/2020, 954/2021, 3.054/2000, 3.163/2000, 3.381/2020, 3.697/2020.

3. CONTRIBUIÇÕES DO IBCCRIM AO SUBSTITUTIVO AO PL 6.764/2002 (DEPUTADA MARGARETE COELHO)

Identificam-se, como eixos da análise, os seguintes:

a) dois grandes blocos de pretensão de previsões típicas: bloco de risco ao Estado Democrático de Direito a partir de condutas *internas,* isto é, *específicas e advindas de práticas dentro da República Federativa do Brasil;* e bloco de risco ao Estado Democrático de Direito a partir de condutas *externas,* em que se contempla consórcio de atuação entre brasileiros e pessoas ou órgãos *externos* à República Federativa do Brasil;

b) riscos de sobrecriminalização a partir de acúmulo de previsões de tipos penais para proteger bens jurídicos idênticos ou extremamente próximos entre si;

c) riscos de sobrecriminalização a partir de convivência inútil (e, por isso, problemática e indesejada) entre projetados tipos penais e outros já existentes no sistema penal brasileiro (Código Penal, leis especiais);

d) riscos de tipificação excessiva e fugidia ao *eixo temático* que justifica a proteção mínima e eficaz à democracia brasileira, desbordando para insegurança jurídica e uso perigoso de tipos penais.

É diante desse diagnóstico, feito sobretudo a partir do *substitutivo* da ilustre Deputada Margarete Coelho, que se fazem, a seguir, as considerações propositivas.

3.1. Capítulo dos crimes contra a soberania nacional

É nítido no *substitutivo* o acerto em se tutelar a funcionalidade do Estado Democrático de Direito a partir de riscos que podem advir de ofensas praticadas *internamente,* e outras que podem ser *externas* ou advindas de consórcio entre pessoas nacionais em conjunto com pessoas estrangeiras ou organismos internacionais. Nessa situação, ofende-se a soberania brasileira, ou seja, atinge-se o núcleo do Estado "por fora".

Explicada e compreendida essa preocupação notada no *substitutivo*, os tipos penais de "atentado à soberania" (art. 359-I) e "traição" (art. 359-J) merecem análise conjunta. Isso porque, em ambos, sobressai a proteção em comum do território nacional contra ataques. Vejamos:

3.1.1. Arts. 359-I e 359-J

> *Atentado à soberania*: "Art. 359-I. Participar de operação bélica *com o fim de submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país*:" [...]

> *Traição*: "Art. 359-J. Entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, *com o fim de provocar atos de guerra contra o País, desmembrar parte do seu território, ou invadi-lo*:" [...]

Nas duas previsões, é nítido o fim de fragilizar o território brasileiro, ou parte dele, seja submetendo-o "ao domínio ou à soberania de outro país", seja provocando atos de guerra, para desmembrar o território.

Não parece ao IBCCRIM necessária a existência de duas figuras penais autônomas para a proteção do mesmo risco – integridade territorial e proteção da soberania. E, por isso, se sugere a aglutinação dos dois tipos penais em um único tipo a tutelar o bem jurídico da integridade territorial brasileira, com a seguinte redação:

Sugestão de redação:

Atentado à integridade territorial

> "*Alterar, total ou parcialmente, por meio de operação bélica ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, a integridade territorial da República Federativa do Brasil, com o fim de submeter o território brasileiro total ou parcialmente à soberania de outro país.*
>
> *Pena: reclusão, de três a oito anos.*
>
> *Parágrafo único. Aumenta-se a pena de metade até o dobro, se declarada a guerra em decorrência das condutas previstas no* caput."

A redação proposta pelo IBCCRIM contempla as situações antes espalhadas em dois tipos penais, e prestigia a redação do parágrafo único, em que se aumenta a pena, uma vez declarada a guerra em razão das condutas previstas no *caput* do artigo.

3.1.2. Art. 359-K

Sugestão:

> *Atentado à integridade nacional*
>
> "*Art. 359-K. Usar de violência ou grave ameaça com o fim de desmembrar parte do território nacional, violando o pacto federativo brasileiro.*
>
> *Pena: Reclusão de dois a seis anos, além da pena correspondente à violência.*"

Conquanto previsto no mesmo capítulo, o crime de "atentado à integridade nacional" merece consideração à parte.

O IBCCRIM entende que não se cuida, propriamente, de ato voltado à "integridade nacional", e, sim, de ato voltado contra a Federação brasileira. A consequência de um rompimento federativo é, forçosamente, o desbalanceamento da integridade territorial,

mas o ato em si, a ofensa primária, é contra a *Federação brasileira,* no que contém de União entre Estados, Municípios e Distrito Federal. Rompantes separatistas se voltam contra a *Federação* brasileira, e a consequência territorial, conquanto necessária, não passa disso: uma *decorrência* do rompimento federativo.

Esclarecido isso, sugere-se a alteração do *nomen juris* para o de *rompimento federativo*, não sem destacar que o IBCCRIM entende que a única justificativa para a punição dessa conduta está não no *fim de agir,* e, sim, particularmente na *violência ou grave ameaça.* Parece-nos que, se o que se protege é a convivência harmônica e pacífica e, sobretudo, *consentida* entre todos os cidadãos sob a mesma *Federação*, não há como se imaginar razão de tutela penal em pleitos *pacíficos* de separação.

É dizer: o risco ao Estado Democrático de Direito não está no propósito separatista – ainda que haja razões de ciência política a explicar os motivos de se permanecer unido dentro de uma República *Federativa* –, e sim no ato de se pretender separar da Federação *com aparatos violentos que coloquem em risco a integridade dos cidadãos.*

Com essas observações, sugere-se a modificação do *nomen juris* de "atentado à integridade nacional" para o de "*rompimento federativo*", sem maiores considerações.

3.1.3. Artigo 359 L. Espionagem

> "Art. 359-L. Comunicar ou entregar, a governo ou grupo estrangeiro, ou a seus agentes, documentos classificados como secretos ou ultrassecretos, nos termos da lei.
>
> Pena – reclusão, de três a doze anos.
>
> § 1º Incorre na mesma pena quem:
>
> I – mantém serviço de espionagem ou dele participa, com o objetivo de realizar os atos previstos neste artigo;
>
> II – oculta ou presta auxílio a espião, conhecendo essa circunstância, para subtraí-lo à ação da autoridade pública.
>
> § 2º Se o documento dado ou a informação for transmitida ou revelado com violação do dever de sigilo:
>
> Pena – reclusão de seis a quinze anos.
>
> § 3º Facilitar a prática de qualquer dos crimes previstos neste artigo mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha, ou de qualquer outra forma de acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações.
>
> Pena – detenção de um a quatro anos.
>
> § 4 º Na□o constitui crime a comunicaçao, entrega ou publicaçao de informaçoes ou documentos que versem sobre condutas que impliquem violaçao de direitos humanos."

O crime de espionagem atende à necessária proteção da soberania nacional e de informações relevantes para o Brasil e para sua população. No entanto, da forma como está construído, a moldura proibitiva resta muito aberta. A classificação em *secretos* e *ultrassecretos* dá-se pelo próprio governo, o que pode ensejar abusos e distopias na interpretação do artigo.

Assim, é necessário que se insira no texto características limitadoras da própria informação. O IBCCRIM sugere a inclusão da frase "*que contenham informações que possam ser utilizadas contra a soberania nacional"*.

Sugestão de redação:

> "*Art. 359-L. Comunicar ou entregar, a governo ou grupo estrangeiro, ou a seus agentes, documentos classificados como secretos ou ultrassecretos,* nos termos da lei, que contenham informações que possam ser utilizadas contra a soberania nacional."

3.2. Crimes contra as instituições democráticas

> *Insurreição*: "Art. 359-M. Impedir ou restringir, com emprego de grave ameaça ou violência, o exercício de qualquer dos poderes legitimamente constituídos ou do Ministério Público, ou tentar alterar a ordem constitucional democrática."
>
> *Golpe de Estado*: "Art. 359-N. Tentar depor, por meio de violência ou grave ameaça, o governo legitimamente constituído:" [...]
>
> *Conspiração*: "Art. 359-O. Associarem-se, quatro ou mais pessoas, para a prática de insurreição ou de golpe de estado:" [...]
>
> *Atentado à autoridade*: "Art. 359-P. Atentar contra a vida, integridade física ou liberdade do Presidente da República, do Vice-Presidente da República, do Presidente do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, e do Procurador-Geral da República, com o fim de alterar a ordem constitucional democrática:" [...]

Nota-se, ao se analisar os tipos penais projetados no capítulo dos chamados "crimes contra a instituições democráticas", as figuras de "insurreição" (art. 359-M), "golpe de Estado" (art. 359-N), "conspiração" (art. 359-O), "atentado à autoridade" (art. 359-P), que, em todas as pretendidas figuras típicas, há uma *finalidade* comum, a saber: a de "destituir a ordem constitucional democrática ou o Estado de Direito." Isso é o que se lê expressamente dos dispositivos referidos:

> "*Insurreição*: finalidade específica de 'alterar a ordem constitucional democrática, de modo a produzir instabilidade no funcionamento dos poderes do Estado'.
>
> *Golpe de Estado*: finalidade específica de 'alterar o regime democrático ou o Estado de Direito'.

> *Conspiração*: 'Associarem-se, quatro ou mais pessoas, para a prática de insurreição ou de golpe de estado.'
>
> *Atentado à autoridade*: finalidade de 'alterar a ordem constitucional democrática ou o Estado de Direito'."

O propósito de todos esses imaginados novos tipos penais, como se vê facilmente, ou a expressão conhecida pelos penalistas, o *especial fim de agir,* que anima a todas as condutas vistas como típicas, é o *abalo à ordem constitucional democrática*. Há nuanças semânticas entre uma e outra previsão ("alterar o regime democrático", "destituir a ordem constitucional democrática", "produzir instabilidade no funcionamento dos poderes do Estado"), mas a intenção é comum e pode ser reduzida ao *eixo principal do tema: o abalo ao Estado Democrático de Direito*.

A essência de todos esses crimes pode ser vista como a própria razão de ser da nova legislação: aqui está diretamente focado o problema principal, que é o da democracia vigilante, o de regras de proteção ao sistema democrático. Em outro giro, com essas previsões, é que se chega no nervo da questão: a proteção ao Estado Democrático de Direito.

Reconhecido esse ponto, parece ao IBCCrim que há, nessas previsões típicas, problemas a serem corrigidos no andamento do regular processo legislativo. Isso porque, em primeiro lugar, não se aplaude a iniciativa de se instituir mais de um tipo penal para a proteção do mesmo bem jurídico.

Bem verdade que as figuras podem ter alguma distinção entre si ao se cogitar no agente que as promova (por exemplo: o "golpe de Estado" pode ser promovido tanto diretamente pelo principal representante estatal como por pessoas próximas a ele; ao passo que a insurreição supõe levante de subalternos e, por isso mesmo, chamados de *insurretos*).

Ainda assim, tendo em conta o *objeto da tutela penal*, que é o Estado Democrático de Direito, parece ao IBCCrim que não é necessária a previsão de vários tipos penais. A proliferação de tipos penais, além de significar redundância no tratamento do tema (o que por si causa incerteza na sua aplicação futura), flerta com a insegurança no delineamento futuro (aplicar-se um ou outro, ou cogitação de concurso material de crimes, além de risco de *bis in idem*).

Ao IBCCrim, nesse particular, parece que o melhor seja o enxugamento do número de tipos penais, já que, uma vez elencado o objeto a se proteger, a previsão clara e segura das condutas e os possíveis sujeitos a incorrerem na sanção penal, a legislação será mais eficaz porque mais inteligível a todos.

A proteção penal não está necessariamente no número de crimes, mas, sim, na eficiência de cada tipo penal para cumprir os efeitos pretendidos. Assim, sugere-se a *reacomodação típica das figuras que tenham como eixo central a proteção às instituições democráticas*, reduzindo os tipos cogitados a um só, com redação que seja capaz de abarcar as possíveis distinções que, ao que parece, haviam justificado a previsão de mais de um tipo penal.

A redação proposta é a seguinte, amparada nos subsídios do artigo 2º, do Projeto de Lei 3.864/2020, dos Deputados Paulo Teixeira, João Daniel e Patrus Ananias:

Atentado ao Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido

> *"Alterar, total ou parcialmente, por meio de violência ou grave ameaça, a estrutura do Estado Democrático de Direito constitucionalmente estabelecido, de modo a produzir instabilidade no funcionamento dos poderes do Estado:*
>
> *Pena: reclusão de 4 a 8 anos, além da correspondente à violência."*

A partir dessa previsão nuclear, o IBCCrim entende que, para contemplar os riscos de a ofensa ao Estado Democrático de Direito vir a ser praticada por sujeitos diversos – e ainda assim não incorrer na previsão de mais de um tipo penal –, a figura típica estabelecida no *caput* do artigo pode ser complementada por incisos que lhe deem teor explicativo, atingindo assim os destinatários. Por isso, ao *caput*, acrescenta-se:

> "§ 1º Responde por esse crime quem que incorrer em qualquer das situações previstas abaixo, observada a finalidade prevista no caput*:*
>
> *I – tentar, por violência ou grave ameaça, alterar o governo legitimamente constituído;*
>
> *II – insurgir-se contra poderes do Estado com o propósito de abolir o voto direto, secreto, universal e periódico ou impedir o pleno exercício das funções do Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, dos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, das Assembleias Legislativas e Distrital, do Supremo Tribunal Federal, dos demais tribunais, dos Prefeitos e das Câmaras Municipais;*
>
> *III – destruir, inutilizar, total ou parcialmente, definitiva ou temporariamente, meios de comunicação ao público ou de transporte, instalações públicas ou estabelecimentos destinados ao fornecimento de energia, à defesa nacional ou a satisfação de necessidades gerais e impreteríveis da população, com o fim de destituir a ordem constitucional democrática ou o Estado de Direito.*"

Antes dos comentários posteriores, já se deve explicar que o inciso III inserido decorreu de uma opção político-criminal amparada na similitude da *finalidade* de quem comete determinada conduta. Explica-se: o renumerado inciso constava de *crime autônomo* no substitutivo (crime de "sabotagem", art. 359-T) e era tratado como crime único no capítulo dos "crimes contra o funcionamento dos serviços essenciais."

Ao IBCCrim parece, contudo, que o dispositivo estava mal colocado, pois a *finalidade* daquela previsão era justamente a de "destituir a ordem constitucional democrática ou o Estado de Direito", ou seja, todas as razões da aglutinação enumerativa das *formas de prática* de determinados atos *imbuídos do mesmo fim* devem ser tratadas uniformemente, no mesmo dispositivo.

Por isso, o IBCCrim sugere a exclusão do crime de "sabotagem" do substitutivo e sua reacomodação dentro do crime ora em comento, transformando um tipo autônomo apenas em um modo de se cometer o crime ora discutido.

Adiante, na mesma análise, atento à redação constante do § 1º do substitutivo da ilustre Deputada Margarete Coelho para o crime de *insurreição*, o IBCCrim entende como justificável a manutenção da aludida causa de aumento de pena, bastando para tanto sua

reacomodação, para o § 2º do tipo penal ora sugerido. De outro lado, entende-se que há novo subsídio do PL 3.864/2020 na matéria, podendo haver acréscimo de outros dois parágrafos ao texto comentado, com novas causas de aumento de pena, já conforme a reacomodação que se sugere:

> "*§ 3º Se o crime for praticado por agentes públicos, a pena é aumentada em um terço; se o agente for militar, da ativa, reserva ou reformado, a pena é aumentada pela metade e cumulada com a perda do cargo ou da função pública e da patente.*
>
> *§ 4º A pena é aumentada pela metade se quaisquer dos crimes for cometido por meio de insurreição de membros das Forças Armadas ou da polícia militar.*"

Com essa sugestão, o IBCCrim entende contribuir para o aprimoramento do processo legislativo, já que passa a se contemplar em uma única figura típica condutas que estavam, antes, espalhadas e sobrepostas em mais de uma.

Por outro lado, e ainda nesse capítulo, o IBCCrim entende que o projetado crime de "conspiração" não deve ser transformado em lei. A figura, como salta aos olhos, mais não é do que uma punição a um ajuntamento de pessoas, sempre observada a finalidade específica.

A propósito disso, mesmo que se cuide de legislação obediente ao mandado constitucional de criminalização (art. 5º, XLIV, da CF), é fato que o Código Penal *já prevê* a punição ao agrupamento de pessoas para a prática de crimes (art. 288), bem como que a própria lei brasileira dirigida às chamadas organizações criminosas (Lei 12.850/2013) conceitua e pune as pessoas integrantes de organizações criminosas em razão do número de pessoas agrupadas (art. 1º, § 1º) e inclusive em razão de infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional (art. 1º, § 2º).

Por isso, a conjectura de tipificação de crime de *conspiração* não deve vingar, pois sua configuração redundará em sobreposição ao âmbito *já protegido*, seja pelo Código Penal, seja por legislação esparsa e, em ambos as condutas do agrupamento de três ou mais pessoas para a prática de crimes, já é satisfatoriamente contemplada, inclusive com patamar de pena parecido ou maior do que o projetado (arts. 288 e 288-A do CP), ou inclusive palpavelmente superior (como no caso da Lei 12.850).

O crime de "conspiração", pois, merece ser excluído do substitutivo, na visão do IBCCrim.

Depois, o IBCCRIM considera, ao final, que o crime de "atentado à autoridade" também deve ser *excluído*. A razão do entendimento é parecida com a que guiou o entendimento a propósito do crime de "conspiração". Deve ser observado, de fato, que a previsão projetada trata de "atentar contra a vida, integridade física ou liberdade" das pessoas ali nomeadas.

Do ponto de vista dos debates em curso no Brasil, prestigiar-se tal pretensão de tipicidade é voltar ao espectro da proteção à *pessoa* e não à instituição. Isso pode parecer de difícil compreensão num primeiro momento, já que as pessoas ali indicadas *encarnam, representam,* cada uma determinada instituição, como de fato representam. Acontece que

a compreensão fica mais clara na medida em que, à percepção da separação da proteção do *cargo* e não da *pessoa* em si, vem uma abordagem dogmática. *Todas as condutas já se encontram satisfatoriamente previstas e apenadas no Código Penal.*

Primeiro, "atentar contra a vida" significa inescapavelmente a prática de um crime de homicídio consumado ou tentado. E, sendo assim, deve-se lembrar de que o art. 121 do Código Penal brasileiro tutela a proteção à vida de qualquer pessoa. E, nesse tópico, a inutilidade que a nova legislação traria ao sistema é palpável, já que a pena prevista no novo crime seria a de reclusão de 12 a 30 anos, e é essa *exatamente a pena prevista, desde 1940, no Código Penal, à figura do homicídio qualificado por motivo torpe.* Não há como deixar de concordar que o homicídio, tentado ou consumado, contra qualquer das autoridades, dentro do contexto da proteção ao Estado Democrático de Direito, pode ser visto como exemplo de manual de direito penal de [...] homicídio torpe. *Não há, pois, motivo algum para se punir novamente, e com a mesma pena, a figura já contemplada no direito brasileiro.*

De igual sorte, se a situação do tal "atentado à autoridade" for equivalente a um crime de lesão corporal, o sistema brasileiro igualmente convive com sanção penal suficiente, como se vê do art. 129 do Código Penal. Mesmo que as sanções penais previstas no Código Penal, nesse caso, sejam mais leves do que as previstas no texto projetado (um a cinco anos; e dois a oito anos de reclusão, respectivamente, se a lesão corporal for de natureza grave ou gravíssima – art. 129, §§ 1º e 2º; e dois a oito anos e três a dez anos, no novo tipo penal), levar adiante essa nova tipificação significa *desconsiderar a já existente sanção prevista no ordenamento jurídico para a mesma conduta.*

A alteração, portanto, criará disfuncionalidade no sistema, já que, a partir do *status* de determinadas vítimas, poderia se cogitar que o mesmo ato deve ser reputado como mais grave do que se fosse cometido contra outra pessoa qualquer.

A distinção, como dito em poucos parágrafos anteriores, criará odiosa distinção, pura e simplesmente, em razão de *cargo ocupado* por determinadas vítimas, temporariamente. Não se pode aplaudir o recrudescimento penal que, a pretexto de proteger a democracia e, portanto, aplicação isonômica das leis, estabeleça distinções a partir de situações temporárias de possíveis vítimas – por mais emblemáticos que sejam seus cargos. Isso, com a particular consideração dogmática de risco de mau funcionamento do sistema penal, que já opera, há décadas, com sanção suficiente para essa conduta.

O tipo penal de "atentado à autoridade", pois, na visão do IBCCrim, igualmente deve ser excluído do projeto, sob pena de o substitutivo, inclusive, não promover a necessária redução da tipificação penal ao mínimo necessário a tutelar o Estado Democrático de Direito e, com isso, acabar se confundindo com nova roupagem de ideal que deve ser sepultado.

Por esses mesmos motivos, antecipa-se a consideração do IBCCRIM a outro tipo penal projetado, em capítulo distinto, a saber: o tipo penal de "atentado à autoridade estrangeira ou internacional", único previsto no capítulo dos Crimes contra Autoridade Estrangeira ou Internacional (art. 359-U).

As razões que levaram o IBCCRIM a entender que o crime de "atentado à autoridade" não deve ser prestigiado no andamento do processo legislativo são rigorosamente as mesmas pelas quais se entende que o crime de "atentado à autoridade estrangeira ou internacional" não deve seguir. *Opina-se, pois, pela exclusão de pretensão dessa tipificação, constante do art. 359-U, projetado.*

3.3. Capítulo dos crimes contra o funcionamento das instituições democráticas nas eleições

O IBCCRIM entende que estes crimes não devem constar da discussão ora entabulada, uma vez que são bens jurídicos diretamente vinculados à ordem eleitoral.

Sabidamente, a legislação eleitoral também está sendo objeto de debate público para alteração e criação do novo Código Eleitoral. A discussão, pois, deve se fazer naquele âmbito, para que sistematicamente construa-se proteção efetiva e sem anacronismos e obstáculos a aplicações futuras.

A nossa sugestão, pois, é de que sejam retirados do projeto.

3.4. Das disposições comuns

Louvável a inclusão, no artigo 359-X, de disposições comuns, sendo aplicável a todos os tipos penais do Título inserido. A exclusão das condutas de manifestação de liberdade, seja de expressão, seja de manifestação pública, das molduras proibitivas do tipo, suprimirá em grande parte a má utilização dos artigos e o arbítrio em sua interpretação.

4. Considerações finais

Por meio da presente Nota Técnica, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais expressa, mais uma vez, a necessidade de discussão pública sobre a regulamentação de uma lei que coíba atos violadores do Estado Democrático de Direito.

O IBCCRIM permanece interessado e disponível para participar do aprofundamento da discussão, no campo democrático, de medidas político-criminais que visem à defesa dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

Brasília/São Paulo, 27 de abril de 2021.

Marina Pinhão Coelho Araújo
Presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Fabio Simantob Tofic
2º Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Bruno Salles Ribeiro
1º Secretário do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira
2º Secretário do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Rafael Serra de Oliveira
1º Tesoureiro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Alberto Zacharias Toron
Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Renato Stanziola Vieira
2º Tesoureiro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Maria Carolina de Melo Amorim
Diretora Nacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Carolina Costa Ferreira
Coord. do Dep. de Estudos e Projetos Legislativos do IBCCRIM

Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil

Legal opinion about the National Security Law and defense of the rule of law in Brazil

Miguel Reale Júnior

Professor Titular da Faculdade de Direito da USP. Ex-Ministro da Justiça.
ORCID: [https://orcid.org/0000-002-5635-7610].
miguel@miguelrealejr.adv.br

Alexandre Wunderlich

Professor de Direito Penal na Escola de Direito da PUCRS.
ORCID: [https://orcid.org/000-0001-8090-631X].
alexandre.wunderlich@wunderlich.com.br

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O parecer discute a constitucionalidade da Lei de Segurança Nacional – Lei 7170/83, produzida durante período de processo de abertura democrática, anterior à Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Lei de Segurança Nacional – Estado de Direito – Constituição Federal.

Abstract: This legal opinion discusses the constitutionality of the National Security law – Law n. 7170/83, produced during the period of process of democratic openness, prior to the Federal Constitution of 1988.

Keywords: National Security – Rule of Law – Federal Constitution.

Sumário: 1. Consulta. 2. Da Segurança Nacional. 2.1. Panorama geral: ordem constitucional e Segurança Nacional na experiência brasileira. 2.2. Panorama específico: ordem infraconstitucional e Segurança Nacional na experiência brasileira. 2.3. Atual Lei de Segurança Nacional – Lei 7.170/83. 2.4. Conclusões. 3. Da Lei de Segurança Nacional à proteção e à defesa do Estado de Direito e de suas instituições democráticas. 3.1. Superação da Doutrina de Segurança Nacional. 3.2. Esforços legislativos e vácuo no ordenamento jurídico. 3.3. Conclusões. 4. Resposta à Consulta. 4.1. Legislação de transição. 4.2. A Exposição de Motivos.

Reale Júnior, Miguel; Wunderlich, Alexandre. Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 182. ano 29. p. 333-384. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

4.3. A Ementa. 4.4. Aplicação do Código Penal Militar. 4.5. A Tutela da Segurança Nacional. 4.6. Disposições processuais penais. 4.7. Última conclusão. 5. Referências bibliográficas.

1. Consulta

A Ordem dos Advogados do Brasil tem interesse na discussão sobre a constitucionalidade da Lei de Segurança Nacional – Lei 7170/83. Como se sabe, a lei alterou o quadro político e filosófico das legislações anteriores, possibilitando uma maior abertura na discussão da proteção do regime democrático, que acabou por vir em 1988. A OAB presta serviço público e tem por finalidade a defesa da Constituição Federal, a ordem jurídica do Estado de Direito, os direitos humanos, a justiça social, pugnando pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas do país (art. 44, I, Lei 8.906/94).

No caso em concreto, a OAB visa discutir a superação de um modelo autoritário de Segurança Nacional imposto pelo Regime Militar e a adoção do Modelo de Proteção e Defesa do Estado e suas Instituições Democráticas no Brasil.

Assim, diante da atual situação legislativa, a entidade questiona: *tomando em consideração o modelo autoritário em que está inserida, diante da Constituição Federal de 1988, a atual Lei de Segurança Nacional é suscetível de inconstitucionalidade?*

Diante da pertinência da matéria e a sua importância cívica, os professores oferecem a presente consulta jurídica em atuação voluntária – *pro bono*.

2. Da Segurança Nacional

2.1. Panorama geral: ordem constitucional e Segurança Nacional na experiência brasileira[1]

Os países da América Latina sofreram o impacto do Estado Nacional Socialista alemão (Hitler, 1933-1945) e Estado Nacional Fascista italiano (Mussolini, 1922-1943), passando por um período de "violências de Estado" ou "legalidade autoritária".[2] No Brasil, sob o comando do Regime Militar, após legislações sucessivas desde a *Constituição de 1934*, o país contou com diversas leis de preservação da ordem política e social e da Segurança Nacional. Os vitoriosos revolucionários de 1930, sob o comando do governo

1. O parecer adota como fonte a investigação realizada por WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

2. A expressão "legalidade autoritária" é de PEREIRA, Anthony. *Ditadura e repressão*: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 36. E a expressão "violências de Estado" é de CALVEIRO, Pilar. *Violencias de Estado:* la guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global. Buenos Aires: Siglo Veintieuno Editores, 2012. p. 11.

provisório de Getúlio Vargas, convocaram a constituinte que o elegeu Presidente. Uma vez promulgada a Constituição de 1934, pela primeira vez no texto constitucional surge a defesa do Estado sob a denominação de *Segurança Nacional* como uma condição orientadora da ação política.[3] É sob a égide dessa Carta que surgiu a *Lei 38/35*, que deu início à tipificação dos crimes contra a Segurança Nacional. Todas as questões relativas à Segurança Nacional passam a ser estudadas, teorizadas e coordenadas pelo *Conselho Superior de Segurança Nacional* e pelos órgãos especiais criados para atender às necessidades da mobilização. O texto suspendeu as garantias constitucionais que pudessem prejudicar a Segurança Nacional em Estado de Guerra, registrou que as Forças Armadas eram instituições nacionais permanentes, destinadas a defender a pátria e a garantir os poderes constitucionais, a ordem e a lei.

O golpe e a *Constituição de 1937* prorrogaram o mandato de Getúlio Vargas. A Carta Política, que é marco do Estado Novo e tem Francisco Campos como o principal autor do texto, inicia o desenho *legal* da estrutura para os meios de preservação e de defesa da paz, da segurança e do bem-estar do povo, mantendo o título "Da Segurança Nacional" e inovando com o destaque "Da defesa do Estado". A Segurança Nacional recebeu espaço no artigo 161, com a definição de que as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente da República. No artigo 162 foi mantido o Conselho de Segurança Nacional, presidido pelo Presidente da República. Sob o comando de Getúlio Vargas, "a Polaca" organizou e centralizou os poderes, reintroduziu a pena de morte e fixou regras sobre os Estados de Emergência e de Guerra. A Carta de 1937 ampliou o conceito de Segurança Nacional, "pois ao invés de se ater a supostas ameaças externas" ocorreu "um deslocamento de foco para a criminalidade política e também a criminalidade comum, o que pode ser percebido por uma distinção realizada no texto constitucional diferenciando o Estado de Emergência e o Estado de Guerra".[4] A Constituição, suspensa desde o dia de sua outorga, foi contestada em 1945, quando a vitória dos aliados na II Guerra Mundial ensejou medidas internas contra o fascismo europeu e o nosso Presidente da República entregou o cargo. Ante os compromissos internacionais daquele momento histórico, o país não poderia conviver internamente com uma Carta de inspiração fascista produzida por nacionalistas-autoritários que, a bem da verdade, sequer entrou em vigor, uma vez que seu artigo 187 previa aprovação por plebiscito, o que nunca ocorreu.[5]

3. REALE JÚNIOR, Miguel. Liberdade e Segurança Nacional. In: *Anais da VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Manaus, 1979. p. 291; COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. p. 10; BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 09, 2003. p. 72.

4. COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, cit., p. 12.

5. SARLET, Ingo et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 234.

A nova *Constituição de 1946*, promulgada pelo Presidente Eurico Gaspar Dutra, reconstrói a história política do Brasil, com comunistas e trabalhistas pela primeira vez juntos no parlamento, resgatando a estrutura e as linhas gerais da Constituição de 1891 e de 1934.[6] Os títulos específicos "Da Segurança Nacional" e "Da defesa do Estado" deixam de existir e a expressão Segurança Nacional só aparece na composição do nome do Conselho de Segurança Nacional, no título VII, Das Forças Armadas, na defesa da pátria e para garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem.

O presidencialismo da Constituição Federal de 1946, que inclusive passou pelo Estado de Sítio de 90 dias em 1955, foi marcado por levantes militares e golpes de Estado de intensidades diferentes até a Revolução de 31 de março de 1964, com a deposição do Presidente João Goulart, que assumira a vaga deixada pelo Presidente Jânio Quadros em 7 de setembro de 1961. Produto da Revolução de 1964, a Constituição em 1967 foi aprovada pelo Congresso Nacional, quando foram enterradas as conquistas democráticas da Carta de 1946, marcada por uma série de restrições políticas, pelas eleições indiretas para presidente e pelo retorno da pena de morte.

Sob a influência do Regime Militar, a *Carta Magna de 1967* aparece muito conservadora, tanto em seu contexto orgânico como em sua armadura dogmática. Prevaleceu o papel de preservação do poder com o fortalecimento do Poder Executivo, com substancial ampliação na iniciativa das leis, bem como consubstanciada pela faculdade dada ao Presidente de expedir decretos-lei.[7] O texto permitia ao Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, a expedição de decretos com força de lei sobre as matérias da Segurança Nacional, finanças públicas, criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.[8] Fixada a competência da União para organizar as Forças Armadas, planejar e garantir a Segurança Nacional, para apuração de infrações penais contra a Segurança Nacional, a ordem política e social ou em detrimento de seus bens, serviços e interesses, a questão da Segurança Nacional volta com força de título expresso na "*Seção V – Da Segurança Nacional*". A lei estabeleceu objetivamente o compromisso de que "toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela Segurança Nacional, nos limites definidos em lei". Na linha da norma constitucional anterior, manteve o Conselho de Segurança Nacional destinado a assessorar o Presidente da República, tendo como meta a formulação e execução da política de Segurança Nacional.

A legislação da ditadura militar foi remendada nos anos subsequentes por diversos atos institucionais. O *Ato Institucional 5*, de 13 de dezembro de *1968*, que dispôs, por exemplo, sobre os poderes do Presidente da República de decretar o estado de sítio nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; a intervenção federal, sem os limites

6. BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *1946*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. v. V. p. 10-11. (Coleção Constituições brasileiras).

7. CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *1967*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. v. VI. p. 31. (Coleção Constituições brasileiras).

8. MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 167.

constitucionais; a suspensão de direitos políticos, a restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado e a suspensão de *habeas corpus* para determinados crimes, o que "mergulhou o país, decisivamente, nos abismos do arbítrio",[9] sendo revogado somente no ano de 1978.[10] De 1964 a 1969 foram editados diversos atos pelos Chefes do Exército, da Marinha e da Aeronáutica e pelo Presidente da República, sempre com o respaldo do CSN. O controle militar perdurou até 1985, quando se iniciou a abertura política consagrada na Constituição Federal de 1988.

A *Constituição Federal de 1988* inaugura a fase democrática. O texto de essência garantista adota a democracia como forma de Estado, fixa seus fundamentos e consolida um catálogo de direitos individuais e coletivos no Estado de Direito. A Constituição produz uma ruptura substancial no tratamento da questão da Segurança Nacional. O tema, da forma em que era tratado desde 1934, dá espaço à "*Proteção e Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*",[11] ocasionando um giro conceitual na legislação do país. A competência da União deixa de garantir a segurança nacional, a ordem política e social e passa a assegurar, com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a "*guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas*". São adotados o Estado de Defesa e o Estado de Sítio, no teor do Título V, "Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas", no Capítulo I.[12] O Conselho de Segurança Nacional, destinado a assessorar o Presidente

9. BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984. p. 39.

10. SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 361.

11. A expressão "Instituições Democráticas" é adotada por WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, cit., p. 46. Como forma de adequar o tema da Segurança Nacional ao modelo trazido pelo texto constitucional de 1988, que protege a organização política do Estado em sua órbita *interna*, especialmente na linha do que dispõe: "*Art. 1º*. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; [...] V – o pluralismo político"; "*Art. 4º*. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] II – prevalência dos direitos humanos; [...] VI – defesa da paz; VII – solução pacífica dos conflitos; VIII – repúdio ao terrorismo [...],"; "*Art. 23*. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público [...] e no título V, Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas". Entende-se por "Instituições Democráticas" todos os instrumentos do Estado que operam em favor de sua integridade, seu funcionamento e de sua realização enquanto Estado de Direito, assim, todos os órgãos constitucionalmente estabelecidos. Os parlamentos, os executivos, os judiciários e os serviços públicos essenciais são entendidos por Instituições Democráticas, pois a democracia é estruturada e se manifesta por meio dessas Instituições. Logo, a defesa das Instituições Democráticas representa a própria defesa da democracia, a realização do Estado de Direito por meio da concretização dos direitos fundamentais.

12. Na vigência do Estado de Defesa, para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza, é possível:

da República e previsto nas Constituições anteriores, dá lugar ao Conselho de Defesa Nacional, estabelecido na Seção V, Subseção II, idealizado como órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a "defesa do Estado democrático".

2.2. Panorama específico: ordem infraconstitucional e Segurança Nacional na experiência brasileira

A primeira legislação nacional sobre Segurança do Estado data da Primeira República. Após o golpe de 1930 e os anos de profunda instabilidade política e de administração precária pela Junta Militar, o país conviveu com as tendências da Ação Integralista Brasileira, de concepção nacionalista-cristã de inspiração fascista, com base no famoso postulado *Deus*, *Pátria* e *Família* e com o Movimento Comunista de ideologia marcadamente marxista, que via na luta de classes a possibilidade de mudança social.[13] Foi no ambiente nacionalista, após a Constituição de 1934, que surgiu a *Lei 38*, *de 4 de abril de 1935*,[14] encaminhada ao Congresso Nacional pelo Ministro da Justiça Vicente Ráo e que

I – restrições aos direitos de: a) reunião, ainda que exercida no seio das associações; b) sigilo de correspondência; c) sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; II – ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes. O tempo de duração do estado de defesa não será superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, se persistirem as razões que justificaram a sua decretação. Na vigência do estado de defesa: I – a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial; II – a comunicação será acompanhada de declaração, pela autoridade, do estado físico e mental do detido no momento de sua autuação; III – a prisão ou detenção de qualquer pessoa não poderá ser superior a dez dias, salvo quando autorizada pelo Poder Judiciário; IV– é vedada a incomunicabilidade do preso. (artigo 136) Na vigência do *estado de sítio*, nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa ou na declaração de estado de guerra só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: I – obrigação de permanência em localidade determinada; II – detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; IV – suspensão da liberdade de reunião; V – busca e apreensão em domicílio; VI – intervenção nas empresas de serviços públicos; VII – requisição de bens (artigos 137 e 139).

13. SILVA, Carlos A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 97.

14. O texto disciplinou, no capítulo I, os crimes contra a *ordem política*, cujo artigo 1º tipificou a tentativa de mudança, por meios violentos, da Constituição da República, no todo ou em parte, ou da forma de governo por ela estabelecida. Os artigos 2º e 3º estabeleceram como crimes a oposição à reunião ou ao livre funcionamento de qualquer dos poderes políticos e, por meio de ameaça ou violência, o livre e legítimo exercício de funções de qualquer agente de poder político. A legislação também especificou delitos contra a Administração Pública, como o artigo 7º, com a conduta de incitar funcionários públicos ou servidores do Estado à cessação coletiva, total ou

teve como essência o Projeto de Lei 78, que definia crimes contra a ordem política e social. A iniciativa legislativa foi denunciada por alguns resistentes como "*Lei Monstro*".

Era o início de uma página triste da história do país.[15] "Dentro de um contexto, cujo objetivo não é a defesa da Nação, mas, precipuamente, do Estado", que nem sempre é expressão sincera da nação, tem-se na legislação de 1935 o princípio do processo de criminalização de condutas atentatórias contra o Estado,[16] "editada para preservar o que se chamou de Estado Novo".[17] É evidente, como afirma a rica pesquisa de Carlos Canedo Gonçalves da Silva, "que a legislação de segurança navegava ao sabor da conjuntura política, e isso pode ser considerado uma das causas da sua não inclusão no Código Penal, cujo processo de modificação é mais delicado".[18] "A história da repressão política no Brasil sublinha, com destaque, o processo de seu recrudescimento", sendo tarefa difícil estudar "o desenvolvimento histórico da nossa legislação de segurança sem referências ao processo político que está na origem das diversas leis que vieram a lume a partir de 1935".[19]

Nesse determinado período, houve a opção do Estado pela especificação das regras processuais para os *crimes políticos*, sob o comando do Presidente Getúlio Vargas e com a principal finalidade de submeter os crimes contra a segurança do Estado previstos na legislação extravagante a um regime rigoroso, com o abandono das garantias processuais.[20]

---

parcial, dos serviços a seu cargo. No capítulo II, criou crimes contra a *ordem social*, a partir do artigo 14 com o tipo de incitar diretamente o ódio entre as classes sociais e, depois, com o tipo legal de crime de instigar as classes sociais à luta pela violência, previsto no artigo 15. Para além de criar as primeiras figuras penais no Brasil, a lei fixou regras gerais com base na Constituição da República de 1934, como a prevista no artigo 22, que advertia que não será tolerada a propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social. O § 1º do mesmo dispositivo assegurou que ordem política é a que resulta da independência, soberania e integridade territorial da União, bem como da organização e atividade dos poderes políticos, estabelecidas na Constituição da República, nas dos Estados e nas leis orgânicas respectivas. O § 2º definiu que a ordem social é a estabelecida pela Constituição e pelas leis relativamente aos direitos e às garantias individuais e sua proteção civil e penal; ao regime jurídico da propriedade, da família e do trabalho; à organização e ao funcionamento dos serviços públicos e de utilidade geral; aos direitos e deveres das pessoas de direito público para com os indivíduos e reciprocamente.

15. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 90.

16. BATISTA, Nilo. Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte. In: *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984. p. 14-15.

17. BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, cit., p. 67.

18. SILVA, Carlos A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*, cit., p. 97.

19. SILVA, Carlos A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*, cit., p. 98.

20. DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 268; O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos de representações do Estado Novo à ditadura militar brasileira (1935-1985). *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, jul.-dez. 2013. p. 528.

Como ocorreu com o *Decreto 229*, que ordenou o fechamento em todo o território nacional dos núcleos da Aliança Nacional Libertadora,[21] cujo Presidente de honra era Luiz Carlos Prestes.

No mesmo ano, ante a ameaça da Intentona Comunista, o texto foi reforçado pela *Lei 136*,[22] que criou figuras penais e aprimorou algumas regras procedimentais para os chamados crimes políticos. Ainda em 1936, na busca da tutela da Ordem Política e Social do Estado, foi instituído pela *Lei 244*, como um órgão da Justiça Militar, o Tribunal de Segurança Nacional[23] (a partir deste ponto, tratado por TSN), modificado posteriormente pelo *Decreto-Lei 88, de 1937*. O TSN, que "era o espelho do Estado forte que se fazia presente para proteger a nação do perigo das doutrinas exógenas, materializada principalmente pelo comunismo, mas também pelo integralismo", funcionou com sede no

21. NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)*: do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010. p. 131; SILVA, Carlos Canedo Gonçalves da. *Crimes políticos*, cit., p. 98.

22. A Lei endurece o sistema punitivo com mecanismos de censura e interdição de empresas, cria a possibilidade de afastamento compulsório de oficiais e funcionário público, independentemente de eventual ação penal pela prática de crime previsto na Lei 38, com prejuízo de todas as vantagens a esse inerentes, tornando-se passível de exoneração. Entre outros tipos penais, na linha do texto anterior, vale citar o artigo 7º, que previu o delito de abusar, por meio de palavras, inscrições, gravuras na imprensa, da liberdade de crítica, para, manifestamente, injuriar os poderes públicos ou os agentes que o exercem. E, ainda, o artigo 21, que estabeleceu a expulsão imediata do estrangeiro, mesmo proprietário de imóveis, que praticar qualquer dos crimes definidos na lei ou na anterior Lei 38, que de qualquer modo possa atentar ou tenha atentado contra a ordem e segurança nacionais. No ponto, ver: BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte, cit., p. 16-17: "*O Estado Novo foi pródigo, é claro, nesta espécie de leis.* [...] *inicialmente, na Lei n. 38, de 1935, que pode ser considerada como verdadeira matriz da nossa tradição legislativa autoritária.*" "*A Lei n. 136, ainda de 1935, alterou e agravou alguma coisa na Lei n. 38, notadamente visando a impedir a filiação de funcionários públicos e militares ao Partido Comunista.*" "*O Decreto* [...] *dissolveu todos os partidos políticos, e, finalmente, o Decreto-lei n. 431, de 1938, que foi o ápice desse percurso, promoveu um endurecimento e uma sistematização da Lei n. 38*".

23. DAL RI JÚNIOR, Arno. *O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira*: usos de representações do Estado Novo à ditadura militar brasileira (1935-1985), cit., p. 529. O autor lembra que era um típico Tribunal de Exceção, composto por juízes civis e militares escolhidos pelo Presidente da República, quando do Estado de Guerra. A criação da Corte estava ligada à repressão dos envolvidos na rebelião comunista de 1935. O TSN foi novamente disciplinado pela Lei Constitucional 741, em 1942, que deu nova redação ao artigo 173 da Constituição, após definir que os crimes cometidos contra a estrutura das instituições, a segurança do Estado e dos cidadãos serão julgados pela Justiça Militar ou pelo Tribunal de Segurança Nacional. O TSN só foi extinto pela Lei Constitucional 14, de 1945, que disciplinou sobre a competência para o processo e julgamento de crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e a guarda e o emprego da economia popular.

Distrito Federal, sempre que decretado o Estado de Guerra.[24] O TSN era composto por cinco juízes nomeados livremente pelo Presidente da República, com competência para processar e julgar em primeira instância os militares, as pessoas que lhes eram assemelhadas e os civis nos crimes contra a segurança externa da República, os crimes contra as instituições militares e os crimes com finalidades subversivas das instituições políticas e sociais, nos termos e nas definições da Lei 38 de 1935 – "Lei Monstro".

Somente em 1938 houve alterações legislativas, inicialmente pelo *Decreto-Lei 428*, que tratou da forma do processamento dos crimes das leis anteriores (38 e 136/35) perante o TSN. Ato contínuo, pelo Decreto-Lei 431, definiu crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a Ordem Social, também processados e julgados pelo TSN. Mais tarde, em 1939, o Decreto-Lei 474 tratou novamente do processo dos crimes perante a mesma Corte.

É útil ao presente parecer a trajetória legislativa construída na investigação de Alexandre Wunderlich, que demonstra um especial interesse na defesa social em detrimento das liberdades individuais no Estado Novo, o que pode ser comprovado pelo endurecimento do sistema punitivo na segurança do Estado a partir de 1938, desde a perspectiva de crimes e penas até o incremento de regras de natureza processual.[25]

Importa registrar que a intervenção penal foi legitimada no preâmbulo da Carta de 1937, pois o "estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista" exigia "remédios, de caráter radical e permanente". O aumento de penas,[26] a adoção da pena de morte[27] executada por fuzilamento numa das prisões do Estado, designada pelo ministro

24. NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945):* do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro, cit., p. 133: "*Vargas vislumbrava que a repressão proposta aos comunistas participantes do levante esbarraria na morosidade dos tribunais. Assim, começou-se a levantar como alternativa a criação de um tribunal especial para o julgamento de tais crimes, por entenderem estes se localizarem fora da esfera dos delitos comuns. Para tanto, precisaria de prerrogativas que a Constituição não lhe outorgara. Discutindo com o Ministro da Justiça e parlamentares aliados, chegaram à criação da fórmula do estado de guerra fictício, que seria um estado de sítio por conta de comoção intestina. Tal fórmula foi referendada pela Emenda Constitucional n. 1/35, que concedia efeitos de Estado de Guerra ao Estado de Sítio. Essa manobra possibilitaria que se deslocasse a competência da justiça comum federal para a militar*".

25. WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, cit., p. 85 et. seq.

26. O crime previsto no artigo 1º da Lei 38, de 1935, de tentar mudar, por meios violentos, a Constituição da República, no todo ou em parte, ou a forma de governo, que tinha pena estabelecida em reclusão de 6 a 10 anos aos cabeças e de 5 a 8 aos corréus, passou a ter a pena definida pelo artigo 3º, 1, do Decreto-Lei 431, de 1938, de 15 a 20 anos de prisão para os cabeças, quando não couber a pena de morte; e 8 a 12 para os demais.

27. *Art. 2º.* Caberá pena de morte nos seguintes crimes: 1) Tentar submeter o território da Nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro; 2) Atentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, procurando desmembrar o território sujeito à sua soberania; 3) Tentar por meio de movimento armado o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder

da Justiça e Negócios Interiores e do recurso *ex officio* contra as sentenças absolutórias são exemplos do recurso à política criminal para implementação da defesa do Estado contra os inimigos comunistas.

Após, ainda na linha da Lei de Segurança Nacional e mantendo a tradição do tratamento do tema na *legislação especial*, houve a publicação do *Decreto-Lei 4.766, de 1942*, com largo espectro ao definir os crimes militares e contra a segurança do Estado, em tempo de guerra e com processo e julgamento pelo TSN. O Decreto-Lei puniu o exercício de coação contra oficial general ou comandante com o fim de impedir-lhe o cumprimento de dever militar, o aliciamento para que se passe para o inimigo ou para que liberte prisioneiros, a fuga ou a incitação à fuga em presença do inimigo, a espionagem política ou militar, entre as mais de cinquenta figuras penais. O *Tribunal de Segurança Nacional foi, em definitivo, extinto pela Lei Constitucional 14, de 1945*, que dispôs sobre a competência para o processo e julgamento dos crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e a guarda e o emprego da economia popular.[28]

Com o final do Estado Novo e com o fim da Segunda Guerra Mundial, na vigência da Constituição de 1946 foi publicada a *Lei 1.802/53* – uma nova LSN que definiu os "crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social" e revogou as disposições em contrário, especialmente as Leis 38/35, 136/35 e 431/38. A Lei trouxe mais de duas dezenas de molduras penais, punindo, por exemplo, a tentativa de submeter o território da nação, ou parte dele, à soberania de Estado estrangeiro; desmembrar, por meio de movimento armado ou tumultos planejados, o território nacional desde que para impedi-lo seja necessário proceder a operações de guerra; mudar a ordem política ou social estabelecida na Constituição, mediante ajuda ou subsídio de Estado estrangeiro ou de organização estrangeira ou de caráter internacional; subverter, por meios violentos, a ordem política e social, com o fim de estabelecer ditadura de classe social, de grupo ou de indivíduo, bem como promover insurreição armada contra os poderes do Estado.

Naquele momento era evidente, na Lei 1.802/53, a existência de uma preocupação do Estado em sancionar o serviço secreto destinado à espionagem, à publicidade de guerra,

---

a operações de guerra; 4) Tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; 5) Tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; 6) Insurreição armada contra os poderes do Estado, assim considerada ainda que as armas se encontrem em depósito; 7) Praticar atos destinados a provocar a guerra civil, se esta sobrevêm em virtude deles; 8) Praticar devastação, saque, incêndio, depredação ou quaisquer atos destinados a suscitar terror, com o fim de atentar contra a segurança do Estado e a estrutura das instituições; 9) Atentar contra a vida, a incolumidade ou a liberdade do Presidente da República.

28. NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)*: do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro, cit., p. 131.

ao repasse de informações ou documentos de caráter estratégico e militar ou de qualquer modo relacionados com a defesa nacional, tudo na defesa de "crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social". A Lei de Segurança Nacional 1.802/53 faz menção aos crimes contra a Ordem Política e Social, mas sem qualquer confusão com a criminalidade ordinária.[29] A nova Lei de Segurança Nacional "quis abrandar uma legislação já inadequada, já envelhecida pelo processo político e empreender uma liberalização da legislação anterior, guardando não obstante muitos vestígios".[30]

Após o *Golpe Militar de 1964*,[31] com o colapso da ordem institucional,[32] a Lei 1.802/53 não se mostra mais suficiente às aspirações do novo regime e às suas pretensões punitivistas. Editada com base no Ato Institucional 2, surgiu a nova Lei de Segurança Nacional, publicada pelo *Decreto-Lei 314*, *de 1967*, que foi o primeiro a definir os "crimes contra a Segurança Nacional, a Ordem Política e Social", seguindo a orientação da Carta Magna, e passou a vigorar dois dias antes do fim da *vacatio legis* da Constituição Federal de 1967.[33] Em suas disposições preliminares, a Lei de Segurança Nacional definiu conceitos básicos da Segurança Nacional que devem inspirar o juiz ou Tribunal quando de sua aplicação. A lei inicia com a reprodução do texto constitucional previsto na "Seção V – Da Segurança Nacional", ao afirmar que "toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei".

A Lei de Segurança Nacional trata a Segurança Nacional como "garantia da consecução dos objetivos nacionais contra antagonismos, tanto internos como externos" compreendendo, essencialmente, "medidas destinadas à preservação da segurança externa e interna", inclusive a prevenção e repressão da "guerra psicológica adversa" e da "guerra revolucionária ou subversiva". Pela primeira vez, a LSN definiu conceitos de segurança interna, integrada na Segurança Nacional, que dizia respeito às ameaças ou pressões antagônicas, de qualquer origem, forma ou natureza, que se manifestem ou produzam efeito no âmbito interno do país. De igual modo, a "guerra psicológica adversa" foi conceituada como o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais. E, ainda, a "guerra revolucionária", que foi definida legalmente como o conflito interno, geralmente inspirado em

29. COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, cit., p. 13.

30. BATISTA, Nilo. Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte, cit., p. 17.

31. As ditaduras militares apareceram em todos os países do chamado cone sul da América Latina, assim como no Brasil em 1964, ocorreu no Paraguai em 1954, na Argentina em 1966 e 1976 e no Chile e no Uruguai em 1973.

32. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 72.

33. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*, cit., p. 92; COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, cit., p. 13.

uma ideologia ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da nação.

As conceituações citadas na primeira LSN do regime autoritário revelam a clara implementação da conhecida *Doutrina de Segurança Nacional* (DSN),[34] a partir de

34. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*: o poder militar na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978. p. 21-22; 54-55: "*Criticaram-nos por dar à Doutrina da Segurança Nacional uma consistência e uma rigidez que ela não possui e de não fazer caso da diversidade e da flexibilidade da História. A essa objeção, respondemos que se os regimes militares que invocam a segurança nacional estão submetidos à flexibilidade da História, isso prova que existe uma Doutrina da Segurança Nacional de uma rigidez bem militar. Não pretendemos que seja preciso explicar a totalidade da evolução política das atuais ditaduras latino-americanas pela Doutrina da Segurança Nacional; porém esta doutrina é extremamente estruturada. Encontra-se nos cursos das Escolas Militares que foram fundadas para aprimorá-la e que se consagram inteiramente a essa tarefa: citemos, por exemplo, o National War College e o Industrial College of the Armed Forces, em Washington, a Escola Superior de Guerra, no Brasil, a Academia Superior de Seguridad Nacional, no Chile. Os professores dessas escolas indicam aos alunos textos para serem lidos, diversos papéis e esquemas de estudo para os seminários. É este, fundamentalmente, o material que nos permite conhecer a Doutrina da Segurança Nacional. Ora, se compararmos os textos dos Estados Unidos, do Brasil ou do Chile, constataremos uma espantosa semelhança entre eles: a língua difere, porém os conceitos são idênticos. Há certamente uma doutrina muito rígida que vem dos Estados Unidos e é transmitida quase sem modificações nas escolas de segurança nacional da América Latina. A mesma doutrina serve de fundamento, e é invocada explícita ou implicitamente nos manuais e cursos de estratégia das escolas de guerra. Está implícita ou explícita nos trabalhos que constituem o que se chama, nos Estados Unidos, os assuntos da segurança nacional (National Securit Affairs), domínio dos civis que elaboram e discutem a política mundial dos Estados Unidos. Nos Estados Unidos a Doutrina da Segurança Nacional não foi sintetizada.* [...]". Segundo o autor, o conceito de segurança nacional está no centro da doutrina: "*Freqüentemente os manuais americanos que tratam do assunto nem chegam a defini-la: ela está presente em toda parte e jamais é explicada. É interessante notar que a Segurança Nacional proporciona um equivalente dos Objetivos Nacionais: estes se reagrupam, finalmente, sob um único chefe, a Segurança Nacional, de tal modo que a estratégia visa indiferentemente os Objetivos Nacionais e a Segurança Nacional. Pois a Segurança Nacional tem uma relação com os Objetivos Nacionais*". "*A Segurança Nacional é a capacidade que o Estado dá à Nação para impor seus objetivos a todas as forças oponentes. Essa capacidade é, naturalmente, uma força. Trata-se, portanto, da força do Estado, capaz de derrotar todas as forças adversas e de fazer triunfar os Objetivos Nacionais*". "*Os Objetivos Nacionais constituem um conjunto bastante vago. Os autores reconhecem que há um só bem, que é a espinha dorsal da segurança nacional e é sempre um objetivo e deve sempre ser colocado em segurança: a sobrevivência da nação. No entanto, imediatamente volta a incerteza.* É excepcional que a existência física de uma nação esteja em perigo. Estende-se, portanto, a sobrevivência a um certo número de atributos considerados essenciais à sobrevivência: crenças, uma religião, instituições políticas, etc. E a incerteza volta. Em suma, a segurança nacional não sabe muito bem quais são os bens que devem ser postos em segurança de qualquer maneira, mas sabe muito bem que é preciso colocá-los em segurança [...]".

um referencial teórico[35] muito organizado e que pretende o abandono da concepção tradicional dos crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social.

A Doutrina de Segurança Nacional, de emulações militares e antagonismo total com os países comunistas, começou a ser redigida no momento em que se instaurava uma bipolaridade mundial fruto da denominada Guerra Fria, logo após o final de Segunda Guerra Mundial,[36] com suas vertentes originárias nos Estados Unidos e na França, chegando aos países da América Latina como o Brasil.[37] A partir desse momento, a Doutrina de Segurança Nacional (que seduzia por sua simplicidade)[38] foi o referencial norteador da produção legislativa sobre segurança do Estado, fundamentalmente de 1964 até o ano de 1983, quando deixou suas digitais na última LSN do país. A doutrina "é fruto da convicção de que o povo brasileiro, em sua imaturidade e com seu caráter expansivo, precisa de curador que o proteja de doutrinas exóticas, contrastantes com a tradição cristã de nossa gente".[39]

O conceito de Segurança Nacional, portanto, é o busílis da questão.

A criação está no cerne do programa doutrinário que introduziu em nosso país uma fórmula abrangente de todo e qualquer bem-interesse elevado à categoria de objetivo nacional, como objeto da tutela jurídica nessa espécie de criminalidade política contra a nação.[40] O sem-número de menções feitas à Segurança Nacional refletia

35. GIANNAZI, Carlos. *A Doutrina de Segurança Nacional e o Milagre Econômico (1969/1973)*. São Paulo: Cortez, 2013. p. 65. Entre os principais apologistas da DSN estão os generais Golbery do Couto e Silva e Carlos de Meira Mattos; José Alfredo Amaral Gurgel (docente da UNICAMP e Mackenzie, autor de *Segurança e democracia:* uma reflexão política. Rio de Janeiro: José Olympio, 1975); Jorge Boaventura (professor e jornalista); Mário Pessoa (jurista, publicou *O direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército/ Ed. RT, 1971).

36. Sobre a formação da DSN, ver: RIVAS NIETO, Pedro. *Doctrina de seguridade nacional y regímenes militares em iberoamérica*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2008. p. 67; GIANNAZI, Carlos. *A Doutrina de Segurança Nacional e o Milagre Econômico (1969/1973)*, cit., p. 66; SILVA, Carlos A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*, cit., p. 102; SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar*: responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010. p. 23.

37. URÁN, Ana María Bidegain. *Nacionalismo, militarismo e denominação na América Latina.* Petrópolis: Vozes, 1987. p. 146.

38. RIVAS NIETO, Pedro. *Doctrina de seguridade nacional y regímenes militares em iberoamérica*, cit., p. 36.

39. REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 124.

40. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*, cit., p. 92.

o ideário da DSN produzido na famosa Escola Superior de Guerra[41] (ESG), responsável também pela teorização e pela profusão do discurso[42] da doutrina de segurança.

41. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*, cit., p. 151 et seq. O Brasil é exemplo de adoção da ideologia da Segurança Nacional, pois houve uma preparação sistemática, perseverante e contínua durante 15 anos. A ESG é uma instituição *sui generis* que (*a*) depende exclusivamente do Estado-Maior das Forças Armadas, (*b*) goza de grande independência em relação ao Exército, à Marinha e à Aeronáutica e (*c*) destina-se a formar civis e militares como classe de dirigentes. Depois de 1964, os altos postos da administração pública foram ocupados por ex-alunos da ESG: "*A preparação direta para o novo regime militar brasileiro foi a Escola Superior de Guerra, fundada em 1949. Porém os homens que fundaram a Escola Superior de Guerra para imitar o National War College de Washington e introduzir suas doutrinas no Brasil não partiram do nada* [...]". "*Ela esquematizou a doutrina americana: objetivos nacionais, poder nacional, segurança nacional, conceito estratégico nacional. Essas categorias englobam todos os aspectos da realidade nacional. O esquema abstrato do Estado futuro já está claramente concebido. Até 1964, os teóricos da Escola Superior de Guerra são pouco explícitos quanto ao que se relaciona com a forma do Estado ou o regime político. Falam como se todo o sistema fosse exeqüível dentro do regime democrático estabelecido. É provável que não vejam bem ainda qual será a forma do Estado chamado a pôr em ação a Doutrina da Segurança Nacional*". "*Ascendendo ao poder, tinham duas ideias muito claras: sua Doutrina da Segurança Nacional lhes proporcionava finalmente um instrumento para governar o país, e o destino do Brasil estava ligado ao dos Estados Unidos, no seio da guerra fria: esses dois motivos haviam-nos levado a optar pela Doutrina da Segurança Nacional. Não houvera necessidade de que os Estados Unidos fizessem um esforço para impô-la. Pelo contrário, ela foi adotada com entusiasmo e sem nenhum sentimento de subordinação. Os efeitos das demonstrações da superioridade americana eram suficientes: a Doutrina da Segurança Nacional era uma das amostras da superioridade dos Estados Unidos e, fora de dúvida, um dos segredos dessa superioridade*".

42. Nesse sentido: COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*, cit., p. 151 et seq.; BARROSO, Luis Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 71 (afirma que a DSN, "embora tenha sua origem associada à política francesa durante a Guerra da Argélia, desenvolveu-se sobretudo nas escolas militares dos Estados Unidos da América, no período posterior à Segunda Guerra Mundial" e que "sua importação e adaptação se deveram especialmente à Escola Superior de Guerra, criada em 1949, e que foi o centro de difusão das ideias que deram suporte ao sistema de poder que se implantou no país após o movimento militar de 1964"; GIANNAZI, Carlos. *A doutrina de segurança nacional e o milagre econômico (1969/1973)*, cit., p. 66 (destaca a ESG e sua importância para a DSN e no estudo de temas estratégicos); ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, p. 608 (atestam que a ideología de Segurança Nacional foi trazida à América por autores franceses e desenvolvida por Escolas de Guerra); COSTA, Rodrigo Souza. *Direito penal e segurança*, cit., p. 9 (confirma que o discurso sobre segurança no Brasil era fundamentado pela ideologia ou DSN, que partia de pressupostos firmados para sustentar o regime totalitário e militarizado, lembrando que Cordeiro de Farias, um dos criadores da ESG afirmou que a expressão Segurança Nacional surgiu após a II Guerra Mundial, vindo a substituir a expressão "defesa nacional". "A segurança nacional, como já mencionado, consistia numa doutrina, ou seja, um conjunto de princípios nos quais se baseava a ideia de Estado. Tal doutrina era substanciada tanto nas Constituições posteriores, mas também nas chamadas Leis de Segurança Nacional, expressão jurídica mais completa de tais princípios"); DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*, cit., p. 285; *O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira*, cit., p. 531 (revela que a DSN teve sua importância na reformulação operada pela ESG,

A Escola Superior de Guerra foi criada pela *Lei 785, de 1949*, no governo do Presidente Eurico Gaspar Dutra, como um instituto de "altos estudos", subordinado diretamente ao Chefe do Estado Maior das Forças Armadas e destinado a desenvolver e consolidar os conhecimentos necessários para o exercício das funções de direção e para o planejamento da Segurança Nacional. A Escola Superior de Guerra atuou por mais de 25 anos e recebeu especial importância justamente a partir do diploma constitucional que se notabilizou por "atribuir a cada cidadão a responsabilidade pela segurança nacional", um decreto que ficou "caracterizado pela expansão da criminalidade passível de ser tutelada pela lei de segurança nacional".[43] Era, pois, um discurso de segurança diferente daquele produzido na Era Vargas, que surgiu com a Lei 38 de 1935. Houve uma ressignificação do

com inspiração nos estudos da *National War College*, que contemplava elementos inovadores, mas que se fundava principalmente na luta ao comunismo); FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional*: uma experiência antidemocrática. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 16 (indica que a ESG elaborou a DSN que motivou o Decreto Lei 898/1969.); REALE JÚNIOR, Miguel. Liberdade e Segurança Nacional, cit., p. 291 (certifica os documentos *Manual Básico de 1976* e o Curso de Divulgação das Bases para o esclarecimento da DSN de 1962 para demonstrar o papel influente da ESG); PESSOA, Mário. *O direito da segurança nacional*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército/Ed. RT, 1971. p. 27 (expositor oficial da DSN, mostra o papel da ESG na estrutura do pensamento e nas conceituações, sobretudo na construção do "conceito de Nação"); GARCEZ NETO, Martinho. *Democracia, doutrina políticas e segurança nacional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965. p. 132 (sublinha que é "uma das mais importantes instituições culturais de nossa pátria", rogando que sua doutrina "há de frutificar, como grandioso exemplo para todos os homens cultos do país, pois que ela não resulta de ideias impostas ou de ortodoxias intolerantes"); BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, cit., p. 38-40 (ressalva o papel da ESG que, assessorada por técnicos americanos, atuava na formação de teóricos, no desenvolvimento de conceitos de seus manuais básicos e na construção oficial da moderna concepção de segurança nacional formada por "equipes de homens superiormente dotados"); NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)*: do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro, cit., p. 144-145 (revela a existência de uma consolidação do Direito da Segurança Nacional no Estado Novo e um discurso produzido a partir do pós-guerra pela ESG que ganhou corpo durante a Ditadura Militar); PEREIRA, Anthony. *Ditadura e repressão*: o autoritarismo e o Estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina, cit., p. 120 (refere o discurso proferido pelo embaixador dos Estados Unidos, Lincoln Gordon, na ESG, logo após o Golpe de 1964, demonstrando a importância da instituição); SILVA, Carlos A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*, cit., p. 104 (assinala que a ESG foi criada pela Lei 785, de 1949, e que teve como fundadores aqueles militares que participaram, juntamente com tropas norte-americanas, da Campanha da Itália, sob o comando do Marechal Cordeiro de Faria); SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar*, cit., p. 24 (aponta a ESG como responsável pelos fundamentos da DSN) e RIVAS NIETO, Pedro. *Doctrina de seguridade nacional y regímenes militares em iberoamérica*, cit., p. 35 (refere a influência do *National War College* e compara a função da ESG com a *Academia Superior de Seguridad Nacional* do Chile, referindo que no Brasil a DSN foi mais sistemática e coerente).

43. COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, cit., p. 13.

termo "segurança nacional" para que, novamente, fosse base para um *corpus* programático de um regime autoritário.[44]

Em 1969 houve duas legislações, *primeiro*, *o Decreto-Lei 510*, *que alterou e agravou*[45] *extraordinariamente o Decreto-Lei 314 de 1967*, que até então definia os crimes contra a Segurança Nacional, a ordem política e social. Logo após, a LSN foi apresentada no Decreto-Lei 898, que, elaborado às pressas e em momento de crise política, revogou o Decreto-Lei 314 de 1967, mas manteve as orientações gerais com a *reintrodução da pena de morte*.[46] Ainda que com os excessos[47] e as imperfeições técnicas,[48] acabou por ser a legislação (chamada de revolucionária) que vigorou por mais tempo no Regime Militar, sendo caracterizada por seu extremo rigor e confiança no efeito preventivo da ameaça penal contra as condutas político-subversivas.[49] Nesse diapasão, os ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica militar, usando das atribuições que, conferidas pelos Atos Institucionais 5/68 e 12/69, definiram os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabeleceram regras para o processo e julgamento.

Vê-se, pois, que os legisladores recorreram vez mais aos conceitos que deveriam dar base à aplicação da Lei de Segurança Nacional. Partindo da premissa de que "toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei",

---

44. NUNES, Diego. *O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945)*: do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro, cit., p. 145.

45. BATISTA, Nilo. Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte, cit., p. 18: "[...] em primeiro lugar, o Decreto-lei n. 314 de 1967. Veio, em seguida, o Decreto-lei n. 510, de 1969, que alterou, agravando extraordinariamente o Decreto-lei n. 314 de 1967. Por exemplo, no art. 36, o Decreto-lei nº 510 passou a incriminar a conduta de '*filiar-se*' a organização de tipo militar. Antes, o Decreto-lei n. 314 só incriminava '*fundar* e *manter* instituição de tipo militar'. A simples conduta de filiar-se não era punida. Na definição de propaganda subversiva, o Decreto-lei n. 314, de 1967, exigia que a atividade importasse 'em ameaça ou atentado à segurança nacional'".

46. BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte, cit., p. 18-19: "Esta foi a lei de segurança nacional por excelência da ditadura militar. Esta foi a lei de segurança nacional 'prá frente Brasil'; esta foi a lei da tortura, dos assassinatos, dos desaparecimentos. Foi sob a égide desta lei que se instaurou uma criminalidade oficial sanguinária, que, diante da forma como resolveu-se entender a lei da Anistia, passará impunemente".

47. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 186: o autor defendeu a inconstitucionalidade de alguns tipos, pois "*vários fatos puníveis previstos no Decreto-Lei n. 898 configura também crimes comuns. A enumeração comparativa sereia fastidiosa e desnecessária*".

48. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Curitiba, 7 a 12 de maio de 1978. p. 161.

49. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional*: uma experiência antidemocrática. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 15; Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional. *Jornal O Estado de S. Paulo*, 21.04.1983. p. 34; Lei de Segurança Nacional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 59, jul.-set. 1978. p. 71.

foram repetidos os dogmas da Doutrina de Segurança Nacional como segurança interna, guerra psicológica adversa e guerra revolucionária.

No mesmo período, o *Decreto-Lei 975*, *de 1969*, foi publicado pelos Ministros militares, o que ampliava o rol dos crimes contra a Segurança Nacional, incluindo os crimes de contrabando e transporte de terroristas e subversivos, praticados por meio de aeronaves. Pouco tempo depois, foi promulgada pelo Presidente da República a Lei 5.786, de 1972, que definiu como crime contra a Segurança Nacional o apoderamento e o controle de aeronave, punidos com reclusão de 12 a 30 anos, ficando os autores dos crimes sujeitos ao foro militar previsto constitucionalmente. Havia um pensamento dominante nos meios jurídicos e um concurso quanto à necessidade de reforma das leis de segurança, sobretudo em razão das penas de aberrante severidade. A LSN necessitava de uma revisão por parte do Regime Militar, que de certo modo reconhecia essa necessidade, não somente quanto ao *Decreto-Lei 898/69*, mas ainda quanto ao *Decreto-Lei 975/69 e à Lei 5.786/72*.

O Professor Heleno Cláudio Fragoso recorda que o decreto se caracterizava pela fiel incorporação da Doutrina de Segurança Nacional elaborada pela Escola Superior de Guerra, salientando que havia crimes de manifestação do pensamento punidos com a pena mínima de dez anos.[50] Alcides Munhoz Netto certifica que o tipo de ofensa pública, por palavras ou por escrito, a chefe de governo de nação estrangeira implicava reclusão de dois a seis anos. Era sugerida, então, uma reunião de todos os delitos políticos num só diploma, com algumas alterações liberais como a abolição de pena de morte e a suavização das penas privativas de liberdade, no seu *quantum* e no seu modo de execução, o respeito à legalidade, com maior clareza na definição dos tipos penais e referências ao móvel político, nos casos em que também constituam delitos comuns.[51]

Uma nova Lei de Segurança Nacional foi aprovada por decurso de prazo no final do governo do General Ernesto Geisel,[52] a *Lei 6.620*, *de 1978*, que redefiniu os crimes contra a segurança nacional e estabeleceu uma sistemática para o seu processo e julgamento. Embora represente um notável avanço sobre a péssima legislação anterior, a lei manteve a Doutrina de Segurança Nacional[53] com estrutura conceitual similar, desde a premissa de que "toda pessoa natural ou jurídica é responsável pela segurança nacional" até as definições de segurança nacional, segurança interna, guerra psicológica adversa e guerra revolucionária.

A Lei, que sequer foi objeto de debate no Congresso Nacional, que estava praticamente em recesso, conforme rememora Hélio Bicudo ao defender a sua ilegitimidade,

50. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional:* uma experiência antidemocrática, cit., p. 15-17.

51. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, cit., p. 162-178.

52. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 72.

53. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional*: uma experiência antidemocrática, cit., p. 53.

esquematiza a DSN.[54] A partir de uma série de conceitos políticos expostos em seus primeiros artigos, a segurança nacional passou a ser definida como um "estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem jurídica vigente". Em síntese, o texto visava à defesa dos interesses nacionais, especialmente a soberania nacional, integridade territorial, regime representativo e democrático, paz social, a prosperidade nacional e harmonia internacional. Não houve uma mudança substancial na técnica da legislação, mas o seu aperfeiçoamento e a sua esquematização que vieram acompanhados pelo abrandamento penal com a eliminação das penas de banimento, de prisão perpétua e de morte. Rica em conceitos, a legislação de 1978 inspirou o Poder Judiciário na "interpretação analógica do Direito Penal", interpretação rejeitada, como é cediço, pelos países democráticos.

O texto é moldado especialmente a partir dos interesses de manutenção do "*sistema*", sempre em favor do *status quo* e em detrimento de direitos individuais, em outras proporções, mas de similar forma aos regimes autoritários de experiência internacional já expostos em nossa investigação. No mesmo sentido, o corpo legal implantando no Brasil permitia, até certa maneira, que o juiz criasse um tipo penal diverso daquele que a lei descrevia, pois, na acepção de Hélio Bicudo, "aqui, como acontecia na Alemanha nazista, o juiz aplica a lei, segundo o que entende seja a vontade do 'sistema' que se abriga sob conceitos pré-ordenados do que seja 'segurança nacional'".[55]

2.3. Atual Lei de Segurança Nacional – Lei 7.170/83

Só com o início da abertura política, em 1983, foi promulgada pelo Presidente General João Batista Figueiredo a atual LSN – *Lei 7.170* –, que revogou expressamente a Lei 6.620 de 1978. Em *vinte e uma figuras penais*,[56] a atual Lei de Segurança Nacional trata dos

54. BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, cit., p. 68.

55. BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, cit., p. 68.

56. Dos crimes e das penas: "*Art. 8º*. Entrar em entendimento ou negociação com governo ou grupo estrangeiro, ou seus agentes, para provocar guerra ou atos de hostilidade contra o Brasil. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único – Ocorrendo a guerra ou sendo desencadeados os atos de hostilidade, a pena aumenta-se até o dobro. *Art. 9º*. Tentar submeter o território nacional, ou parte dele, ao domínio ou à soberania de outro país. Pena: reclusão, de 4 a 20 anos. Parágrafo único – Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até um terço; se resulta morte aumenta-se até a metade. *Art. 10*. Aliciar indivíduos de outro país para invasão do território nacional. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único – Ocorrendo a invasão, a pena aumenta-se até o dobro. *Art. 11*. Tentar desmembrar parte do território nacional para constituir país independente. Pena: reclusão, de 4 a 12 anos. *Art. 12*. Importar ou introduzir, no território nacional, por qualquer forma, sem autorização da autoridade federal competente, armamento ou material militar privativo das Forças Armadas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único – Na mesma pena incorre quem, sem autorização legal, fabrica, vende, transporta, recebe, oculta, mantém em depósito ou distribui o armamento ou material militar de que trata este artigo. *Art. 13*. Comunicar, entregar ou permitir a comunicação ou a entrega, a governo ou grupo estrangeiro, ou a organização ou

grupo de existência ilegal, de dados, documentos ou cópias de documentos, planos, códigos, cifras ou assuntos que, no interesse do Estado brasileiro, são classificados como sigilosos. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem: I – com o objetivo de realizar os atos previstos neste artigo, mantém serviço de espionagem ou dele participa; II – com o mesmo objetivo, realiza atividade aerofotográfica ou de sensoreamento remoto, em qualquer parte do território nacional; III – oculta ou presta auxílio a espião, sabendo-o tal, para subtraí-lo à ação da autoridade pública; IV – obtém ou revela, para fim de espionagem, desenhos, projetos, fotografias, notícias ou informações a respeito de técnicas, de tecnologias, de componentes, de equipamentos, de instalações ou de sistemas de processamento automatizado de dados, em uso ou em desenvolvimento no País, que, reputados essenciais para a sua defesa, segurança ou economia, devem permanecer em segredo. *Art. 14.* Facilitar, culposamente, a prática de qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13, e seus parágrafos. Pena: detenção, de 1 a 5 anos. *Art. 15.* Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragem, depósitos e outras instalações congêneres. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. § 1º – Se do fato resulta: a) lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; b) dano, destruição ou neutralização de meios de defesa ou de segurança; paralisação, total ou parcial, de atividade ou serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do País, a pena aumenta-se até o dobro; c) morte, a pena aumenta-se até o triplo. § 2º – Punem-se os atos preparatórios de sabotagem com a pena deste artigo reduzida de dois terços, se o fato não constitui crime mais grave. *Art. 16.* Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a *mudança do regime vigente ou do Estado de Direito*, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos. *Art. 17.* Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, *o regime vigente ou o Estado de Direito*. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único – Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro. *Art. 18.* Tentar impedir, com emprego de violência ou grave ameaça, o livre exercício de qualquer dos Poderes da União ou dos Estados. Pena: reclusão, de 2 a 6 anos. *Art. 19.* Apoderar-se ou exercer o controle de aeronave, embarcação ou veículo de transporte coletivo, com emprego de violência ou grave ameaça à tripulação ou a passageiros. Pena: reclusão, de 2 a 10 anos. Parágrafo único – Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo. *Art. 20.* Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único – Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo. *Art. 21.* Revelar segredo obtido em razão de cargo, emprego ou função pública, relativamente a planos, ações ou operações militares ou policiais contra rebeldes, insurretos ou revolucionários. Pena: reclusão, de 2 a 10 anos. *Art. 22.* Fazer, em público, propaganda: I – de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social; II – de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa; III – de guerra; IV – de qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Pena: detenção, de 1 a 4 anos. § 1º – A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão. § 2º – Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui: a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo; b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda. § 3º – Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas. *Art. 23.* Incitar: I – à subversão da ordem política ou social; II – à animosidade entre as Forças Armadas ou entre

crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e estabelece o seu processo e julgamento, uma tentativa de alteração da filosofia das leis anteriores e do abandono da DSN que, como se viu na investigação, foi mais bem desenvolvida fundamentalmente a partir do Decreto-Lei 314, de 1967,[57] e amplamente difundida pelos estudos da Escola Superior de Guerra.

Em seu pórtico, a Lei estabelece a extensão de sua tutela, os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão a "integridade territorial" e a "soberania nacional", o "regime representativo e democrático", a "Federação" e o "Estado de Direito" e a "pessoa dos chefes dos Poderes da União" (artigo 1º). E afirma que, quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-á em conta, para a aplicação da legislação, a "motivação e os objetivos do agente" e "a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior" (artigo 2º).[58]

A Lei de Segurança Nacional não optou pela técnica conceitual, repelindo a experiência de definições expressas previstas nos dois últimos diplomas legislativos que deram vida à *Doutrina de Segurança Nacional*, optando por estabelecer no seu pórtico que o texto versa sobre os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão "a integridade territorial e a soberania nacional", "o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito" e "a pessoa dos chefes dos Poderes da União". Em realidade, segundo

estas e as classes sociais ou as instituições civis; III – à luta com violência entre as classes sociais; IV – à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. *Art. 24*. Constituir, integrar ou manter organização ilegal de tipo militar, de qualquer forma ou natureza armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa. Pena: reclusão, de 2 a 8 anos. *Art. 25*. Fazer funcionar, de fato, ainda que sob falso nome ou forma simulada, partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos. *Art. 26*. Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. Parágrafo único – Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga. *Art. 27*. Ofender a integridade corporal ou a saúde de qualquer das autoridades mencionadas no artigo anterior. Pena: reclusão, de 1 a 3 anos. § 1º – Se a lesão é grave, aplica-se a pena de reclusão de 3 a 15 anos. § 2º – Se da lesão resulta a morte e as circunstâncias evidenciam que este resultado pode ser atribuído a título de culpa ao agente, a pena é aumentada até um terço. *Art. 28*. Atentar contra a liberdade pessoal de qualquer das autoridades referidas no art. 26. Pena: reclusão, de 4 a 12 anos. *Art. 29*. Matar qualquer das autoridades referidas no art. 26. Pena: reclusão, de 15 a 30 anos".

57. FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 35, jan.-jun. 1983. p. 60.

58. *Art. 1º*. Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão: I – a integridade territorial e a soberania nacional; II – o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III – a pessoa dos chefes dos Poderes da União. *Art. 2º*. Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei: I – a motivação e os objetivos do agente; II – a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.

Joseph Comblin, durante todo o período militar houve a adoção de uma concepção determinada sobre Segurança Nacional, que foi criada para favorecer o aparelho estatal e a manutenção do poder. Isso acarretou enormes malefícios.[59] Ocorreu o incremento da "insegurança", que faz parte da própria "condição humana", e, a partir disso, toda tentativa de garantir mais segurança só acarretou o "aumento da insegurança". Nessa concepção, "o conceito de segurança nacional é a grande cilada na qual caíram os países latino-americanos". Isso produziu o que o autor cognominou de "um perigoso fascínio do absoluto", pois "os conceitos clássicos de Defesa Nacional e de Segurança do Estado tendiam a limitar o emprego da violência das armas".[60]

> "Na Defesa, o Estado emprega armas para responder a uma agressão externa: o emprego das armas é ao mesmo tempo justificado e limitado pela necessidade dessa defesa. Igual sucede em relação à Segurança do Estado: o Estado recorre às armas da polícia para se proteger contra as agressões de indivíduos ou de determinados grupos."[61]

Em contrapartida, Joseph Comblin escreve que o conceito de segurança nacional é utilizado de forma absolutamente geral – tendente ao absoluto e nunca suficientemente completo –, pois o Estado exige ser livre de qualquer espécie de pressão ou ameaça, em qualquer terreno, para impor sua vontade.[62] O autor assevera que

> "[o] ideal é uma espécie de repouso absoluto, de ausência total de movimento de modo a permitir um controle e uma manipulação total de todos os fatores. O ponto de vista da Segurança Nacional faz ver a população nacional e os povos vizinhos como um conjunto de ameaças. São perigos que é necessário conter. Como é difícil ter confiança total na lealdade dos cidadãos ou dos países vizinhos, tende-se a aumentar o número de inimigos. Todos os que não podem demonstrar concretamente que são amigos são inimigos em potencial. Mesmo que não cometam agressões, podem vir a cometê-las."[63]

59. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*: o poder militar na América Latina, cit., p. 225.
60. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*: o poder militar na América Latina, cit., p. 226.
61. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*: o poder militar na América Latina, cit., p. 226.
62. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional:* o poder militar na América Latina, cit., p. 226.
63. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional:* o poder militar na América Latina, cit., p. 227.

Comblin adverte que o conceito de segurança nacional, nos moldes do que se doutrina, "unifica" e "reduz" a um mesmo critério "todas as formas de ameaça contra o Estado".[64]

Consoante a análise de Hélio Bicudo, com a qual concordamos, o conceito de segurança nacional não corresponde à sua definição semântica, consagrada pela democracia liberal que adveio dos conflitos que marcaram os últimos 200 anos. Em suas palavras, a segurança nacional, como se assinalava na legislação fundamental dos povos do ocidente, era entendida como defesa da pátria, a ser preservada pela comunhão nacional contra o agressor externo. Acabou sendo "deturpada" pela "ideologia da segurança nacional", "deixou de abrigar as considerações maiores, relativas à segurança na Nação, para ater-se, tão somente, à problemática de qualificá-la na conformidade de uma determinada e característica concepção de Estado".[65]

De acordo com a investigação de Rodrigo de Souza Costa, é importante "evitar o reducionismo de ligar-se a legislação de Segurança Nacional à Doutrina de Segurança Nacional".[66] O autor lembra que:

> "mesmo durante o breve período democrático vivido entre 1946 e 1964, o país ainda manteve uma legislação que tratava da segurança nacional, não se podendo negar a importância política que tal conceito possuía, num mundo bipolarizado em tempos de Guerra Fria, vindo daí uma urgente necessidade de manter a integridade do Estado."

Sendo inegável que:

> "com a disseminação do ideário de segurança nacional por meio dos cursos dados pela Escola Superior de Guerra também para civis de nível superior, permitiu-se uma confusão entre segurança nacional e uma suposta segurança democrática, figurando a primeira como arma de combate ao comunismo, já que o ideário capitalista era confundido com as noções democráticas."[67]

Acentua Souza Costa que a Segurança Nacional sofreu "desvios ideológicos" com o passar do tempo "para atingir os que se opunham ao regime político instituído" e "para alcançar a criminalidade comum"[68] o que, como a investigação demonstrou a partir do exame de experiências internacionais de Estados autoritários, não é incomum.

64. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional:* o poder militar na América Latina, cit., p. 227.

65. BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, cit., p. 13.

66. COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, cit., p. 15.

67. COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, cit., p. 15.

68. COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*, cit., p. 15.

É certo, conforme registra Luís Roberto Barroso, que "em nome da segurança nacional, disseminou-se nos países periféricos do bloco ocidental um truculento sentimento anticomunista, fundamento da repressão, da censura e da perseguição política".[69] Quase toda a América Latina sofreu "o impacto antidemocrático da ideologia da segurança nacional", e no Brasil não foi diferente, "com o colapso das instituições constitucionais e a ascensão de regimes militares".[70]

As referências recebem especial relevo para o desfecho da presente consulta. A questão é que, após um longo período de inversão ideológica do conceito de segurança nacional, a partir do período de redemocratização, fundamentalmente com a promulgação da Constituição Federal, surge uma nova ordem social e jurídica, não mais antidemocrática, mas que ainda tem vigente a última Lei de Segurança Nacional publicada por um general.[71]

2.4. Conclusões

Durante os regimes constitucionais de 1934 até 1967, *(a)* foi pródigo o processo legislativo sobre a construção de bens jurídicos como o Estado, a ordem política e social e a segurança nacional. Em determinado momento, houve uma superação no tratamento de condutas contra a ordem pública e social a partir do exercício da defesa do Estado sob a denominação da "segurança nacional". Verifica-se que *(b)* desde o ano de 1935, o Brasil tem optado por tipificar crimes políticos contra a segurança nacional num *sistema legal especial*, fora da codificação penal, tendência que é radicada na vigente Lei de Segurança Nacional – especialmente: Lei 38/35; Lei 136/35; Decreto-Lei 431/38, Decreto-Lei 4.766/42, Lei 1.802/53, Decreto-Lei 314/67; Decreto-Lei 510/69; Decreto-Lei 898/69; Lei 6.620/78 e Lei 7.170/83.

Pode-se constatar, também, uma *(c)* repressão exagerada desde o Estado Novo até as legislações da Ditadura Militar representada, sobretudo, pelos diversos *Atos Institucionais*, sendo o mais tenebroso o Ato Institucional 5/68. No primeiro período, é *(d)* perceptível a construção do conceito de um "crime político" a partir da "segurança nacional" em favor do Estado de "preservação e de defesa da paz", da "segurança" e do "bem-estar do povo" que, em outro momento mais recente, assume uma redefinição a partir da "defesa

69. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 72.

70. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 72.

71. Apesar das mudanças sociais e do feroz processo legislativo de criminalização ocorrido na década de 1990 no Brasil – marcada por uma excessiva produção legislativa em matéria penal com abuso na criação de tipos, que será identificado adiante em nossa pesquisa –, ainda está em vigor a Lei 7.170/83 (LSN) e somente com a Lei 13.260/16 houve a regulamentação da tipificação do terrorismo em atenção ao artigo 5º, XLIII, da CF/88.

da nação" e dos "objetivos nacionais", sendo imposta a cada cidadão a "responsabilidade pela segurança nacional".

Em ambos os momentos houve *(e)* o recurso aos *conceitos vagos e indeterminados na construção de modelos legais*, na suposta busca da preservação dos elementos essenciais do Estado, em "defesa da nação" e dos "objetivos nacionais". É visível que *(f)* a defesa da Segurança Nacional ficou ao encargo das Forças Armadas, dos militares e dos teóricos da Doutrina de Segurança Nacional produzida pela Escola Superior de Guerra, instituição que desempenhou papel relevante na construção dos conceitos básicos e na formação da unidade do discurso, bem como na implementação contínua da doutrina ideológica da segurança no Brasil.

Em síntese, a Segurança Nacional tende para o absoluto e os Estados, como o Brasil, que tomaram como base esse conceito empregaram violências de Estado contra seus inimigos. A questão fica mais clara nas palavras contundentes de Joseph Comblim, ao diagnosticar a situação em que se encontravam os governos militares latino-americanos, ao afirmar que (g) a Segurança Nacional é "insaciável", pois "descobre cada vez mais inimigos".[72]

Certo em suas lições sobre os êxitos e fracassos do Direito Penal está Eugenio Raúl Zaffaroni, ao clarificar que "o verdadeiro inimigo do Direito Penal é o Estado de Polícia, que, por sua essência, não pode deixar de buscar o absolutismo".[73] Resguardadas as diferenças de tempo e espaço, bem como as significativas proporções que o distanciam dos modelos autoritários dos Estados nazista alemão e fascista italiano, o modelo brasileiro não deixa de ser um (*h*) exemplo de regime autoritário, bastante evidente na perspectiva das *violências de Estado* desafiadoras dos direitos individuais, quando a legalidade autoritária oficializou os abusos contra os inimigos. Como registram Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, o Direito Penal autoritário, quando legalizado, reduz todo o sistema a lesões de bens jurídicos como o Estado, a sociedade, a nação; o sistema, por vezes, nega esse próprio conceito alegando que o crime é uma pura violação do dever, que também estabelece uma obediência ao Estado, defendendo um comportamento universal, o comportamento que é esperado do cidadão ante a criminalização pelo Estado.[74]

Por fim, para dar concretude à base que conduz ao racional final exposto na presente consulta, observamos que após as publicações de diversas legislações com patologias, *(i) a Constituição Federal de 1988, que inaugura o atual estágio democrático, produziu uma sensível ruptura na linha de continuidade do tratamento normativo da segurança nacional, vindo a especificar taxativamente a proteção e a defesa do Estado e das instituições democráticas*, o que gerou a autonomia e a independência dos órgãos constitucionalmente assegurados e produziu um giro, inclusive linguístico, na legislação, sobretudo ao abandonar a expressão "segurança nacional", tão usual na doutrina militar.

---

72. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*: o poder militar na América Latina, cit., p. 226.

73. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*, p. 175.

74. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Manual de derecho penal:* parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2007. p. 112.

3. Da Lei de Segurança Nacional à proteção e à defesa do Estado de Direito e de suas instituições democráticas

Em nossa ótica, *o sistema legal de Segurança Nacional representou uma das experiências mais dramáticas no Brasil*. Desde o recurso de *violências de Estado* no plano legislativo até o uso didático e teórico da Doutrina de Segurança Nacional difundida pela Escola Superior de Guerra, principalmente a partir do Golpe Militar de 31 de março de 1964, o regime passou a ter mais consistência e densidade.

Todavia, essa nova concepção de segurança nacional, "apta a acorrentar o Brasil e os brasileiros à construção de um Estado total, para servir a uma burocracia técnico-militar que se implantou em todos os setores da vida pública",[75] bem como os textos legislativos que a endossaram, não ficaram totalmente isentos de críticas.

Na revisão bibliográfica realizada por Alexandre Wunderlich,[76] vê-se que importantes juristas brasileiros desafiaram a lógica imposta pelo Regime Militar e apontaram as imperfeições e os abusos do sistema legal de segurança nacional. Os críticos cotejaram os textos legais com as aspirações de um Estado de Direito que vinha sendo pretendido por importantes setores da sociedade civil. A coerência e univocidade dos dados pesquisados revelam que uma severa crítica teve grande repercussão, ainda que sem aceitação oficial.[77] Vale citar como fonte a oposição de Alcides Munhoz Netto, Heleno Cláudio Fragoso e Miguel Reale Júnior aos textos legislativos do Regime Militar, cuja Carta de Curitiba, fruto da VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil de *1978*, bem sintetiza as linhas principais das opiniões dos *juristas*:

> "O Estado democrático é a única ordem que pode proporcionar as condições indispensáveis à existência do verdadeiro Estado de Direito, onde a liberdade – autonomia cede lugar à liberdade – participação que pressupõe princípios pertinentes ao núcleo das decisões políticas e à sua legitimidade institucional [...].
>
> Os direitos fundamentais não podem sofrer agravo de grupos ou entidades privadas, e, com maior razão, devem ser postos ao abrigo de agressões que decorram das autoridades constituídas, cujo dever primeiro será o de amparar o livre desenvolvimento daqueles direitos.

75. BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, cit., p. 36.

76. WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, cit., p. 111.

77. DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*, cit., p. 291; *O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira*, cit., p. 531. O autor revela que a doutrina norte-americana fundada principalmente na luta ao comunismo – e que teve eco na ESG – encontrou resistência na sociedade civil. Houve um debate mais amplo e reflexivo sobre a LSN e diversos setores da sociedade, como a Ordem dos Advogados do Brasil, demonstraram-se contrários à sua recepção, denunciando-a como instrumento limitador das garantias individuais e do regime democrático, sobretudo a partir da adoção das orientações de Heleno Cláudio Fragoso.

> Se o contrário fosse admissível, reconhecer-se-ia o absurdo da subversão da ordem pelos seus próprios agentes. Essas agressões à dignidade da pessoa não se justificam; ainda quando se dissimulam debaixo do pretexto de segurança nacional.
>
> No Estado de Direito, a segurança nacional constitui meio de garantir as liberdades públicas. Protege-se o Estado, para que este possa garantir os direitos individuais. A legitimidade da incriminação de atentados à segurança nacional repousa no princípio de que só pelos meios jurídicos podem ser alteradas as instituições estabelecidas pelo povo, através de representantes livremente escolhidos.
>
> Para que a segurança nacional se enquadre no Estado de Direito, garantindo a inviolabilidade dos direitos do homem, o crime só pode ser definido mediante a tipicidade de fatos externos, ofensivos a bens ou interesses jurídicos. O ilícito penal não compreende, a título de ilícito político, restrições a ideias dissidentes do regime, nem no mero exercício de meios para formá-las.
>
> Não haverá Estado de Direito nem segurança nacional, democraticamente entendidos, sem a plenitude do habeas corpus que assegure a primeira das liberdades e base de todas as outras – a liberdade física – em regime que consagre a inviolabilidade e a independência dos juízes."

No final da década de 1970, Alcides Munhoz Netto reconheceu as "dramáticas vicissitudes que abalaram os alicerces do mundo jurídico, através da instituição de Estados totalitários com sistemas cegamente baseados em sua validade, exclusiva, acentuaram a necessidade de reconhecer-se que há leis que não constituem Direito, assim como há direitos que não adquirem a consistência de uma lei".[78] A experiência dizia que "não constituem Direito as leis arbitrárias que só se impõem pelo poder de coação do Estado. A validez real da norma jurídica decorre de sua aceitação pela comunidade humana a que se destina".[79] Portanto, para Alcides Munhoz Netto "não é democrático" definir segurança nacional "como a garantia da consecução dos objetivos nacionais, contra antagonismos tanto internos como externos", a exemplo do artigo 2º do Decreto-Lei 898/69. Pois, "quem estabelece os objetivos nacionais é, consoante a Constituição da República, o Conselho de Segurança Nacional". "Como tal órgão é composto exclusivamente por agentes do Poder Executivo, a fórmula encerra o risco de confundir objetivos nacionais, como interesses governamentais".[80] A crítica doutrinária caminhava no sentido de que

78. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, cit., p. 171.

79. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, cit., p. 171.

80. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, cit., p. 172. Para o autor: "*o próprio exame das leis brasileiras, em matéria e crimes contra a Segurança Nacional, conduz a que as diversas figuras delituosas nelas definidas podem ser classificadas nas seguintes categorias: a) crimes contra a personalidade internacional do Estado, abrangendo fatos que são lesivos à sua soberania ou independência, como provocação de guerra, espionagem e violação da neutralidade; b) crimes contra a personalidade interna do Estado, que lesam seus interesses, relativos à defesa da ordem constitucional; da incolumidade das funções do Estado da dignidade de seus órgãos; da inviolabilidade dos*

as Leis de Segurança Nacional não cumpriam os postulados da objetividade naturalística e jurídica, da legalidade, da culpabilidade e da proporcionalidade da pena. O autor foi firme no propósito de que, no Estado de Direito, a Segurança Nacional constitui meio de garantir as liberdades públicas. Em jeito de síntese, tutela-se o Estado para que sejam protegidas as liberdades individuais.

> "A legitimidade da incriminação de atentados à Segurança Nacional repousa no princípio de que só por meios jurídicos, podem ser alteradas as instituições estabelecidas pelo povo, através de legítimos representantes, livremente escolhidos."[81]

Alcides Munhoz Netto postulou que o Estado de Direito é que se autolimita para respeitar as liberdades individuais e que os direitos humanos estão enumerados na Declaração Universal da ONU; que a lei defina, limitadamente, segurança nacional, pois seu conteúdo não deve continuar ao arbítrio do Poder Executivo. Logo, o crime há de decorrer de fatos externos, ofensivos a bens ou interesses jurídicos, e as infrações de direito comum só podem ser erigidas à categoria de crimes políticos quando praticadas com motivação dessa natureza. As leis têm de descrever os fatos puníveis de maneira inequívoca, sem deixar margens a questionamentos sobre a sua proibição, evitando expressões dúbias ou formulações genéricas, e as penas não têm por fundamento a periculosidade social do fato ou do seu autor, como ocorre nos regimes totalitários, pois a responsabilidade penal, nas democracias, resulta da culpa. Ponderou, ainda, que o processo penal não é meio de perseguir dissidentes políticos, sendo impossível aceitar a privação de liberdade como corriqueiro meio de investigação de crimes políticos, pois é incompatível com a plenitude de defesa a proibição do *habeas corpus*.[82]

No princípio da década de 1980, Heleno Cláudio Fragoso escreveu quatro importantíssimos trabalhos jurídicos e advertiu que os governos haviam violentado a Constituição com incriminações vagas e indeterminadas restringindo "além de todo limite

---

representantes máximos dos poderes da República; do decoro da nação e do respeito aos seus símbolos; dos crimes contra Estados estrangeiros, capazes de afetar as relações do Brasil com outros países, mercê de ofensas ao direito de respeito recíproco, assim como as violações de imunidades de representantes de nações estrangeiras; d) crimes contra os direitos políticos do cidadão (Lei n. 1.802/53, arts. 8º e, 23), compreendidos como tais a oposição a funcionamento de partido político e a ofensa ou coação por motivos doutrinários. Nesta categoria poderiam ser incluídas as coações, violências, fraudes e corrupções contra eleitores, bem como a defraudação das votações e apurações. São fatos que afetam direitos políticos individuais, embora, entre nós, definidos por lei diversa da dos crimes políticos, isto é, pelo Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65, arts. 289 a 335). [...] *Da própria especificação dos bens e interesses afetados pela criminalidade política, segundo o Direito brasileiro pode-se concluir Segurança Nacional é a incolumidade do Estado, em sua independência, soberania, estrutura constitucional, funcionamento e independência dos poderes, bem como a incolumidade dos direitos políticos do cidadão*".

81. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, cit., p. 181.

82. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, cit., p. 182.

tolerável o direito de defesa, e a liberdade individual".[83] O autor contestou, com serenidade, a opção legislativa por definições elaboradas em esquemas conceituais sem conteúdo, que se caracterizou pela vagueza e pela indeterminação. Sobre a LSN 6.620, de 1978, que manteve conceitos da DSN impostos pelo Decreto-Lei 314, de 1967, e pelo Decreto-Lei 898, de 1969, mesmo reconhecendo os avanços na diminuição das sanções penais, Heleno Cláudio Fragoso disparou que o texto "aparece como uma excrescência, um corpo morto e fétido no novo ambiente que a Nação respira". Segundo asseverou, *a sociedade civil repelia a lei infame*[84] *e tirânica*.[85]

Heleno Cláudio Fragoso foi desafiador ao afirmar que era "incrível que não se perceba como é ridículo chamar de guerra psicológica adversa a propaganda e a incitação subversiva, reprimindo-as como se efetivamente constituíssem uma guerra".[86] Consignou que era "lamentável, com graves incorreções e impropriedades". "Não é uma lei feita por juristas. Terá que ser reformada, quando voltarmos a um regime de liberdade, de acordo com as exigências de um direito penal democrático", e advertiu que "os governantes têm que resistir à tentação de criar um inútil direito penal do terror".[87]

---

83. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*, cit., p. 126.

84. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional, cit., p. 34.

85. FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova Lei de Segurança Nacional, cit., p. 60.

86. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional:* uma experiência antidemocrática. Porto Alegre: Fabris, 1980. p. 53.

87. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*, cit., p. 126; Para uma interpretação democrática da Lei de Segurança Nacional, cit., p. 34. Neste segundo trabalho, Heleno Cláudio Fragoso advogou a interpretação democrática da LSN: "*Há hoje consciência nacional da necessidade urgente de reelaborar a lei de segurança, submetendo-a às exigências fundamentais da defesa do Estado num regime de liberdade. A Lei de Segurança Nacional surgiu em momento de crise institucional, como expressão de um suposto direito penal revolucionário, inspirada por militares, que pretenderam incorporar na lei uma doutrina profundamente antidemocrática e totalitária.* [...] *Temos de um lado a segurança nacional e de outro o direito de liberdade no Estado Democrático. É preciso ter presente que o que realmente proporciona segurança são instituições estáveis e um regime democrático. Este se caracteriza pela máxima ampliação possível da esfera de liberdade e de tolerância com o que se opõem ao sistema dominante. Os antagonismos e pressões são naturais numa sociedade pluralista e democrática. A sociedade está dividida em classes e o Estado moderno é um sistema de dominação e de submissão dos desfavorecidos. A justiça não pode fazer parte do aparelho repressivo para se pôr ao serviço da classe dominante. A única limitação lógica ao direito de liberdade é a do seu emprego para suprimir o direito de liberdade. A prevenção da criminalidade política não se faz com o emprego terrorístico da Lei de Segurança Nacional, mas sim com democracia, liberdade e justiça social. Assim sendo, o conflito tem de ser resolvido tendo presente de um lado a segurança do Estado e uma correta visão das formas pelas quais ela é atingida e, de outro, as exigências do direito de liberdade de uma sociedade de homens livres. A lei de segurança nacional tem sido empregada com o beneplácito do tribunal, para perseguir operários, jornalistas, estudantes e religiosos por fatos que nada têm a ver com a segurança do Estado. O processo contra os metalúrgicos de São Paulo por realização de greve pacífica sem qualquer conotação política foi apenas um escândalo. É verdade que o tribunal terminou*

Fazendo coro à crítica contundente da Lei de Segurança Nacional 6.620, de 1978, também na efervescência dos anos 1980, Antônio Evaristo de Moraes Filho deixou registrado na história a publicação do texto intitulado *Um atentado à liberdade: Lei de Segurança Nacional*, prefaciado por Sobral Pinto e questionador da criminalidade política e da criação de um Estado de Emergência permanente, vaticinando que o crime político de época seria considerado um ato de heroísmo no futuro.[88]

O fato é que, durante décadas, a Doutrina de Segurança Nacional foi a fonte inspiradora da legislação pátria. Para Miguel Reale Júnior, a Segurança Nacional assumiu, já antes do Golpe Militar de 1964, o caráter monolítico de uma ideologia, de uma cosmovisão, com conceitos expostos em forma de catecismo. A Segurança Nacional foi alçada à condição de orientadora da ação política deixando de se constituir em um bem jurídico a ser tutelado pela lei penal, transformando-se numa totalizadora compreensão do mundo, a partir de determinados postulados, que imperiosamente deveriam presidir a construção do sistema de crenças.[89]

Em seu trabalho anterior, a crítica de Miguel Reale Júnior conduz ao raciocínio de que a participação popular desapareceu, sendo consumida por um conceito abstrato de nação, entendida como "comunidade homogênea, concreta e totalizante, caracterizada por um povo peculiar cujos idênticos interesses, em qualquer nível, serão, depois de apreendidos pelos donos do poder, por eles mantidos e conquistados, malgrado qualquer antagonismo". "O Direito, por conseguinte, não será, senão, um dos meios a ser utilizado pelo Poder para, refletindo as intuições de interesses e aspirações, ordenar a vida social, garantindo os objetivos nacionais permanentes, e afastando os antagonismos existentes".[90] O autor arremata que não se pode negar que essa tentativa de uma compreensão

---

declarando a incompetência da Justiça Militar, mas permitiu, por tempo intolerável, que aquele processo vicejasse. Os líderes metalúrgicos foram submetidos à prisão cautelar e depois à prisão preventiva, pondo-se escandalosamente a Justiça Militar do lado dos patrões".

88. MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *Um atentado à liberdade*: Lei de Segurança Nacional. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982. p. 34-35.

89. REALE JÚNIOR, Miguel. Liberdade e Segurança Nacional, cit., p. 291-292.

90. REALE JÚNIOR, Miguel. Liberdade e Segurança Nacional, cit., p. 293. Refere o autor que "*segundo esta ideologia, Nação é um fenômeno social, historicamente constituído, formado por determinada parcela da humanidade, possuindo necessidades relevantes, indispensáveis à sua sobrevivência e evolução, e que constituem 'os interesses nacionais', os quais sentidos pela comunidade formam 'as aspirações nacionais'. Estes interesses e aspirações quando analisados e interpretados, em face de determinada etapa da comunidade, traduzem-se em Objetivos Nacionais, que por serem relativamente estáveis são 'Objetivos Nacionais permanentes', 'perda fundamental de toda a vida da comunidade nacional'. No fundo, acredita-se que exista um caráter nacional no qual todos se identificam por participarem do mesmo espírito, da mesma forma de ser, ou seja, o brasileiro é cordial, improvisador, emotivo, individualista, de vocação pacifista. Tendo-se por imperiosas a integridade e a integração nacional, e por pressuposto o caráter do homem brasileiro, fixam-se, com pretensão de ordem substancial, os Objetivos Nacionais permanentes, a partir desta acrítica e cômoda perspectiva de que se vive uma unanimidade*

material e orgânica de nação aproxima-se das "ideologias totalitárias",[91] pretendendo forjar "um poder político, de implícita legitimidade, como emanação de uma comunidade homogênea" "à qual fiel vassalagem dizem que presta o Estado", um pensamento tipicamente "nazista", "um irracionalismo étnico" como aquele que usa como recurso o "são sentimento do povo".[92]

Crítico à Lei de Segurança Nacional do Regime Militar, ainda na década de 1980, Miguel Reale Júnior pregou o imperioso desmantelamento do arcabouço que dava sustentáculo legal à ideologia da segurança nacional, reduzindo-se a incidência legal à estrita defesa da estrutura do Estado de Direito Democrático, defendendo que os crimes contra o Estado deveriam constituir um título do Código Penal.[93]

No mesmo período, Nilo Batista também fez forte objeção ao sistema legal de Segurança Nacional. Após realizar uma reconstrução histórica das normas, ainda na vigência da Lei 6.620, de 1978, que foi "*a Lei de Segurança Nacional da abertura*", o autor defendeu claramente que a legislação não poderia sobreviver em tempos democráticos.[94] Observou que "uma lei de defesa do estado de direito democrático deve ter grande atenção para

---

de interesses e aspirações, que são pacificamente aceitos pela nossa gente muito bondosa, já há séculos assim vista, desde Pero Vaz de Caminha".

91. COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional:* o poder militar na América Latina, cit., p. 23-28. O recurso ao conceito de Nação foi identificado por Joseph Comblin a partir da carga que a geopolítica fornece à doutrina da segurança nacional, justamente em razão de sua contribuição como fundamento científico ou pseudocientífico do conceito de Nação. "*A rigor, a segurança nacional poderia prescindir desta argumentação: ela pode ser apresentada sem mencionar a geopolítica*". "*Uma tal geopolítica funda um conceito de Nação muito definido: a Nação é uma única vontade, um único projeto: ela é o desejo de ocupação e de domínio do espaço. Esse projeto supõe um poderio: ela é desejo de poder. Esse projeto encontra a oposição de outros projetos semelhantes e incompatíveis com ele: a Nação será portanto o poder para impor aos outros seus projetos*". "*A Nação age pelo Estado: como vontade, poder e poderio, ela se exprime pelo Estado. É impossível encontrar ou fazer uma distinção real entre a Nação e o Estado: a Nação acrescenta ao Estado os materiais, uma população, um território, recursos, apenas o passivo. O que faz formalmente a Nação não difere do que constitui formalmente o Estado. É este o conceito de Nação com o qual joga a Doutrina da Segurança Nacional*".

92. REALE JÚNIOR, Miguel. Liberdade e Segurança Nacional, cit., p. 293-295: "*A política de segurança nacional constitui, por sua vez, a arte, até mesmo pela guerra, de garantir a consecução ou salvaguarda dos objetivos nacionais em face dos antagonismos. Esta arte, com o fetichismo dos antagonismos, desenvolveu-se no gosto pelo lúgubre das torturas e pelo macabro sacrifício de inocentes. Os objetivos nacionais permanentes foram, durante anos, nada mais do que a manutenção permanente do regime, com o evidente crescimento dos antagonismos, constituindo-se, portanto, em fatores essenciais, desta guerra contra quase todos, uma lei de segurança draconiana mormente em seus aspectos processuais, um serviço nacional de informações, a censura, a disciplina de moral e civismo, o abusado recurso à propaganda oficial, pelos meios de comunicação de massa, tentando-se incutir nos espíritos uma identificação inexistente entre governo e povo, como partícipes de um país grande, repleto de paz e concórdia*".

93. REALE JÚNIOR, Miguel. Liberdade e Segurança Nacional, cit., p. 304.

94. BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte, cit., p. 19.

com aquilo que é o fundamento desse Estado, isto é, o pluralismo, a eleição, o processo de escolha dos governantes, a legitimidade do poder. Uma ofensa aos processos legais de produção do poder legítimo tem a ver com os fundamentos do estado de direito democrático" e, ainda, assegurou que "é possível uma lei de defesa do Estado democrático que não seja necessariamente o direito da tortura e da morte".[95]

Ao passo em que criticou duramente as legislações anteriores, Nilo Batista endereçou observações sobre o então anteprojeto governamental de Lei de Segurança do Estado, que viria a ser publicado naquele mesmo ano de 1983. O autor enalteceu o "inegável abrandamento penal genérico", saudou as poucas "disposições liberais"[96] e registrou que o "anteprojeto procura apresentar-se como escorço de uma lei de defesa do estado de direito (expressão que comparece nos artigos 1º, inc. II, 16 e 17)", mas "contém algumas disposições incompatíveis com uma lei de defesa do estado de direito"; "omite outras disposições indispensáveis numa lei de defesa do estado de direito"; "ostenta inúmeros equívocos de técnica legal". Então, concluiu sua manifestação com um digno e representativo questionamento: "É possível uma boa lei de defesa do estado de direito antes de um bom estado de direito?".[97]

Ainda antes da publicação da atual Lei de Segurança Nacional de 1983, Nilo Batista discutiu as opções legislativas e identificou três alternativas. A primeira posição era pela manutenção da LSN sob a égide da Doutrina de Segurança Nacional, ainda que ela sofresse eventuais abrandamentos ou aperfeiçoamentos, a exemplo daquilo que era representado pela própria Lei 6.620, de 1978. A segunda posição era pelo abandono da Lei 6.620/78 em favor da criação de uma Lei de Defesa do Estado Democrático. A terceira opção tática, que era igualmente uma opção reformista, seria sediar a matéria de segurança do Estado no próprio Código Penal, a exemplo do que fazem muitos países.[98]

---

95. BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: o direito da tortura e da morte, cit., p. 32-33. O autor defendeu que "*uma lei de defesa do Estado democrático não se deve limitar ao que sejam as ofensas contra a chamada segurança externa ou contra a segurança interna. A exemplo do que fazem as legislações modernas, uma lei de defesa do Estado democrático tem de incluir crimes contra a humanidade, especialmente o genocídio, que está, entre nós, perdido numa lei do tempo do Pres. Juscelino, lei que o Brasil editou em atenção à assinatura da Convenção Internacional de Repressão ao Genocídio*". "*Creio também que uma lei de defesa do estado de direito democrático deveria retomar aquela tradição do Código Imperial e incluir, pelo menos, as modalidades mais evidentes de ofensa ao exercício de direitos políticos do indivíduo ao lado da ofensa ao exercício dos poderes políticos do Estado*".

96. O autor cita expressamente o artigo 22, § 3º, que exclui do conceito de propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de qualquer doutrina.

97. BATISTA, Nilo. Para que serve essa boca tão grande? In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984. p. 34-40.

98. BATISTA, Nilo. Lei de segurança nacional: o direito da tortura e da morte, cit., p. 13. Nilo Batista diz estar "*convencido de que uma lei de segurança do Estado é indispensável; em primeiro lugar, para a defesa dos poderes políticos legítimos, democráticos*". "*O Estado de Direito Democrático tem que ter à sua disposição instrumentos jurídicos – também democráticos – de defesa para a proteção da Constituição, dos poderes legítimos e do legítimo exercício do poder, das instituições democráticas,*

A crítica penalística da época representava, em síntese, uma análise da ideologia da Segurança Nacional e de seus resultados, o que impunha a percuciente indagação feita por Miguel Reale Júnior: "*Como se compatibilizar a segurança com o Estado Democrático?*".[99] A premissa básica dos juristas caminhava no sentido de que só a liberdade ativa constituiria uma segurança para todos e, logo, uma Segurança Nacional.[100] Pelo tom da crítica e pelo dom de seus autores, verifica-se que a partir do final dos anos 1970, constituiu-se um movimento de resistência, capitaneado por penalistas e sob o manto, ao menos, da Ordem dos Advogados do Brasil, contrário à Doutrina de Segurança Nacional que inspirava as legislações.

O movimento de crítica legislativa principiou na Ordem dos Advogados do Brasil, fundamentalmente pelas mãos dos penalistas Alcides Munhoz Netto, Heleno Cláudio Fragoso, Miguel Reale Júnior, Antônio Evaristo de Moraes Filho e Nilo Batista e, somente após, veio a receber apoio de "várias entidades da chamada sociedade civil",[101] que culminou na grande campanha pela revogação do texto.

---

etc.". "*Em segundo lugar, uma lei de defesa do Estado Democrático é importante para dar ao criminoso político – valha-nos aí uma designação que é corrente, embora um pouco antipática – o tratamento benigno a que ele tem direito. Tradicionalmente, a teoria jurídica dedica ao chamado criminoso político um tratamento de maior benignidade tendo em vista os fins que o animaram a essa ou aquela conduta; também para garantir esse tratamento, uma lei de segurança do Estado, do meu ponto de vista, é importante*".

99. REALE JÚNIOR, Miguel. Liberdade e Segurança Nacional, cit., p. 296.

100. REALE JÚNIOR, Miguel. Liberdade e Segurança Nacional, cit., p. 297-299: "*No liberalismo político a pessoa subsume-se em uma categoria unificadora de caráter exclusivamente formal, como cidadão, titular e sujeito de direitos políticos e civis, que a Constituição atribui e garante. Esta 'liberdade de' deve, todavia, ganhar eficácia e realizabilidade, transmudando-se em 'liberdade para', na terminologia, dentre outros, de Sartori. A liberdade de constitui um pressuposto da liberdade para, um limite de proteção do indivíduo, intransponível pelo Estado que, se submetendo à lei, garante os direitos individuais. A segurança nacional, destarte, no Estado de Direito, é 'meio de garantir as liberdades públicas', como diz Alcides Munhoz Netto. Na construção de um Estado Democrático social efetivo não basta, todavia, nos dias de hoje, ficar-se adstrito a uma compreensão da liberdade no seu aspecto negativo, como limite da ação estatal.* [...] *A liberdade para, liberdade no sentido positivo, significa participação. Liberdade é ação política, consubstanciada em consulta, discussão, parcela de força sobre os órgãos de decisão, o que, tão-somente, a escolha de representantes não proporciona, por se reduzir a participação ao dia da eleição e nada mais. Neste mundo plural, composto de inúmeros centros reais de poder, em que os fatos são, obrigatoriamente, de conhecimento de todos, pelos meios de comunicação, a exigência de participação excede àquela que a eleição de representantes pelo voto proporciona. Destarte, a participação de membros dos partidos políticos, nos concelhos que decidem a vida do país, faz-se imperiosa* [...]". "*Uma democracia constituída de cima para baixo, sem representação real e efetiva participação, estará, a cada instante, sujeita a sucumbir diante dos altissonantes alarmas de desmoronamento da Nação, escusa incansável de que lança mão o autoritarismo, hoje respaldado por uma ideologia. Só a liberdade ativa constitui uma segurança para todos, e logo uma segurança Nacional*".

101. BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*, cit., p. 71.

Finalmente, a *Lei 7.170, de 1983*, altera o quadro político e filosófico das leis anteriores, possibilitando uma maior abertura na discussão da proteção do regime democrático, que acabou por vir em 1988. Nessa ordem de ideias, em nossa opinião, a crítica dos juristas foi o princípio da tentativa de superação de um modelo autoritário de Segurança Nacional imposto pelo Regime Militar pela adoção do modelo de proteção e Defesa do Estado e suas Instituições Democráticas no Brasil.

3.1. Superação da Doutrina de Segurança Nacional

Enquanto lei de *transição*, a Lei de Segurança Nacional de 1983 não abandonou às inteiras o autoritarismo e adotou definitivamente um Modelo de Defesa do Estado e suas Instituições Democráticas, até porque o Estado e suas Instituições, na concepção constitucional, só foram instituídos em 1988, cinco anos após a publicação da Lei.

Entretanto, é possível entender que a LSN foi um passo largo rumo à democratização e ao humanismo do sistema legal de Segurança Nacional, uma tentativa de superação do modelo autoritário de Segurança Nacional.

À época, Heleno Cláudio Fragoso testemunhou que a nova lei representava um "avanço notável que não pode deixar de surpreender os que se opõem ao sistema político em vigor".

> "A Doutrina da Segurança Nacional, elaborada pela Escola Superior de Guerra, parecia ser a alma do sistema. A nova lei tende a tornar raros os processos por crime contra a Segurança do Estado, no entanto, está longe de constituir uma solução definitiva em nosso direito, no que tange aos crimes políticos."[102]

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso ressalta que o atual texto emprega "terminologia superada, impregnada de subjetivismo ideológico e facciosismo político".[103] Ao advogar a *inconstitucionalidade explícita de inúmeros de seus preceitos*, assegura que "em relação à boa parte das normas", há uma "incompatibilidade de sistema com a nova ordem constitucional". "Os fatos tipificados e os valores nela considerados afastam-se dos princípios e conceitos que inspiram a reconstrução democrática do país". "São, por isso mesmo, incompatíveis com o pluralismo político, previsto como um dos fundamentos

102. FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova Lei de Segurança Nacional, cit., p. 69.

103. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 73. São exemplos: "Incitar à subversão da ordem política ou social, à animosidade entre as Forças Armadas e as instituições civis ou à luta com violência entre as classes sociais (*Art. 23*); fazer funcionar partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial (*Art. 25*); imputar ao Presidente da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados ou do Supremo Tribunal Federal fato definido como crime ou ofensivo à reputação (*Art. 26*), independentemente de ser verdadeiro ou falso".

da República Federativa do Brasil no art. 1º, V, da Constituição". Todavia, com razão, salienta que há, residualmente, alguns dispositivos que não são em si inconstitucionais e que "tutelam bens jurídicos que devem ser preservados em qualquer circunstância".[104]

O que é perceptível é que a LSN, mesmo com uma pretensa projeção em defesa do Estado de Direito, aparece num momento político difícil de transpor e, talvez por isso, apresente deficiências técnicas típicas de uma legislação que marcou o período de transição. O texto está em vigência desde o regime político anterior que, inspirado pela ideologia da Doutrina de Segurança Nacional. A Constituição Federal de 1988 inaugura um novo período da história brasileira e, consequentemente, a legislação inova ao recorrer à expressão *defesa do Estado e das Instituições Democráticas*. A par disso, o texto constitucional faz apenas uma tímida menção à Segurança Nacional, especificamente no artigo 173[105] do Título VII, que destaca a Ordem Econômica e Financeira, forte no Capítulo I, que trata dos princípios gerais da atividade econômica. Um único dispositivo legal que está desgarrado das questões mais relevantes em relação à defesa do Estado de Direito.

Assim, sobressai insofismável que ao longo da história brasileira, no que tange à Segurança Nacional, o Estado adotou um sistema legal representativo de uma política criminal do terror, socorrendo-se de normas vagas e indeterminadas que permitiam incluir qualquer conduta indesejada no conceito jurídico de "crime político", uma figura representativa do ataque ou colocação em risco da "Ordem Política e Social ou da Segurança Nacional", seja qual fosse o seu conceito, muitas vezes aproximando-os aos crimes comuns.

Com o advento da Constituição de 1988, a expressão "Segurança Nacional" foi abandonada quando optamos pela adoção da locução "defesa do Estado e das Instituições Democráticas". Essa postura constitucional acaba por desprestigiar a Segurança Nacional e por designar uma nova categoria jurídica a ser tutelada, o próprio Estado de Direito representado por suas instituições legitimamente constituídas.

A opção do legislador está prevista no *Título V, chamado "da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*", no Capítulo I, que estabelece os Estados de Defesa e de Sítio. A Constituição institui o Conselho de Defesa Nacional[106] como órgão de consulta do Presi-

104. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 73. Igual posição sustenta Rodrigo de Souza Costa, defendendo que os artigos 8º e 9º devem ser preservados por não se referirem a qualquer matriz ideológica, mas, sim, à tutela da integridade do Estado brasileiro (*Direito penal e segurança*, cit., p. 15).

105. Artigo 173: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

106. Artigo 91: O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos: I – o Vice-Presidente da República; II – o Presidente da Câmara dos Deputados; III – o Presidente do Senado Federal; IV – o Ministro da Justiça; V– o Ministro de Estado da Defesa; VI – o Ministro das Relações Exteriores; VII – o Ministro do Planejamento;

dente da República, com nova composição e para tratar de assuntos relacionados com a soberania nacional e com a própria defesa do Estado de Direito.

Luís Roberto Barroso observa que a Carta Política foi o marco da "superação histórica do regime que tinha como um de seus fundamentos a ideologia da segurança nacional e toda carga autoritária que dela decorria". Acertadamente, na linha do que foi exposto, o autor destaca que "a própria locução Segurança Nacional ficou praticamente fora de seu texto, salvo uma intempestiva menção no artigo 173, onde se cuida das hipóteses excepcionais de exploração da atividade econômica pelo Estado". "No Título V, incorporando o ideário vitorioso, a Carta emprega a terminologia compatível com a nova ordem: da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas".[107] É importante a reflexão de Luís Roberto Barroso, mas com ela pode-se concordar apenas em parte, pois que a LSN não representou a "superação histórica do regime". Em nosso sentir, é *uma lei de transição, não passou de tentativa legislativa de superação do modelo autoritário de Segurança Nacional*, o que não ocorreu integralmente.

No atual estágio da sociedade civil brasileira, aparece de forma evidente o interesse na construção de um rígido e efetivo *Modelo de Defesa do Estado de Direito*. A implementação desse modelo constitucional não pode deixar de respeitar integralmente os direitos fundamentais. A Constituição Federal não está descolada desse imperioso interesse na preservação da defesa do Estado e das suas instituições democráticas, entendidas aqui como os órgãos constitucionalmente estabelecidos, os instrumentos para preservação do pluralismo político e da própria democracia no país, como os parlamentos, os Executivos, os Judiciários e os serviços públicos essenciais à sociedade.

3.2. Esforços legislativos e vácuo no ordenamento jurídico

Por tudo que foi exposto, urge o avanço teórico na construção de uma *Lei de Defesa do Estado de Direito e das Instituições Democráticas* em nosso país. Nesse particular aspecto, após 1988, diversas tentativas legislativas não concluíram o mister – *Comissão Especial de*

VIII – os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. § 1º. Compete ao Conselho de Defesa Nacional: I – opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos desta Constituição; II – opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal; III – propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; IV– estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático. § 2º. A lei regulará a organização e o funcionamento do Conselho de Defesa Nacional.

107. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 73.

1985,[108] que indicou que a DSN produziu "nefastos efeitos", "alta repressividade", acarretando "estímulo a confronto entre grupos políticos, cerceamento de liberdades-públicas, notadamente de manifestação de pensamento e Imprensa, reiteradas violações a direitos humanos fundamentais",[109] a *Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional de 1991*, que estabeleceu crimes contra o Estado Democrático de Direito e a Humanidade e revogava as legislações sobre Segurança Nacional, em especial a LSN de 1983.

---

108. DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira.* Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 382-386. Em 1985, o Ministério da Justiça constituiu uma *Comissão Especial*, presidida pelo Ministro Evandro Lins e Silva e integrada por René Ariel Dotti, Nilo Batista e Antônio Evaristo de Moraes Filho, cuja finalidade era a elaboração de um Anteprojeto de Lei de Defesa do Estado Democrático. Em 21 de janeiro de 1986, o Ministro da Justiça Fernando Lyra encaminhou ao Presidente da República José Sarney um Anteprojeto de Lei de Defesa do Estado Democrático, elaborado pela citada *Comissão Especial* e adotando como exposição de motivos a "Nota ao Público" explicativa do texto, fruto do trabalho da própria comissão. A "Nota ao Público", endossada integralmente pelo Ministro da Justiça, justificava a necessidade da promulgação de uma lei destinada a conviver com as mudanças ocorridas no país e que derivam, em última análise, da adoção de um sistema de pluralismo político-partidário e da alternância no poder. Nas palavras do autor houve uma justificativa para "*o tratamento das infrações políticas através de lei especial*". "*O documento foi publicado no Diário Oficial de 29 de janeiro para receber sugestões, dentro de trinta dias. Tal prazo foi prorrogado até 30 de maio do corrente ano, conforme a Portaria nº 41, de 17 de março, baixada pelo Secretário-Geral do Ministério da Justiça, pasta que tem como titular o jurista Professor Paulo Brossard de Souza Pinto. Imediatamente após a divulgação do Anteprojeto pelos jornais Folha de São Paulo e O Estado de São Paulo (edições de 22 de janeiro), não somente os especialistas como a classe política e a comunidade em geral se manifestaram a respeito da necessidade ou conveniência de uma lei reguladora da criminalidade política. Desde logo abriu-se tão grande quanto deslocada polêmica: os delitos políticos devem ser tratados em lei especial ou no próprio Código Penal? A discussão não abordou adequadamente os aspectos nucleares do problema ou sejam: a) a defesa do Estado de direito democrático; b) a forma e os limites de intervenção do direito penal; c) o tipo estrutural do processo; d) a competência jurisdicional para o julgamento das infrações; e) as garantias de defesa do acusado além de outros. À improvisação e ao passionalismo do debate se juntou a opinião evidentemente desastrada daqueles que entendem dispensável um conjunto de normas especificamente destinada à proteção da personalidade política do Estado. Argumentam que o Código Penal e outras leis criminais já contêm o ordenamento suficiente para combater eficazmente os atentados aos valores políticos, econômicos e sociais tutelados pelas leis que regulam a criminalidade política. Por iniciativa do jornal O Estado de São Paulo, instaurou-se uma enquete na qual a expressiva maioria dos entrevistados era adensada por leigos em direito criminal e sem qualquer atuação em favor nos perseguidos políticos durante todo o tempo de vigência da legislação de terror, que a partir do Decreto-Lei n. 314, de 13 de março de 1967, impregnou a atmosfera dos tribunais militares com a doutrina da segurança nacional. Com evidente má fé e o propósito de distrair a atenção do problema, sustentaram muitos dos opinantes que melhor seria aguardar-se pelos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte (leia-se Congresso Constituinte) para se enfrentar o assunto. Como se a futura Constituição pudesse prever os delitos políticos e as respectivas penas... Aliás, há um indisfarçável objetivo de fraudar a boa-fé popular com as já intoleráveis promessas de 'salvação nacional' através da futura Constituinte, pois os problemas nacionais de maior relevo não podem ser transferidos para um evento futuro e incerto quanto às probabilidades de eficiente solução*".

109. Diário Oficial da União de 29.01.1986, Seção I, p. 1604.

O Projeto de Lei não teve êxito em sua tramitação e, somente *após 17 anos*, em 2002, um novo Projeto trouxe 25 artigos e tipificou os crimes de atentado contra a soberania, traição, atentado separatista, espionagem, revelação, divulgação de segredo de Estado, insurreição, organização paramilitar, armamento militar, invasão de um Estado pelo outro e os crimes contra a humanidade, estudo que passou pelo exame da *Comissão de Alto Nível* de 1997.[110]

O melhor Anteprojeto de Código Penal teve como base a reunião dos trabalhos anteriores, entre eles o chamado "Esboço de 1994", que assim ficou conhecido em razão da frustrada experiência legislativa do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1992/94,[111] quando outra *Comissão de Juristas*,[112] presidida e coordenada pelo Ministro Evandro Lins e Silva, havia sido instituída pela Portaria 581, de 10 de dezembro de 1992, baixada pelo então Ministro da Justiça Maurício Corrêa, deixando um estudo incompleto em razão do curto tempo destinado para o trabalho. Em realidade, nos dizeres de René Ariel Dotti, o "*Esboço de 1994*" representou uma "notável contribuição para a redação do Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal de 1998",[113] que teve princípio na gestão do Ministro da Justiça Iris Rezende e acabou completado em 1999, ao tempo do Ministro Renan Calheiros.

Após o recebimento de sugestões das entidades da sociedade civil, o Anteprojeto passou a ser reexaminado por uma *Comissão Revisora*, instituída pela Portaria 232 em 24 de março de 1998, do mesmo Ministro da Justiça Iris Rezende, presidida por Luiz Vicente Cernicchiaro e que tinha a finalidade de apreciar "todos os trabalhos anteriores já

110. Diário Oficial da União de 17.12.1997, número 244, Seção II, p. 9555. Essa *Comissão de Alto Nível*, que foi constituída pelos juristas Luiz Vicente Cernicchiaro, que era o presidente, René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior, Juarez Tavares, Ney Moura Teles, Ela Wiecko Volkmer de Castilho e Licínio Leal Barbosa, e que contava com os consultores Evandro Lins e Silva, Damásio de Jesus e Alberto Silva Franco, apresentou uma primeira versão do Anteprojeto de Código Penal. René Ariel Dotti, Miguel Reale Júnior e Juarez Tavares acabaram por pedir dispensa dos trabalhos da Comissão em razão de inconformidade com o exíguo tempo (de 28 dias) proposto para a elaboração do Anteprojeto, segundo TAVARES, Juarez. Crimes contra o Estado Democrático. In: *Seminário Reforma do Código Penal – de 22/05 a 09/06/98*. Porto Alegre: Comissão de Constituição de Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1998. p. 256.

111. Diário Oficial da União de 14.12.1992, seção II, p. 7.881 e Diário Oficial da União de 27.10.1994, seção II, p. 6903.

112. DOTTI, René Ariel. A reforma do Código Penal: história, notas e documentos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 24, out.-dez. 1998. p. 179. A Comissão formada por Francisco de Assis Toledo, Luiz Vicente Cernicchiaro, Alberto Silva Franco, Jair Leonardo Lopes, João Marcello de Araújo Júnior, Juarez Tavares, René Ariel Dotti, Hélio Bicudo, Paulo Sérgio Pinheiro, Luiza Nagib Eluf e Wandelkolk Moreira teve o prazo de prazo de 180 dias para concluir o trabalho. Ante o exíguo tempo, que acarretou a impossibilidade de conclusão dos trabalhos de forma definitiva, houve a apresentação do desenho, que ficou conhecido como "Esboço de 1994".

113. DOTTI, René Ariel. A reforma do Código Penal: história, notas e documentos, cit., p. 180.

realizados", "os projetos de lei em andamento" "objetivando a sua adequação" a fim de elaborar uma redação final.[114]

Na década de 1990, no plano das reformas penais, sobretudo junto à Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, é indiscutível que as comissões procederam a um trabalho científico de fôlego e que tiveram representatividade na sociedade civil. Ainda que com o curto espaço de tempo disponibilizado, e após o recebimento de críticas e sugestões, a *Comissão Revisora* apresentou à sociedade uma versão final do Anteprojeto de Reforma do Código Penal brasileiro que havia sido inicialmente elaborado pela *Comissão de Alto Nível*. No que se circunscreve ao objeto de nossa investigação, a *Comissão Revisora* manteve no Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal o "Título XII", que tratava dos "crimes contra o Estado Democrático de Direito", sugerindo os tipos previstos nos artigos 360 a 380. Importa destacar que o texto continha em suas disposições gerais a previsão de uma regra específica de crime político, pois o artigo 409 anotava: "consideram-se políticos os crimes previstos no Capítulo 1 e o atentado a direito de manifestação".

Após alguns anos de tramitação, em 22 de maio de 2002, tanto o Projeto de Lei 2.462 de 1991 quanto o Anteprojeto de Reforma do Código Penal de 1998 foram apensados ao Projeto de Lei 6.764[115] do Poder Executivo, que manteve a inclusão do "Título XII" na Parte Especial do Código Penal, que tratava dos "crimes contra o Estado Democrático de Direito", mas que também não obteve aprovação.

Entre as diversas propostas de alteração do Projeto de Lei 6.764, merece ressalva a proposição de 20 de março de 2007,[116] distribuída à apreciação das Comissões de Relações

114. Sobre os "rumos da reforma penal e a filosofia do Anteprojeto", bem como a crítica ao curto espaço de tempo para a realização do trabalho da Comissão, o que tornava "totalmente inviável" a elaboração de uma parte especial "toda nova", ver: CASTILHO, Ela Wiecko de. Os rumos da Reforma Penal. In: *Seminário Reforma do Código Penal – de 22/05 a 09/06/98*. Porto Alegre: Comissão de Constituição de Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1998. p. 109 et seq.

115. Da Mensagem Presidencial 336/02 extrai-se que o Projeto de Lei 2.462/91 foi distribuído na Comissão Permanente por tratar de matéria relativa à defesa do Estado Democrático de Direito, nos termos do que dispõem as alíneas "b" e "m" do inciso XV do artigo 32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados. A proposição tramitou por mais de 17 anos, tendo uma proposta apensada que é oriunda do Poder Executivo, significativamente mais recente, e que foi elaborada pela equipe de notáveis que teve como orientação para o trabalho realizado a função de escutar a sociedade sobre o assunto.

116. O Relator do PL 6.764 de 2002, apensado ao PL 2.462 de 1991, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, deputado Augusto Carvalho, apresentou sugestão específica quanto ao texto do artigo 365, que definia o tipo penal de insurreição como a tentativa de "*com emprego de grave ameaça ou violência, obstar, impedir ou dificultar o exercício de Poder legitimamente constituído*". O parlamentar sugeriu que a redação original fosse aperfeiçoada, utilizando-se termos consagrados na Constituição Federal de 1988, em substituição à expressão "*o exercício de Poder legitimamente constituído*". Assim, com base no artigo 34, inciso IV, que trata das hipóteses de intervenção da União nos Estados para "*garantir o livre exercício dos Poderes nas unidades da federação*" e no

Exteriores e de Defesa Nacional, Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e Constituição e Justiça e de Cidadania. A proposição está sujeita à apreciação do Plenário, com a redefinição do tipo de insurreição previsto no artigo 365, que ficou assim redigido: "*Obstar, impedir ou dificultar, com emprego de grave ameaça ou violência, o livre exercício dos poderes constitucionais*".

Seguindo a sequência do exame das tendências legislativas, cumpre registrar que pela Portaria 413, de 30 de maio de 2000, o Ministro da Justiça instituiu uma Comissão Especial para tratar de "Medidas de Proteção ao Estado Democrático de Direito", com o intuito de formalizar "estudos sobre a legislação de Segurança Nacional e sugerir princípios gerais para nortear a elaboração de Projeto de Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito". A *Comissão Especial de Juristas* foi coordenada mais uma vez por Luiz Vicente *Cernicchiaro e teve seu relatório* sustentado por Luiz Roberto Barroso.[117]

A *Comissão Especial* teve duas atividades principais: (*a*) exarar um parecer sobre a vigência da LSN – Lei 7.170/83 e (*b*) sugerir princípios norteadores para um Projeto de Lei de Defesa do Estado Democrático de Direito. A comissão abordou, então, a Doutrina de Segurança Nacional, os regimes constitucionais anteriores e o atual, realizando um levantamento histórico sobre a evolução legislativa. Foram analisados todos os trabalhos análogos, como o Anteprojeto de Lei de Defesa do Estado Democrático (1985), realizado pela Comissão Especial presidida por Evandro Lins e Silva; e o Anteprojeto da *Comissão Revisora* para elaboração do Código Penal, presidida por Luiz Vicente Cernicchiaro (1998).

Os trabalhos finais da *Comissão Especial* ensejaram o envio, pelo Ministro da Justiça Miguel Reale Júnior ao Presidente da República e à Secretaria de Assuntos Parlamentares,

---

artigo 142, que disciplina às Forças Armadas garantir os "*poderes constitucionais*", sugeriu, com a combinação dessas duas expressões, a substituição da expressão "*o exercício de Poder legitimamente constituído*", restando a nova redação da seguinte forma: "*Art. 365. Obstar, impedir ou dificultar, com emprego de grave ameaça ou violência, o livre exercício dos poderes constitucionais*".

117. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 71. O relator da comissão publicou artigo científico contendo uma minuta da exposição de motivos, bem como o teor da sugestão do texto legal, apresentados à comissão constituída pelo Ministro da Justiça para a elaboração de um anteprojeto de lei sobre a questão da superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. Barroso tratou da DSN e o regime constitucional anterior, da legislação de segurança nacional na experiência brasileira, do desenvolvimento de uma específica doutrina, a locução *segurança nacional* passou a ser parte integrante do direito constitucional brasileiro. Chegou à atual LSN e ao seu contexto constitucional, concluindo que "*a Constituição de 1988 foi a superação histórica do regime que tinha como um de seus fundamentos a ideologia da segurança nacional, e toda carga autoritária que dela decorria*". Essa é a razão pela qual, segundo o membro da comissão e hoje Ministro da Suprema Corte, "*a própria locução segurança nacional ficou praticamente fora de seu texto, salvo uma intempestiva menção no art. 173, onde se cuida das hipóteses excepcionais de exploração da atividade econômica pelo Estado*", trazendo no "*Título V*", "*o ideário vitorioso, a Carta emprega a terminologia compatível com a nova ordem: Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas*".

em 16 de abril de 2002, do *Projeto de Lei 6.764, que revoga a Lei de Segurança Nacional e introduz, no Código Penal, o Título XII "Dos crimes contra o Estado Democrático de Direito"*. À época, o Ministro da Justiça Miguel Reale Júnior elucidou as razões pelas quais ofereceu a proposta, optando por reproduzir parte do relatório circunstanciado da referida comissão, que procurou interpretar o "sentimento da sociedade civil brasileira", "ciosa da importância da liberdade duramente conquistada e da necessidade do respeito ao pluralismo político e às instituições democráticas".

Em conclusão, para Luís Roberto Barroso, em texto representativo da minuta de exposição de motivos apresentada à comissão constituída pelo Ministro da Justiça – superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito –, o ponto de vista da comissão foi o de que "se impõe a elaboração de uma nova lei, não mais inspirada pela ideologia da segurança nacional, mas voltada para a defesa do Estado Democrático de Direito", com a sugestão de que até o advento da nova legislação, a velha Lei de Segurança Nacional, "salvo os tipos que indubitavelmente devem substituir (como, por exemplo, traição ou atentado à soberania), não deva ser aplicada".[118]

A opção legislativa foi pela alteração na própria parte especial do Código Penal, incluindo o Título XII, que trata dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, rompendo, assim, a tradição brasileira do tratamento do assunto em lei especial. O projeto estabeleceu no Capítulo I: os crimes contra a soberania nacional; no Capítulo II: os crimes contra as instituições democráticas; no Capítulo III: os crimes contra o funcionamento das Instituições Democráticas e dos Serviços Essenciais; no Capítulo IV: os crimes contra a autoridade estrangeira ou internacional e no Capítulo V: os crimes contra a cidadania. Todavia, até o presente momento, em que pese as boas intenções da *Comissão Especial* e do Ministério da Justiça, o Projeto de Lei 6.764 de 2002 não foi aprovado.

3.3. Conclusões

É possível considerar que houve (*a*) uma nítida paralisia na produção legislativa com a publicação da última LSN de 1983, produzida no período anterior à Carta de 1988 e à luz do processo de abertura democrática, (*b*) não representando uma superação, mas uma tentativa de superação de um modelo autoritário de Segurança Nacional, o qual acabou por receber elementos teóricos da Escola Superior de Guerra e que não é totalmente compatível com o atual modelo constitucional de defesa do Estado e suas instituições democráticas. Pode-se concluir, ao menos até aqui e com apoio da doutrina nacional revisada, que a LSN (*c*) teve uma parcial recepção, pois não é, como se disse, integralmente aceita pela atual Ordem Democrática, em que pese empregar a expressão "Defesa do Estado e das Instituições Democráticas".

118. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 76.

É percebível, também, (*d*) o distanciamento entre a publicação da Lei de Segurança Nacional (1983), a Constituição Federal (1988) e o processo de produção legislativa recente (até os dias atuais, 2019) (*e*) constatando-se, após a apresentação de vários Anteprojetos e Projetos de Lei, elaborados por comissões variadas e que tentaram tratar do tema em lei especial ou na própria codificação, que há um grande *vácuo legislativo* em relação à segurança nacional e à defesa do Estado e suas instituições democráticas. Isso ocorre nos planos infraconstitucional e constitucional, respectivamente, desde *1983* e *1988*.

Objetivamente, (*f*) desde a última Lei de Segurança Nacional foram ultrapassadas três décadas sem nenhum novo corpo normativo sobre o assunto, permanecendo em vigência, ainda que parcial, a Lei de Segurança Nacional, legislação que ultrapassou os regimes autoritário e democrático.

Por último, constata-se que a Constituição de 1988 (*g*) desprestigiou a expressão "Segurança Nacional" ao adotar a locução "Defesa do Estado e das Instituições Democráticas". Para além da crítica sobre o sistema legal de Segurança Nacional no Brasil, e da constatação da *anomia* sobre a proteção do Estado de Direito e suas instituições democráticas, afirma-se, desde já, (*h*) que é necessária a atualização e modernização dos textos legais, a fim de superar definitivamente a linguagem vaga e porosa de inspiração na Doutrina da Segurança Nacional. É importante sublinhar, também, que (*i*) atualmente existe uma ausência de boas reformas legislativas, fundamentalmente que versem sobre crimes em espécie.

A investigação de Alexandre Wunderlich demonstra que

> "a atual Lei de Segurança Nacional, que prevê os crimes contra a Segurança Nacional e a Ordem Política e Social, carrega a digital da Doutrina de Segurança Nacional, com a essência teórica idealizada pela Escola Superior de Guerra, o que é de todo incompatível com a Constituição Federal de 1988."[119]

A superação da Doutrina de Segurança Nacional e do sistema legal de Segurança Nacional impõe a declaração de sua "incompatibilidade" sistêmica com a "ordem constitucional", devendo ser revogada a LSN de 1983 que, nas palavras de Luis Roberto Barroso, emprega "terminologia superada, impregnada de subjetivismo ideológico e facciosismo político".[120]

Portanto, é preciso *superar* integralmente o modelo autoritário de Segurança Nacional. É indispensável abandonar o amplo conceito que tem base legal nos artigos 1º e 2º da Lei de Segurança Nacional de 1983,[121] que envolve, reconhecemos, uma duplicidade de ordens de segurança interna e externa do Estado.

---

119. WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, cit., p. 247.

120. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito, cit., p. 73.

121. FELDENS, Luciano. Crimes em São Paulo atingem o Estado Democrático. *Consultor Jurídico*, 13.11.2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-nov-13/luciano-feldens-crimes-sao-paulo--sao-atos-estado-democratico]. Acesso em: 13.11.2012: "*Em doutrina já se propôs que o mandado*

É verdade que a Constituição Federal de 1988 faz uma única referência à Segurança Nacional (artigo 173), ao passo em que, enquanto expressão legal e valor tutelado, foi desprestigiada. Para Luciano Feldens, é uma "obrigação de caráter positivo" endereçada ao legislador infraconstitucional para que "edifique a norma incriminadora",[122] que visa a salvaguardar bens jurídicos de maior relevância para o país, a ordem constitucional e o Estado de Direito. No ponto, o autor caminha no sentido de que não se pode aceitar a posição paradoxal de parte da doutrina, que costuma conectar o artigo 5º, XLIV, da Constituição Federal aos artigos 1º e 2º da Lei de Segurança Nacional que, como o presente estudo demonstra, são dispositivos originários do modelo autoritário de Segurança Nacional, legislação de transição gestada em período pré-democrático.[123]

Em nossa opinião, em favor da proteção e da defesa do Estado de Direito e de suas instituições democráticas, a conduta humana que coloque em risco ou afete a ordem constitucional e o Estado democrático deve receber a intervenção penal. Aliás, essa é uma tendência legislativa[124] internacional demonstrada em outra consulta[125], além de ser o que

---

constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, inciso XLIV da CF estaria satisfeito pela Lei 7.170/83, no que define os crimes. É discutível, entretanto, a validade dessa lei. Haurida em período de matriz autoritária, é realmente pitoresco que possa servir, ela mesma, à tutela de um Estado Democrático. Embora seu artigo 1º refira que a lei prevê crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão o regime representativo e democrático, o qual se reduzia, no preciso contexto histórico de edição da lei, a uma regra formal da maioria".

122. FELDENS, Luciano. *A constituição penal:* a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 83: "*Aqui a Constituição positiva um mandado de criminalização que nem de perto tem como objeto imediato de proteção um conceito individual, senão que melhor se aproxima da categoria dos bens transindividuais: 'ordem constitucional', ' Estado Democrático; a democracia', enfim"*.

123. FELDENS, Luciano. *A constituição penal:* a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, cit., p. 83.

124. A título de exemplo, destaca-se que outros países elegeram a "realização do Estado de Direito" como "bem jurídico protegido" (CAEIRO, Pedro. Crimes contra o Estado. In: FIGUEIREDO DIAS, Jorge (Dir.). *Comentário conimbricense do Código Penal*: parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, artigos 308º a 386º, 2001. t. III. p. 184), como *Portugal*. Ver Código Penal, especialmente: "*Dos crimes contra a realização do Estado de direito*", "*artigo 325º. Alteração violenta do Estado de direito: 1 – Quem, por meio de violência ou ameaça de violência, tentar destruir, alterar ou subverter o Estado de direito constitucionalmente estabelecido é punido com pena de prisão de 3 a 12 anos. 2 – Se o facto descrito no número anterior for praticado por meio de violência armada, o agente é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos. 3 – No caso previsto no número anterior a pena é especialmente atenuada se o agente, não tendo exercido funções de comando, se render sem opor resistência, ou entregar ou abandonar as armas antes ou imediatamente depois de advertência da autoridade*". Na *Espanha*, a previsão legal tutela "*instituciones básicas del Estado*", "*el orden o sistema constitucional*", "*entendiendo por tal la protección de esas instituciones, como en el marco que se desenvuelve el principio democrático que caracteriza a nuestra norma fundamental*" (GARCIA RIVAS, Nicolás. Delito de rebelión. In: ÁLVAREZ GARCÍA, Javier (Dir.). *Tratado de derecho penal español:* parte especial – delitos contra la Constituición. Madrid: Tirant lo Blanch, 2015. p. 53), bem como "*el efectivo imperio del aparato del poder previsto en el ordenamento constitucional, em todo o en parte, ya alzándose colectivamente en armas, ya por astucia u outro médio, pero en este caso consiguiéndolo, que,*

> "se interpreta das normas da Constituição Federal de 1988, representando uma orientação fundamental para que seja *ultrapassado* o recurso ao conceito de Segurança Nacional como eixo expressivo da criminalidade política, ficando adequado o conceito de crime político à Carta Federal, como um crime pluriofensivo que afeta o Estado de Direito, representado por suas Instituições Democráticas."[126]

4. Resposta à Consulta

4.1. Legislação de transição

Para se compreender o significado da Lei 7.170/83, é fundamental situá-la no tempo em que foi editada e examiná-la no seu todo, desde a Exposição de Motivos que acompanhou o Projeto de Lei enviado ao Congresso Nacional, a sua Ementa, os diversos capítulos que a integram, seja o relativo à Parte Geral, o pertinente às normas incriminadoras, bem como as de caráter processual, que formam um todo explicativo do sentido da lei.

Trata-se de legislação que buscou, ao revogar a draconiana Lei de Segurança Nacional de 1978, anteriormente examinada, adaptar-se ao momento de evolução de um regime militar autoritário para um regime democrático de Estado de Direito. Estava-se, contudo, como será analisado, em regime diverso do Estado de Direito, sob a égide de uma constituição outorgada que realçava o bem jurídico da "Segurança Nacional", em torno da qual se estruturava o sistema de poder.

---

por último, seduciendo fuerzas armadas para ello[...]" (FERNÁNDEZ RODERA, José A. "Delitos contra la Constituición". In: GÓMEZ TOMILLO, Manuel; JAVATO MARTÍN, Antonio Maria. *Comentarios práticos al Código Penal*. Cizur Menor: Ed. RT/Aranzadi, 2015. t. VI. p. 48). É a seguinte: "*Delitos contra la Constitución*", "*Rebelión*", "*artículo 472. Son reos del delito de rebelión los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1º. Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución. 2º. Destituir o despojar en todo o en parte de sus prerrogativas y facultades al Rey o a la Reina, al Regente o miembros de la Regencia, u obligarles a ejecutar un acto contrario a su voluntad. 3º. Impedir la libre celebración de elecciones para cargos públicos. 4º. Disolver las Cortes Generales, el Congreso de los Diputados, el Senado o cualquier Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, impedir que se reúnan, deliberen o resuelvan, arrancarles alguna resolución o sustraerles alguna de sus atribuciones o competencias. 5º. Declarar la independencia de una parte del territorio nacional. 6º. Sustituir por otro el Gobierno de la Nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad. 7º. Sustraer cualquier clase de fuerza armada a la obediencia del Gobierno*". O Código Penal espanhol também estabelece crimes contra as "*Instituciones del Estado y la división de poderes*", a partir do artigo 492 et seq.

125. Ver o seminal parecer jurídico dos Professores Alaor Leite e Adriano Teixeira, "Defesa do Estado de Direito por Meio do Direito Penal – a experiência comparada e o desafio brasileiro", também ofertado à OAB.

126. WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, cit., p. 117.

É sem dúvida *uma legislação de transição, apontando para futuro Estado de Direito, mas editada para defesa do regime então vigente*, como bem se observa dos artigos 16 e 17, a seguir estudados.[127]

4.2. A Exposição de Motivos

Já na Exposição de Motivos (EM 0576, de 07.11.1983) que acompanhou o Projeto de Lei, PLN 17/83, Mensagem 135/83, destacava-se tratar-se de "elaboração de um projeto de nova Lei de Segurança Nacional mais ajustada à *evolução* atual da sociedade brasileira no sentido da construção do regime democrático e do Estado de Direito [...]".

Verifica-se, portanto, ser essa lei própria de um instante de pretendida passagem do regime militar para o Estado de Direito, a ser ainda implantado.

A Exposição de Motivos não é essencial na apresentação de Projeto de Lei, porém, quando existe é porque o legislador quis, por meio dela, fixar o seu objeto e estabelecer critérios e parâmetros interpretativos, revelando as condições históricas e sociais que o levaram a editar tal lei, e para que fim. A Exposição de Motivos faz, portanto, parte integrante da lei, pois, como ressalta o *site* da Câmara dos Deputados,[128] a Exposição de Motivos "é um texto que acompanha os projetos de lei e outras proposições de autoria do Poder Executivo com a mesma função de uma justificativa: explicar a proposta e/ou expor as razões de se editar a norma".

Com efeito, pequeno escorço histórico fazem os proponentes do Projeto de Lei, significativamente, não apenas o Ministro da Justiça, mas também o Secretário-Geral do Conselho de Segurança Nacional, revelando buscarem defender na proposta o atual regime e futuramente o Estado de Direito ainda *in fieri*, razão pela qual modificam a legislação em vigor, para torná-la menos rigorosa.

Mas nem por isso constroem texto conflitante com a ordem constitucional autoritária vigente, pois assinalam que o desenvolvimento da nação com o mínimo de segurança indispensável é ideal a ser alcançado por *um processo gradativo*, mas sem omitir a garantia de que o regime de liberdade não sirva de instrumento à sua própria destruição.

4.3. A Ementa

---

127. Art. 16 – Integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do *regime vigente ou do Estado de Direito*, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça. Pena: reclusão, de 1 a 5 anos. Art. 17 – Tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, *o regime vigente ou o Estado de Direito*. Pena: reclusão, de 3 a 15 anos. Parágrafo único – Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até a metade; se resulta morte, aumenta-se até o dobro.

128. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Processo Legislativo*: perguntas sobre iniciativa e elaboração de leis, tramitação de proposições e formas de participação popular. Disponível em: [www2.camara.leg.br/transparencia/acesso-a-informacao/copy_of_perguntas-frequentes/processo-legislativo##6]. Acesso em: 09.09.2020.

Por sua vez, a Ementa da Lei 7.170/83 registra, exatamente, a seguinte indicação: "Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências."

Conforme o art. 5º da Lei Complementar 95/98: "A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei". No *site* do Governo Federal,[129] registra-se:

> "A ementa é a parte do preâmbulo que sintetiza o conteúdo da lei, a fim de permitir, de modo imediato, o conhecimento da matéria legislada, devendo guardar estreita correlação com a ideia central do texto."

A Ementa vem a ser uma rubrica geral da lei. Para Justino Adriano da Silva, a rubrica tem por finalidade:

> *"resumir ao alto da norma o assunto nela contido. A rubrica, como assinala, origina-se deste resumo a tinta vermelha que os glosadores adicionavam ao texto da lei em preto, razão porque se consagrou a máxima legem rubrum si vis intelligere nigrum."*[130]

A importância da Epígrafe como elemento interpretativo, mesmo porque se dirige aos intérpretes, é assinalada por Pisapia, que considera que as rubricas "*formano parte della legge e hanno forza di legge e hanno, come tali, um indubbio valore interpretativo e dommatico*".[131]

Mariângela Magalhães Gomes acertadamente destaca que no processo interpretativo as rubricas da Parte Especial podem adquirir importante significado como fator interpretativo, sendo possível, a partir delas, captar a intenção da lei, sendo de grande valia na "compreensão do sentido da norma", qualidade essa que acentua ter sido já reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.[132]

A Ementa ou Epígrafe como critério interpretativo e chave hermenêutica, portanto, é da maior importância na orientação do aplicador da lei penal, que dela não deve nem pode desconhecer, pois, como já realçado, a Ementa guarda estreita correlação com a

129. BRASIL. Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Ementa*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Dicas/Ementa.htm]. Acesso em: 09.09.2020.

130. SILVA, Justino Adriano F. da. *Rubrica,* verbete da Enciclopédia. São Paulo: Saraiva, v. 66. p. 396.

131. PISAPIA, Gian Domenico. *Introduzione alla Parte Speciale Del Diritto penale* Milão: Giuffrè, 1948. v. I. p. 83. Nessa mesma página, em nota de rodapé de número 26, em abono de sua afirmação, socorre-se da lição de Gregori, de Merkel e de Kelsen, especialmente de Filomusini Guelfi, para quem "*le epigrafi e le definizioni si collegano alla interpretazione della legge; e in un sistema come il nostro, nel quale le regolo della interpretazione sono codificate a nel qual e per la violazione di essa è amesso il ricorso in Cassazione, le epigrafi e le definizioni hanno pure una loro importanza giuridica*".

132. GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *Bases para uma interpretação da parte especial do Direito Penal.* Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2012. p. 287 e seguintes.

ideia central do texto. E a Ementa, no caso, sinaliza que se está a definir os crimes contra a *segurança nacional, a ordem política e social*.

Assim, o valor básico que se visa a proteger, como se deflui da Exposição de Motivos e da Ementa, peças que explicitam o objeto do diploma legal e oferecem sua chave interpretativa, é a *Segurança Nacional* e não o *Estado de Direito*. Tal se vai perceber claramente em vista da Constituição então vigente e das próprias disposições da lei.

A Constituição de 1967, modificada pela Emenda 1 de 1969, dedicava uma Seção à Segurança Nacional,[133] elegendo o Conselho de Segurança Nacional como órgão máximo de assessoria do Presidente da República, cabendo-lhe a formulação e execução da política de segurança nacional, bem como a fixação dos objetivos nacionais permanentes. O centro do poder estava no sistema militar de segurança nacional instituído, tendo papel preponderante o Secretário-Geral do Conselho de Segurança Nacional, que subscreve a Exposição de Motivos.

4.4. Aplicação do Código Penal Militar

Essa lei especial não se limita a estabelecer normas incriminadoras, mas disciplina institutos da Parte Geral, estabelecendo que se aplica no que couber não o Código Penal Comum, mas o *Código Penal Militar*, em absoluto descompasso com as inovações trazidas pela Parte Geral de 1984 e pela Lei de Execução Penal, cujas disposições em grande parte foram reproduzidas no art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Assim, limita-se, por exemplo, a permitir como substitutiva à pena privativa de liberdade a suspensão condicional da pena, sujeita à *presunção de não se delinquir no futuro*,[134] para penas até dois anos de reclusão, quando a Constituição, seguindo o Código Penal Comum, estatui:

> "Art. 5º. [...].
>
> *XLVI* – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
>
> *a)* privação ou restrição da liberdade;

133. Da Segurança Nacional. Art. 86. Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional, nos limites definidos em lei.

Art. 87. O Conselho de Segurança Nacional é o órgão de mais alto nível na assessoria direta ao Presidente da República, para formulação e execução da política de segurança nacional. Art. 88. O Conselho de Segurança Nacional é presidido pelo Presidente da República e dêle participam, no caráter de membros natos, o Vice-Presidente da República e todos os Ministros de Estado. *Parágrafo único*. A lei regulará a sua organização, competência e funcionamento e poderá admitir outros membros natos ou eventuais. Art. 89. Ao Conselho de Segurança Nacional compete: I – estabelecer os objetivos nacionais permanentes e as bases para a política nacional; II – estudar, no âmbito interno e externo, os assuntos que interessem à segurança nacional; [...].

134. Aplica-se esse inseguro juízo de periculosidade para concessão do *sursis*, critério afastado pela reforma de 1984.

b) perda de bens;

c) multa;

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos."

4.5. A Tutela da Segurança Nacional

Mais significativa vem a ser a incriminação de condutas relativas à "*segurança interna*", a mostrar, claramente, que a lei *visa antes a tutelar a Segurança Nacional do que o Estado de Direito*.

Com efeito, segundo já destacado, os artigos 16 e 17 estatuem ser crime "integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do *regime vigente ou do Estado de Direito*, por meios violentos ou com o emprego de grave ameaça" (art. 16), bem como "tentar mudar, com emprego de violência ou grave ameaça, a ordem, *o regime vigente ou o Estado de Direito*" (art. 17), a mostrar que *o regime vigente reconhecidamente não é o Estado de Direito Democrático* consagrado como princípio fundamental no art. 1º da Constituição de 1988.

Percebe-se, portanto, que, ao ter a Segurança Nacional como objeto precípuo de tutela, a lei em combate vem a reconhecer a legitimidade do *regime vigente* que não era o Estado de Direito, vindo a protegê-lo contra tentativas de sua alteração por via de participação em entidade que vise a promover tal mudança por via de grave ameaça. Se, porventura, instala-se uma ditadura no nosso país, a atual Lei de Segurança Nacional serve para protegê-la, ou seja, o regime vigente que não o Estado de Direito.

Marcadamente, a Lei de 1983 constitui, portanto, uma legislação própria de um regime de transição prévio ao Estado de Direito, mas que não é o Estado de Direito, tanto que tutela o regime então vigente, ou seja, a consecução dos objetivos nacionais permanentes do sistema de poder militar, protegendo-o por via da ameaça penal contra antagonismos e tentativas de ser alterado.

4.6. Disposições processuais penais

Como antes assinalado, o diploma legal em exame deve ter seu *significado defluído de todo o conjunto normativo*, sendo, nesse sentido, fundamental atentar-se para as disposições relativas ao processo penal, claramente indicativas do caráter autoritário da lei.

Com efeito, em disposição visivelmente não recepcionada por nossa Constituição, atribui-se competência para o processo dos crimes contra a Segurança Nacional à Justiça Militar. Isso demonstra como a lei em comento, tal como se apreende das mencionadas Exposição de Motivos e da Ementa, tem por objeto jurídico tutelado *o sistema militar de poder* vigente ao tempo de sua edição e não o Estado de Direito.

Essa finalidade percebe-se ao autorizar o legislador da época, 1983, a decretação da *prisão cautelar pelo presidente do inquérito sem crivo do Poder Judiciário*[135] pelo prazo de quinze dias prorrogáveis, sendo, inclusive, autorizada a *incomunicabilidade* do indiciado pelo prazo de cinco dias.

Essas disposições mostram a sobejo o caráter *autoritário* que presidiu a elaboração da lei, a pender no sentido do fortalecimento da repressão, com tábula rasa dos princípios do contraditório e da ampla defesa, além da exclusão do crivo do Poder Judiciário na imposição de cerceamento da liberdade do indiciado e na restrição ao direito de estar comunicável.

Depreende-se desses dispositivos processuais como a lei não dizia respeito à proteção ao Estado de Direito, atingido pela própria lei ao legitimar ela mesma a violação do *status libertatis* do indiciado.

4.7. Última conclusão

Diante do exame legislativo, é urgente a necessidade de intervenção em defesa do Estado de Direito, que se realiza por meio de suas instituições democráticas, com a natural superação da Doutrina de Segurança Nacional e do sistema legal de Segurança Nacional, com a adoção de um modelo de proteção e defesa do Estado de Direito.

Tem sentido a consulta endereçada pela Ordem dos Advogados do Brasil, uma vez que há real possibilidade de adoção, por parte dos Estados, de uma visão utilitarista para resolução do problema da Segurança Nacional no Estado de Direito. Vivemos um tempo de pregação de autoritarismos, que está a exigir a reafirmação do catálogo democrático de direitos fundamentais. Nessa altura histórica, o que importa, afinal, é a resistência pela manutenção da ordem constitucional, que tem os direitos fundamentais como base, pois o pacto social passa pela caracterização de um Estado formado por esses direitos, não sendo possível permitir retrocesso.

O confronto da Lei de Segurança Nacional de 1983 com a ordem constitucional democrática de 1988 é patente, devendo-se reconhecer sua inconstitucionalidade por ser absolutamente incompatível com os princípios consagrados no art. 1º de nossa Constituição.

A Lei de Segurança Nacional, cuja constitucionalidade se contesta, legitima o regime ditatorial então vigente em 1983, e confronta em todos seus termos, desde a Exposição de Motivos, a Ementa, as normas de Parte Geral, a descrição dos tipos penais e as disposições de cunho processual, com a ordem constitucional de 1988, cujo princípio fundamental consiste em ser a República Federativa do Brasil um Estado de Direito Democrático.

---

135. Art. 33 – Durante as investigações, a autoridade de que presidir o inquérito poderá manter o indiciado preso ou sob custódia, pelo prazo de quinze dias, comunicando imediatamente o fato ao juízo competente. § 1º – Em caso de justificada necessidade, esse prazo poderá ser dilatado por mais quinze dias, por decisão do juiz, a pedido do encarregado do inquérito, ouvido o Ministério Público. § 2º – A incomunicabilidade do indiciado, no período inicial das investigações, será permitida pelo prazo improrrogável de, no máximo, cinco dias.

O parecer aponta que, para além das legislações de Segurança Nacional, ocorreu um duro discurso de resistência democrática no Brasil nas décadas de 1970 e 1980, que combateu excessos e que criticou o processo legislativo, que culminou na publicação da Lei de Segurança Nacional de 1983.

É possível, como fez Alexandre Wunderlich,

> "constatar que após as publicações dos textos que deram corpo ao *sistema legal* de Segurança Nacional, a Constituição Federal de 1988 produziu uma sensível ruptura na linha de continuidade deste tratamento normativo, quando especificou a Defesa do Estado de Direito e de suas Instituições Democráticas, o que gerou a autonomia e a independência dos órgãos constitucionalmente assegurados e produziu um giro, inclusive linguístico, na legislação, ao abandonar a expressão Segurança Nacional, tão usual na doutrina militar."[136]

Identificamos, também, a *paralisia* na produção legislativa após a publicação da Lei de Segurança Nacional de 1983, que não representou uma superação, mas uma frustrada tentativa de suplantação do modelo autoritário de Segurança Nacional. É visível o distanciamento entre a publicação da Lei de Segurança Nacional, a Constituição Federal e os processos legislativos recentes, sendo constatado o vácuo legal em relação à "Segurança Nacional" e à "Defesa do Estado de Direito".

A questão se torna ainda mais evidente quando é constatada, também, a flagrante *omissão* no tratamento desses valores no último projeto de reforma legislativa do Código Penal (*Projeto de Lei 236*) e, mais recentemente, no cognominado Pacote Anticrime (*Lei 13.964/19*).

Destarte, em nosso juízo, desde a construção do modelo autoritário de Segurança Nacional até a adoção do modelo de proteção e defesa do Estado de Direito e de suas instituições democráticas no Brasil, não houve o rompimento e a necessária superação de paradigma. As instituições democráticas estão legitimamente previstas na ordem constitucional e garanti-las íntegras e em funcionamento significa fazer operar o sistema em benefício da realização dos direitos de todos. A defesa dessas instituições democráticas representa a própria salvaguarda da democracia e a forma de efetivação, por meio delas, dos direitos fundamentais, contribuindo para o afastamento de velhas e novas propostas autoritárias.

Por suposto, na linha das *inconstitucionalidades materiais*, diante do vácuo normativo e dos fracassos dos estudos legislativos infraconstitucionais pós-1988, basicamente destinados a conformar o quadro infraconstitucional ao constitucional,

> "poder-se-ia afirmar que os órgãos de soberania estão obrigados a legislar sobre esta matéria, mas, como não o têm feito, este vácuo legislativo ou silêncio ou omissão pode

136. WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, cit., p. 265-272.

> ser suscetível de integrar uma inconstitucionalidade material por omissão de um dever de legislar em matérias fundamentais à vida em comunidade."[137]

Diante da atual situação, pelas exigências das condições políticas, sociais e culturais desta época, a resposta ao quesito – *tomando em consideração o modelo autoritário em que está inserida, diante da Constituição Federal de 1988, a atual Lei de Segurança Nacional é suscetível de inconstitucionalidade? – deve ser positiva*.

As normas penais de defesa do Estado Democrático de Direito, como amplamente analisado no parecer, a exemplo do adotado em diversos países democráticos, devem vir a integrar título inserido no Código Penal, como consta de Projeto de Lei apresentado ao Congresso Nacional, elaborado por comissão coordenada pelo saudoso Min. Luiz Vicente Cernicchiaro e composta, entre outros, pelo Min. Luís Roberto Barroso.

Realce-se, todavia, que na parte relativa à proteção da "segurança externa" não pode haver um vazio legislativo, pois nossa soberania deve ser tutelada, cabendo na declaração de inconstitucionalidade ressalvar a urgência de elaboração de nova lei de Defesa do Estado Democrático de Direito.

É o nosso parecer, salvo melhor opinião.

5. Referências bibliográficas

BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. *1946*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. v. V. (Coleção Constituições brasileiras).

BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 2, n. 09, p. 71-79, 2003.

BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

BICUDO, Hélio. *Segurança nacional ou submissão*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984.

CASTILHO, Ela Wiecko de. Os rumos da Reforma Penal. In: *Seminário Reforma do Código Penal – de 22/05 a 09/06/98*. Porto Alegre: Comissão de Constituição de Justiça da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, 1998.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *1967*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012. v. VI. (Coleção Constituições brasileiras).

COMBLIN, Joseph. *A ideologia da segurança nacional*: o poder militar na América Latina. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.

COSTA, Rodrigo de Souza. *Direito penal e segurança*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

137. É a posição do Professor Manuel Monteiro Guedes Valente, em prefácio de WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*, cit., p. 25-40.

DAL RI JÚNIOR, Arno. O conceito de segurança nacional na doutrina jurídica brasileira: usos de representações do Estado Novo à ditadura militar brasileira (1935-1985). *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 14, n. 14, p. 525-543, jul.-dez. 2013.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DOTTI, René Ariel. A reforma do Código Penal: história, notas e documentos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 24, p. 179-208, out.-dez. 1998.

DOTTI, René Ariel. *Reforma penal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

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

FELDENS, Luciano. Crimes em São Paulo atingem o Estado Democrático. *Consultor Jurídico*, 13.11.2012. Disponível em: [www.conjur.com.br/2012-nov-13/luciano-feldens-crimes-sao-paulo-sao-atos-estado-democratico].

FRAGOSO, Heleno Cláudio. A nova Lei de Segurança Nacional. *Revista de Direito Penal e Criminologia*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 61-69, jan.-jun. 1983.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lei de Segurança Nacional*: uma experiência antidemocrática. Porto Alegre: Fabris, 1980.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GIANNAZI, Carlos. A *Doutrina de Segurança Nacional e o Milagre Econômico (1969/1973)*. São Paulo: Cortez, 2013.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Bases para uma interpretação da parte especial do Direito Penal. Tese de Livre Docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. *Um atentado à liberdade*: Lei de Segurança Nacional. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional. Tese apresentada à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Curitiba, 7 a 12 de maio de 1978.

NUNES, Diego. O percurso dos crimes políticos durante a Era Vargas (1935-1945): do direito penal político italiano ao direito da segurança nacional brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2010.

PISAPIA, Gian Domenico. *Introduzione alla Parte Speciale Del Diritto penale*. Milão: Giuffrè, 1948. v. I.

REALE JÚNIOR, Miguel. Liberdade e Segurança Nacional. In: *Anais da VIII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil*. Manaus, 1979.
REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
RIVAS NIETO, Pedro. *Doctrina de seguridade nacional y regímenes militares em iberoamérica*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2008.
SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
SANTOS, Roberto Lima. *Crimes da ditadura militar*: responsabilidade internacional do Estado brasileiro por violação aos direitos humanos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010.
SARLET, Ingo et al. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Ed. RT, 2012.
SILVA, Carlos A. Canedo Gonçalves. *Crimes políticos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
SILVA, Justino Adriano F. da. *Rubrica*, verbete da Enciclopédia. São Paulo: Saraiva, v. 66.
URÁN, Ana María Bidegain. *Nacionalismo, militarismo e denominação na América Latina*. Petrópolis: Vozes, 1987.
WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As iniciativas de reforma à Lei de Segurança Nacional na consolidação da atual democracia brasileira: da inércia legislativa na defesa do estado democrático de direito à ascensão do terrorismo, de Diego Nunes – *RBCCrim* 107/265-305 (DTR\2014\1562);
- Direito penal do inimigo e Lei de Segurança Nacional de 1935, no Brasil, de Adriana de Oliveira Gonzaga Bisi, Wilton Bisi Leonel e Thiago Fabres de Carvalho – *RBCCrim* 137/17-62 (DTR\2017\6620); e
- Lei de Segurança Nacional e a nova ordem constitucional, de Silvana Di Napoli – *RT* 1028 (DTR\2021\8934).

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 173 da CF (LGL\1988\3).

Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro

The protection of the Rule of Law through the Criminal Law: foreign experiences and the Brazilian challenge

Alaor Leite

Doutor e Mestre (LL.M.) pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha. Docente assistente junto à cátedra de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Penal Estrangeiro e Teoria do Direito Penal da Universidade Humboldt, de Berlim, Alemanha. Professor visitante do Doutorado da UFPR (2020) e da UFMG (2021). Membro Consultor da Comissão de Estudos de Direito Penal da OAB Nacional (2019-2022). Consultor (OAB/PR 50.801).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5760178692478367].
alaor.leite@rewi-hu-berlin.de

Adriano Teixeira

Doutor e Mestre (LL.M) em Direito pela Universidade Ludwig-Maximilian, Munique, Alemanha. Professor da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas São Paulo. Estágio Pós-doutoral na Humboldt-Universität, de Berlim, com bolsa da Fundação Fritz Thyssen. Consultor (OAB/MG 167.472).
ORCID: [iD: 0000-0002-7565-2527].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/612950543854539].
adriano.teixeira@fgv.br

Autores convidados

Áreas do Direito: Penal; Constitucional

Resumo: O estudo aborda os modelos de proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal na experiência comparada e analisa os desafios brasileiros para a superação do modelo da Segurança Nacional.

Palavras-chave: Estado de Direito – Direito Penal – Segurança Nacional.

Abstract: The paper exposes the foreign experiences on the protection of the Rule of Law trough the Criminal Law and also the Brazilian challenge to overcome the national security paradigm.

Keywords: Rule of Law – Criminal Law – National Security.

Leite, Alaor; Teixeira, Adriano. Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 182. ano 29. p. 385-458. São Paulo: Ed. RT, agosto/2021.

Sumário: A. Objeto da Consulta. B. Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada, sobretudo a alemã. I. Observação metodológica: três níveis de proteção (individual, grupal e institucional). II. O direito fundamental à liberdade de expressão: extensão e limites. III. O aspecto individual: a proteção da honra de agentes públicos. 1. Crimes contra honra: a jurisprudência constitucional. 2. Ofensas coletivas a agentes públicos. 3. Ofensas individuais a agentes públicos. 4. Tipos penais específicos: proteção mediata das instituições. Primeiro Excurso: Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos. 5. Balanço quanto ao aspecto individual. IV. O aspecto institucional. 1. O contexto: "democracia combativa" e autodefesa institucional. 2. Tipos penais que protegem o Estado de Direito, sobretudo o ultraje a órgãos constitucionais. V. Conclusão provisória: a necessidade de proteção (limitada) do Estado de Direito por meio do Direito Penal. C. O desafio brasileiro. I. Premissa. II. Balança sutil: liberdade de expressão no e contra o Estado de Direito. III. Cinco desafios. 1. Desafio histórico-contextual. 2. Desafio legal. 3. Desafio político-criminal. 4. Desafio conceitual. 5. Desafio jurídico-dogmático. IV. Um esboço conclusivo. D. Resposta. Referências bibliográficas. Decisões citadas. Supremo Tribunal Federal. Suprema Corte dos E.U.A. Tribunais alemães. Corte Europeia de Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Munique/São Paulo, 12 de setembro de 2020

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil dirige-nos, por meio de seu Presidente, Dr. Felipe Santa Cruz, do Conselheiro Federal Dr. Juliano Breda e do Presidente da Comissão Nacional de Estudos Constitucionais, Dr. Marcus Vinicius Furtado Coêlho, honrosa

Consulta

a respeito do panorama dos chamados "Crimes contra o Estado de Direito" na experiência comparada, sobretudo no direito alemão, de modo a subsidiar análise mais ampla a respeito da recepção da vigente Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83), bem como, da necessidade de alteração legislativa específica que contemple a defesa do Estado de Direito e das instituições democráticas no Brasil.

No que segue, apresentamos o nosso estudo *pro bono* – elaborado como parte dos trabalhos da Comissão de Estudos de Direito Penal da OAB Nacional, presidida pelo Dr. Rodrigo Mudrovitsch –, de modo a contribuir para a realização de uma das finalidades da OAB, qual seja a de "defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas" (art. 44, I, Lei 8.906/94).

A. Objeto da Consulta

I. A superação do modelo de Segurança Nacional é pauta permanente do – ora mais, ora menos aceso – debate brasileiro[1]. Em pronunciamento oficial da OAB Nacional, publicado no ano de 1980, Fragoso não vacilaria em decretar: "a doutrina da segurança nacional é profundamente antidemocrática", sugerindo ser mais ajustado falar em "segurança do Estado"[2]. O termo "segurança", por uma série de razões, cairia em descrédito, ainda que desacompanhado do qualificativo "nacional" – como já vaticinara M. Seabra Fagundes em comunicação na V Conferência Nacional da OAB, em 1974[3]. Desde aquela época, já se cogitava, no contexto da vetusta Lei 6.620/78, da introdução de um capítulo dos "crimes contra o Estado democrático"[4]. A subsequente Lei 7.170/83 (LSN) inauguraria inusitada ambiguidade ao anunciar proteger "o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito" (art. 1º, II), não sem antes, contudo, definir o seu objeto em epígrafe: "crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social"[5]. O seu conteúdo revela que a epígrafe prevalece.

II. A Constituição de 1988, em sua nítida preferência pela expressão "Estado Democrático" (art. 91), "Instituições Democráticas" (Título V) ou "Estado Democrático de Direito" (Preâmbulo; art. 1o, art. 5, XLIV), certificaria o anacronismo da expressão "segurança nacional", que surge apenas em contexto diverso (art. 173)[6]. Em 2002, por iniciativa do então Ministro da Justiça Prof. Miguel Reale Jr., envidou-se notável esforço

1. Em detalhes, o recentíssimo e providencial estudo monográfico de WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2020, em que se explicita a oposição entre o modelo de segurança nacional e o de proteção do Estado de Direito.
2. Publicado em FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional, *Revista de Direito Penal – RDP*, n. 30, 1980. p. 5 e ss. Em 1978, Fragoso já havia exposto com maior detalhe a sua posição: FRAGOSO, Heleno. Lei de Segurança Nacional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15, n. 59, jul.-set. 1978, p. 71 e ss., como resultado da VII Conferência Nacional dos Advogados, realizada em Curitiba no ano de 1978.
3. Publicada em: SEABRA FAGUNDES, Miguel. Direitos do homem, ordem pública e segurança nacional. *Revista de Direito Público*, v. 7, n. 30, jul.-ago. 1974. p. 97 e ss.
4. A esse respeito, BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte, In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. p. 11 e ss.
5. A Lei 38/35 falava em "crimes contra a ordem política e social" e é vista como antecessora das legislações a respeito da segurança nacional que se seguiriam virulentamente, até que se chegasse à vigente LSN (Lei 136/35, Lei 244/36, Lei 1.108/53, os Decretos-Lei 314/67, 519/69, 898/69, Lei 6.620/78). A Exposição de Motivos da vigente LSN fala, de saída, em "segurança nacional" (p. 1), para logo depois referir os "crimes contra a segurança do estado" (p. 1) e, mais adiante, mencionar a "segurança das instituições e do regime democrático" (p. 3).
6. Exceção que confirma a regra: "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da *segurança nacional* ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (grifamos)". A Constituição de 1967 utilizava a expressão "infrações contra a segurança nacional"

legiferante no sentido de uma verdadeira "Lei de Defesa do Estado de Direito" (PL 6764/2002)[7], enrobustecido por Parecer do Prof. Luís Roberto Barroso[8]. Atualmente, há notícia de nova proposta de reforma formulada por juristas e já encampada por parlamentar[9]. *Eppur si muove*: a LSN (Lei 7.170/83), a despeito disso, ainda vige – em sua versão matizada, mas nem por isso menos problemática. Depois de período de hibernação, recentes e notórios acontecimentos sugerem a urgência da retomada da pauta.

III. Em 21 de julho de 2020, a Comissão de Estudos Constitucionais da OAB Nacional concluiu pela possibilidade de ajuizamento de ADPF em face do Supremo Tribunal Federal (STF), "tendo por objeto a Lei 7.170/1983, para fins de supressão de sua validade do ordenamento jurídico nacional ou de interpretação conforme à Constituição, sem prejuízo da atuação do CFOAB perante o Congresso Nacional no âmbito de projeto de lei"[10]. A recepção da vigente Lei 7.170/83 pela Constituição de 1988 foi objeto de outro estudo, rico em detalhes[11].

IV. A *presente Consulta* perseguirá finalidade diversa, qual seja a de apresentar panoramicamente[12] o cenário legislativo e jurisprudencial, as formulações teóricas e os eventuais problemas relacionados aos chamados "Crimes contra o Estado de Direito" na experiência estrangeira, com especial foco nos *crimes discursivos ou de expressão* e no candente debate alemão, com vistas a oferecer – sem recomendações de meros transportes de modelos – algumas bases para eventual debate legislativo nacional no porvir. Afinal, caso o STF venha a declarar a não recepção em parte ou em bloco da Lei 7.170/83[13],

---

(art. 8º, VII, c], e art. 122, § 1º), além de reservar seção específica à segurança nacional (art. 89 e ss.).

7. Mais informações sobre esse e outros esforços reformadores em WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2020.

8. Apresentado no bojo da Comissão Especial nomeada pela Portaria 413/2000 e publicado, posteriormente em: BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais (REC)*, v. 2, n. 9, 2003. p. 71 e ss.

9. Trata-se do PL 3864/2020. A Comissão Nacional de Estudos Constitucionais informa que há atualmente 42 Projetos de Lei a respeito da LSN em trâmite na Câmara dos Deputados (cf. Parecer citado à nota 10).

10. Em Parecer assinado pela Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça.

11. Confeccionado pelos Professores Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich, "Lei de Segurança Nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil", 77 páginas, 2020.

12. Esforçamo-nos por proceder a uma ampla revisão bibliográfica, disposta nas notas de rodapé de página, de modo a documentar adequadamente o vasto debate. O espectro de trabalhos a esse respeito é, naturalmente, inabarcável, mas o caráter da Consulta e a natureza do tema exigem uma vigorosa documentação das afirmações aqui expendidas, de modo a oferecer subsídio para o debate futuro.

13. Em recente *obiter dictum*, o Min. Luís Roberto Barroso reafirmou a incompatibilidade da LSN com a ordem democrática, seguido pelo Min. Ricardo Lewandowski, que afirmou ter "caído por terra" parte do fundamento constitucional da LSN (cf. STF, RC 1.472, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário,

urgirá oferecer um *modelo alternativo* de proteção jurídico-penal dos fundamentos do Estado de Direito. A ordem jurídica não suportaria lacuna nesse setor. Se é verdade que "os anunciados como mortos vivem mais" – como entoa o ditado tedesco[14] –, é também verdade que eles não vivem para sempre, e convém cuidar com os estertores. Conhecer alguns dos modelos existentes no debate internacional (a seguir, B), com os pés fincados no cenário brasileiro (a seguir, C), é condição para o entabulamento de uma vindoura discussão parlamentar racional.

B. Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada, sobretudo a alemã

I. Observação metodológica: três níveis de proteção (individual, grupal e institucional)

1. O Estado de Direito ou as instituições democráticas podem se defender de diversas formas, antes que se lance mão dos instrumentos repressivos do Direito Penal. Quando o recurso à proteção especificamente jurídico-penal se faz necessário – e esse momento sempre chega[15] –, emerge dificuldade de difícil superação: os eventuais tipos penais devem atender às exigências do *princípio constitucional da legalidade* (art. 5º, XXXIX, da CF). É especialmente delicado realizar integralmente as altas expectativas – com toda razão de sê-lo[16] – lançadas pela exigência de determinação conceitual em um âmbito em que pululam expressões pendentes de definição precisa: "segurança nacional", "Estado

julgamento em 25.05.2016). Mais informações à p. 8 do Parecer da Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, mencionado à nota 10. No estudo já citado, de 2002, Barroso anotava que a LSN não teria "feito a travessia" de um regime autoritário a um regime democrático (cf. BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais (REC),* v. 2, n. 9, 2003. p. 71 e ss.). Há ulteriores informações em KIRSZTAJN, Laura. *A Lei de Segurança Nacional no STF*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2018.

14. "Totgesagte leben länger".

15. Cf. a monografia de Backes, exclusivamente dedicada aos crimes contra o Estado de Direito e escrita a partir de uma Consulta da Comissão do Projeto Alternativo de Código Penal alemão: BACKES, Otto. *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*. Köln et al., 1970. p. 11.

16. Sobre os fundamentos da legalidade, SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretishce und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*. Berlim/Nova York: De Gruyter, 1978; LEITE, Alaor. Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários (ou: réquiem a Nélson Hungria), In: BUSATO, Paulo César; SÁ, Priscilla Placha; SCANDELARI, Gustavo Britta (Orgs.). *Perspectivas das ciências criminais*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016. p. 250 e ss.; LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. In: RENZIKOWSKI, Joachim; GODINHO, Inês Fernandes; LEITE, Alaor; MOURA, Bruno (Orgs.). *O Direito Penal e o tempo*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. p. 43 e ss.

de Direito"[17], "instituições democráticas", "democracia". O baralhamento conceitual se acentua na atual quadra histórica, dominada por conceitos igualmente carentes de definição, como os de "fake news"[18] e de "discursos de ódio"[19]. A rigor, tampouco sobre o âmbito de proteção e os limites da liberdade de expressão há clareza na discussão. Esse quadro se agudiza, por fim, pelo fato de que os marcos penais – espaço entre os limites mínimo e máximo da pena cominada –, nesse âmbito, costumam ser amplos[20]. De saída, portanto, é preciso definir qual deve ser o real objeto dos chamados crimes contra o Estado de Direito.

2. Convém distinguir analiticamente *três níveis* distintos de proteção, atualmente misturados no debate: os níveis individual, grupal e institucional. Esse ganho analítico resultará em consequências práticas relevantes, de modo a substituir a sobreposição conceitual que, por ora, impera:

a) O nível *individual* diz com a honra de pessoas naturais. É controvertida a questão sobre a extensão da tutela jurídico-penal da honra de agentes públicos, sobretudo aqueles

17. A respeito dos problemas de definição da expressão "Estado de Direito", cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs. In: BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. 2. ed. Berlim, 2016. p. 65 e ss., e a tese de livre-docência de SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtsstaat*. Tübingen, 1997. p. 21 e ss.

18. Ver HOVEN, Elisa. Zur Strafbarkeit von Fake News: de lege lata und de lege ferenda, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 129 (2017). p. 718 e ss.; STEINBACH, Armin. Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld, *JuristenZeitung (JZ)* 2017. p. 653 e ss.; sobre a história do conceito, BARTH, Volker; HOMBERG, Michael. Fake News: Geschichte und Theorie falscher Nachrichten, *Geschichte und Gesellschaft,* 44, 2018. p. 619 e ss. No Brasil, cf. o providencial volume coordenado por ABBOUD, George; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake news *e regulação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

19. Em geral, sobre as dificuldades conceituais, WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, London, 2012. p. 34 e ss., anotando que a controvérsia conceitual se estende tanto ao termo "discurso" quanto ao termo "ódio". Cf., no debate brasileiro, os trabalhos monográficos de OMMATI, José Emílio. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; FADEL, Anna Laura. *O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?* Uma análise das Teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron a partir da herança do liberalismo de John Stuart Mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:* como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva, 2018. O STF, na ADO 26, ensaiou uma definição, ainda ampla, no contexto de discursos homofóbicos: "[...] desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero". Veja-se também o "Guia para a análise de discurso de ódio" publicado pela FGV-SP e pela CONIB.

20. Basta uma rápida análise da vigente LSN: o art. 13, I, que trata da conduta (grave) de espionagem, prevê marco penal de 3 a 15 anos.

do alto escalão estatal: mereceriam eles maior proteção jurídico-penal por conta do exercício da função pública?

b) O nível *grupal* se relaciona aos agrupamentos humanos mais vulneráveis e frágeis da sociedade, em regra carentes de uma proteção especial do Estado. É o caso, para ficar apenas com dois exemplos, da população negra no Brasil e dos judeus na Alemanha. Aqui também se inserem as famílias das vítimas de regimes ditatoriais do passado nem sempre recente, nem sempre irrepetível.

c) O nível *institucional* cuida do funcionamento de instituições fundamentais ao Estado de Direito (um Poder Judiciário independente, um Poder Executivo sub lege etc.), de modo que elas desempenhem integralmente o seu mister constitucional. Essa dimensão transcende os (transitórios) personagens que ocupam posições nas (perenes) estruturas institucionais – distinguindo-se do nível individual – e diz com instituições fortes, sólidas e capazes de autodefesa – distinguindo-se do nível grupal.

3. O nível *grupal* refoge ao setor dos crimes contra o Estado de Direito. A imperiosa necessidade de proteção jurídico-penal de grupos vulneráveis decorre de outras razões, igualmente relevantes[21], porém ligadas à dignidade das pessoas[22] que integram o grupo ou em considerações de "paz pública", pela perturbação da convivência em sociedades plurais gerada por ataques a esses grupos[23], e não ao funcionamento do Estado de Direito. Não por outro motivo, o polêmico delito alemão de "negação do Holocausto" – a chamada "mentira de Auschwitz"[24] –, previsto no § 130, III do Código Penal alemão (StGB), não integra o título dos "crimes que colocam em perigo o Estado Democrático de Direito" (Capítulo I, Título III, StGB), mas o de "crimes contra a ordem pública"[25]. Foi nesse

21. Cf. POST, Robert. Racist Speech, Democracy and the First Amendment. *William & Mary Law Review* 32 (1991). p. 267 e ss., p. 273 e ss.; sobre a "group defamation" ou "group reputation", WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, 2012. p. 39 e ss., p. 56 e ss.

22. Também nesse plano se dá o debate entre Waldron e Dworkin: WALDRON, Jeremy. *Hate Speech and Political Legitimacy*, p. 329 e ss; DWORKIN, Ronald. *Reply to Jeremy Waldron*. p. 341 e ss., ambos em HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Orgs.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012; WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, 2012. p. 5; sobre o debate, GOULD, Rebecca. Is the 'hate' in the hate speech the 'hate' in the hate crime? Waldron and Dworkin on political legitimacy, *Jurisprudence,* 10, 2019. p. 171 e ss.

23. Cf. o Parecer que Hörnle confeccionou para o 70º Encontro dos Juristas alemães: HÖRNLE, Tatjana. *Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft*, München, 2014. p. 27 e ss., p. 44 e ss.

24. Com valiosas informações, SCHROEDER, F. C. Die Strafvorschriften der Bundesrepublik Deutschland gegen den Nationalsozialismus, *Juristische Arbeitsblätter (JA),* 2010. p. 1 e ss.

25. Nesse contexto também se inserem os dispositivos do art. 261 bis do Código Penal suíço e do art. 510 do Código Penal espanhol (introduzido em 2015), que são ainda mais amplos do que o modelo alemão. Anteriormente, o Tribunal Constitucional espanhol (235/2007) havia declarado inconstitucional o delito de negação do genocídio (antigo art. 607.2), por representar intervenção desproporcional no direito à liberdade de expressão; a esse respeito, SUÁREZ ESPINO, María Lidia. Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad

âmbito que se moveu a discussão no conhecido Caso Ellwanger e também na ADO 26, decididos pelo STF[26]. O tema do discurso de ódio, sobretudo na *internet*, contra grupos vulneráveis, deve ter lugar na discussão a respeito da Lei 7.716/89[27] ou de uma reforma do Código Penal ou, ainda, da respectiva legislação especial[28].

4. Os níveis *individual* e *institucional* devem ser objeto de nossa atenção, de modo a verificar se, e em que medida, devem eles estarem contemplados em uma legislação que vise defender o Estado de Direito por meio do Direito Penal. O aspecto individual é expressamente mencionado no vigente art. 1º, III, da LSN – que menciona a proteção das pessoas "dos chefes dos Poderes da União"[29] –, e o aspecto institucional aparece imediatamente antes, no já citado inciso II do art. 1º. Nosso foco estará menos nas questões ligadas à integridade territorial ou à soberania nacional (art. 1º, I, LSN) e outros delitos, por exemplo, de traição, revelação de segredos ou de sabotagem, e mais nos atentados – sobretudo nos atentados *discursivos* – contra os Poderes da União e, eventualmente, contra seus integrantes. Também o aspecto eleitoral deve ficar, nesta sede, de fora, por ser objeto de legislação específica[30].

5. Com *ataques discursivos* quer-se designar aquelas manifestações de ideias desacompanhadas das modalidades clássicas de agressão a bens jurídicos como a violência e sua incitação, a ameaça, a coação – para ficar com alguns exemplos[31]. Essas manifestações de ideias podem se dirigir contra instituições – os Poderes Legislativo, Executivo

---

del delito de negación de genocidio, *InDret* 2, (2008). p. 1 e ss. Disponível em: [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/524_es.pdf].

26. Sobre o Caso Ellwanger (STF HC 84.824), ver REALE JR., Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim,* n. 81, 2009. p. 61 e ss.; CAMPOS, Ricardo. Liberdade de expressão após Ellwanger e Lüth. Novas regras de colisão para o novo contexto da liberdade de expressão, texto apresentado no "Dossiê Ellwanger", FGV-SP, 27.05.2019 (no prelo); ZILIO, Jacson. Discurso de ódio e Direito Penal, *Revista Justiça e Sistema Criminal,* v. 9, n. 16, 2017. p. 181 e ss.; sobre o debate em geral, POST, Robert. Racist Speech, Democracy and the First Amendment. *William & Mary Law Review,* 32, 1991. p. 267 e ss.

27. Ver REALE JR., Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, n. 81, 2009. p. 61 e ss.

28. Há debate atual no contexto do PL 2.630/2020.

29. O Código Penal prevê pena maior às ofensas à honra do Presidente da República (art. 141, I, do CP) e dos funcionários públicos no exercício de suas funções (art. 141, III, do CP), além de proscrever a exceção da verdade na calúnia praticada contra o chefe do Poder Executivo (art. 138, § 3º, II, do CP).

30. BATISTA, Nilo. "Pra que serve essa boca tão grande?". In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. p. 34 e ss., sugeriu que também essa matéria talvez devesse estar confiada a uma Lei de defesa do Estado de Direito. O debate internacional, como ocorreu entre nós, costuma dividir as questões ligadas ao Estado de Direito daquelas ligadas especificamente ao pleito eleitoral.

31. Tem-se aqui, como se vê, uma espécie de conceito negativo e parcimonioso de "ataques discursivos", que deve ser posteriormente precisado a partir de considerações materiais.

e Judiciário – ou contra seus integrantes e adquirem novo formato em face da digitalização, impondo uma revisão das ideias que subjazem, ainda, os chamados "delitos de expressão" – os crimes contra a honra – e os controvertidos delitos de propaganda (exemplo: art. 22, LSN), que lidavam apenas com ataques "por escrito" em jornais, ou "por meio de rádio ou televisão" (art. 22, § 1º, LSN). Os ataques discursivos assumiram inegavelmente outra feição.

6. Nesse setor, em que o *objeto da proteção* assume fluidez ("abalo institucional", "reputação do Estado"), é preciso, por fim, definir com precisão o *método de agressão* com potencialidade ou aptidão para lesionar ou expor a perigo o bem jurídico – é preciso distinguir o âmbito da estrutura do delito (como proteger) do debate sobre o bem jurídico (o que proteger)[32]. No Direito Penal, não se trata de cultivar obediência – à moda do célebre chapéu de Geßler[33] –, nem de exigir genuflexão incondicional a valores constitucionais abstratos, mas de proteger bens jurídicos[34]. A definição do método de agressão conduz a que novas potenciais colisões entre proibição penal e direitos fundamentais possam surgir. Afinal, os métodos clássicos "violência", "coação" ou "ameaça de violência" apresentam menos problemas – parece mesmo ser inconteste que esses métodos devem ser coibidos[35] – do que métodos como "difusão de desinformação ou ódio ao establishment" a respeito de uma instituição, que instaura fricção com a *liberdade de expressão ou de manifestação de ideias (arts. 5º, IV, e 220, CF*[36]*)*, ou como "manifestações e passeatas públicas que pregam o fechamento de instituições", que instauram fricções com a *liberdade de*

32. O que, no Brasil, já se sabe desde o estudo seminal de GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *RBCCrim*, v. 12, n. 49, jul.-ago. 2004. p. 90 e ss.

33. Retirada da conhecida tragédia de Schiller, Wilhelm Tell.

34. Cf. ROXIN, Claus; GRECO, Luís. Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. ed. München, 2020, v. 1. p. 26 e ss.; cf. também SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coords.). *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 69 e ss. A atual LSN, em seu art. 2º, II, indica ser critério para sua aplicação "a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior".

35. Cf. WILLMS, Günther. *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1962. p. 5.

36. O art. 5º, IX, da CF expressa outras dimensões específicas da liberdade de expressão, que convidam a outras reflexões. Cf. MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 211 e ss.; ver também DE FARIAS, Edilsom. Liberdade de expressão e comunicação. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. p. 137 e ss.; cf. também, sobre as *fake news*, DIAS TOFFOLI, José Antonio. *Fake news*, desinformação e liberdade de expressão. In: ABBOUD, George; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake news *e regulação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 17 e ss.; no mesmo volume, PORTO MACEDO, Ronaldo. *Fake news* e as novas ameaças à liberdade de expressão. p. 231 e ss.

reunião (art. 5º, XVI, CF)[37]. O dilema atual repousa precisamente na eventual proibição penal de *ataques não violentos*.

7. Em geral, sobretudo quando as instituições são atacadas discursivamente, costuma-se contrapor dois modelos compreensivos da *liberdade de expressão*, um mais liberal, o americano e sua deificação aparente da *First Amendment*, consolidado jurisprudencialmente com a decisão New York Times *vs.* Sullivan[38], outro mais restritivo, o alemão e suas restrições sinceras ao exercício desse fundamental direito[39] – o "laissez-faire americano" e a "vigilância germânica", na imagem de Rosenfeld[40]. Não convém aqui revelar as razões que fazem essa oposição ser exagerada[41] e até mesmo caricata[42]. O

37. O âmbito da liberdade de reunião estaria em primeiro, por exemplo, no debate sobre a Marcha da Maconha, decidido pelo STF (ADPF 187); cf. o estudo de MARTINS, Leonardo. Direito fundamental à liberdade de reunião e controle de constitucionalidade de leis penais e de sua interpretação e aplicação. *Espaço Jurídico Jornal of Law – EJJL*, v. 18, n. 2, 2017. p. 433 e ss., p. 458 e ss.

38. Cf. LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate – A Biography of the First Amendment*, New York, 2007; DWORKIN, Ronald. Why Must Speech Be Free? In: Dworkin, Ronald. *Freedom's Law*, New York, 1996. p. 195 e ss. (texto de 1992); ver sobre o "political speech" a partir desse caso, BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*, Oxford, 2005, p. 154 e ss.; cf. também SUNSTEIN, Cass. Falsehoods and the First Amendment, *Harvard Journal of Law & Technology*, 33, 2020. p. 388 e ss., p. 407 e ss., p. 411, que afirma: "A central point in *New York Times Co. vs. Sullivan*, and a continuing concern for the modern era, involves two risks: political bias and official power", não sem, após destacar: "Because of technological changes, it would be a miracle if the ruling captured the best approach to accommodate today's relevant values".

39. Cf. adiante II.

40. ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence – A Comparative Analysis. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Orgs.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012. p. 242 e ss., p. 259; cf. também JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. Hate Speech and Self-Reinstraint. In: HERZ, Michael; MOLNAR, Peter (Orgs.). *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012. p. 217; a respeito do modelo americano do "mercado de ideias", SAMPAIO, José Adércio Leite. Do mercado de ideia a ideias no mercado: a liberdade de expressão no século XXI. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). *Liberdade de expressão no século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016. p. 2.

41. BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Org.). *Extreme Speech and Democracy*, Oxford/New York, 2009. p. 140 e ss.; no Brasil, ver a elucidativa tese de doutorado de COSTA NETO, João. Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional, Brasília. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014; sobre o confronto entre os modelos já se debruçava RIDDER, Helmut. *Kommunikation in der Demokratie*, Tübingen, 2019., p. 9 e ss.

42. O elemento efetivamente destoante é a problemática restrição de conteúdo em si de discursos nazistas no modelo alemão (§ 130, III e IV, StGB); sobre as aproximações entre os modelos ver FROWEIN, Jochen. Reform durch Meinungsfreiheit, *AöR 1980*, p. 169 e ss.; cf. também LEWIS, Antony. *Freedom for the Thought that we Hate*, 2007, p. 157 e ss.

foco no direito alemão se deve, a rigor, ao recorte desta Consulta, que se dedica aos crimes contra o Estado de Direito, e não a toda e qualquer limitação à liberdade de expressão. Aqui, a tradição alemã do pós-Segunda Guerra é, como se verá, especialmente rica e vistosa – também se cotejada com a tradição europeia em geral[43] – e mais próxima tanto de nosso modelo constitucional de restrição de direitos fundamentais[44] quanto de um Direito Penal cujo alicerce é o princípio da legalidade – princípio que, como é cediço, goza de pouca reputação no modelo jurídico-penal americano[45]. O conceito americano de *freedom of speech* compreende muito mais do que a liberdade de expressão dos modelos alemão e brasileiro[46]– também a liberdade de reunião[47] ou mesmo o financiamento de partidos[48] são discutidos sob essa rubrica[49] –, com o que a justificativa para intervenção nesse direito se altera substancialmente. Nesse setor específico dos crimes contra o Estado de Direito, não se deve igualmente esquecer que, no modelo americano, a alegação de perigos à *national security* autoriza restrições bastante agressivas a direitos

43. Sobre o caráter "específico" e "único" da experiência alemã nesse setor, GUSY, Christoph. Die „freiheitliche demokratische Grundordnung" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR),* 1980. p. 279 e ss.

44. A respeito da dogmática de restrição a direitos fundamentais na doutrina e jurisprudência brasileiras, MARTINS, |Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 126 e ss.

45. DUBBER, Markus. The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History. In: MARTYN, Georges et al (Org.). *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle: Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, 2013. p. 365 e ss.

46. Embora, na Constituição brasileira, não haja compartimentalização tão específica, tal como se dá na Constituição alemã; cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020. t. IV. 12 2 2 A.

47. Sobre o caso "Skokie", que cuidava de uma passeata nazista que teria lugar em uma vila perto de Chicago, habitada por descendentes de judeus, ver LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate*, New York, 2007. p. 159 e ss.

48. Cf. as decisões da Suprema Corte: Buckley *vs*. Valeo, de 1976, e Citizens United *vs*. Federal Election Comission, de 2009, que tematizam restrições legais a financiamento de campanha como intervenções no direito à liberdade de expressão. A esse respeito, DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue*. Cambridge, 2002. p. 351 e ss.; MARSHALL, William. False Campaign Speech and The First Amendment. *University of Pennsylvania Law Review 153 (2004)*, p. 284 e ss.; LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate*, New York, 2007. p. 177; POST, Robert. *Citizens Divided: Campaign Finance Reform and the Constitution*. Cambridge/London, 2014. p. 33 e ss.; p. 44 e ss.; OPPITZ, Florian. *Theorien der Meinungsfreiheit*. Baden-Baden, 2018. p. 185 e ss.

49. Cf. TUSHNET, Mark; CHEN, Alan; BLOCHER, Joseph. *Free Speech Beyond Words: The Surprising Reach of the First Amendment*. New York, 2017; ver também ZICK, Timothy. *The Dynamic Free Speech Clause*. Oxford, 2018. Dworkin anotava que a First Amendment era, de fato "very abstract" (cf. DWORKIN, Ronald. Why Must Speech Be Free? In: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, 1996. p. 195 e ss. p. 199).

fundamentais[50], sem que haja as cautelas do princípio da legalidade e uma desenvolvida dogmática dos direitos fundamentais. Também por lá se desenvolveu com especial intensidade o debate em torno dos casos de *contempt of court*[51]. O foco no direito alemão e europeu não deve, contudo, cegar-nos quanto às contribuições da profícua discussão americana[52], como o instigante desenvolvimento da doutrina do "present and clear

50. STONE, Geoffrey. Free Speech and National Security, *Indiana Law Journal, 89*, 2009. p. 939 e ss., que ressalta que a limitação, nos Estados Unidos, ocorre sobretudo em períodos de guerra – o que, bem vistas as coisas, implica em dizer (quase) permanentemente. O autor afirma: "It is therefore rather striking that throughout American history there has been a broad consensus in support of the proposition that the government cannot constitutionally punish individuals for criticizing government officials or policies – except when their speech is thought to threaten national security. In the national security setting, however, the United States has a long and checkered history of allowing fear to trump constitutional values"; cf. também sobre esse aspecto da "segurança nacional", FLÜMANN, Gereon. *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten*. Wiesbaden, 2015. p. 316 e ss.; sobre os casos de "propaganda terrorista", ver HELDT, Amélie. Terror-Propaganda online: Die Schranken der Meinungsfreiheit in Deutschland und den USA, *NJOZ 2017*, p. 1458 e ss. A respeito da história do "Sedition Act" de 1798 e de outros estatutos, já no século XIX, que proibiam o "discurso anti-establishment", cf. o estudo de BLUMBERG, Phillip. *Repressive Jurisprudence in the Early American Republic*. Cambridge, 2010. p. 318 e ss., p. 374 e ss.

51. A primeira legislação federal americana a esse respeito data de 1789 (GOLDFARB, Ronald. The History of the Contempt Power, *Washington University Law Quarterly*, 1961. p. 1 e ss., p. 14). Goldfard afirmava, nesse estudo, que: "(n)either Latin American nor European civil law legal systems use any device of the nature or proportions of our contempt power" (p. 1). A esse respeito, FRANKFURTER, Felix; LANDIS, James. Power of Congress over Procedure in Criminal Contempts in "Inferior" Federal Courts. A Study in Separation of Powers, *Harvard Law Review* 37, 1924. p. 1.010 e ss. Há, naturalmente, antiga controvérsia em torno da compatibilização entre manutenção da "autoridade da Corte" e "liberdade de expressão", sobretudo nos casos em que há "críticas externas": DEUTSCH, Eberhard. Liberty of Expression and Contempt of Court, *Minnesota Law Review,* 1943. p. 296 e ss. Há caso antigos: BONGES, Robert. Reiterated Contempt of Court, *Michigan Law Review,* 62, 1964. p. 1061 e ss.; cf. já o caso publicado em *Harvard Law Review,* 25, 1912. p. 561, sobre a diferença entre "dignidade da Corte" e "administração da justiça". Em 1903, discutiu-se se um abandono arquitetado em massa dos presentes, durante o julgamento, poderia influenciar o Jury, caso publicado em: *Michigan Law Review*, 1, 1903. p. 408. Para uma visão a respeito dos casos de "contempt of court" em face das Cortes Internacionais, GHANTOUS, Marie. Freedom of Expression and Contempt of Court before International Criminal Court, *Quebec Journal of International Law,* 31, 2018. p. 203 e ss.

52. Essencial a esse respeito é o estudo instigante de PORTO MACEDO, Ronaldo. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista de Direito da GV,* São Paulo, v. 13, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 274 e ss. Disponível: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322017000100274&lng=en&nrm=iso], que conclui: "A experiência jurídica americana acerca da liberdade de expressão oferece muitas lições importantes a serem consideradas pelas novas democracias constitucionais na América Latina, como o Brasil".

danger"[53] e a resoluta recusa de criminalizar discursos apenas em razão de seu *conteúdo* imoral ou insuportável, desconsiderando o contexto em que a manifestação ocorre[54].

8. Estabelecidas as premissas, é o caso de elucidar os aspectos individual (a seguir, III) e institucional (a seguir, IV) que envolvem os crimes contra o Estado de Direito, sobretudo no debate alemão, de modo a enunciar um diagnóstico (a seguir, V) que antecede a exposição do desafio brasileiro (a seguir, C). Antes, é preciso compreender a sistemática de proteção da liberdade de expressão no sistema alemão (a seguir, II), base para a compreensão das proibições penais.

II. O direito fundamental à liberdade de expressão: extensão e limites

1. Ataques discursivos a pessoas ou a instituições podem estar protegidos pelo direito fundamental à liberdade de expressão. O direito fundamental à *liberdade de expressão* é previsto no art. 5, I, da Lei Fundamental alemã (Grundgesetz, doravante: GG)[55]. O mantra, contudo, de que a liberdade de expressão não é "absoluta" é tão fastidioso quanto correto – se bem compreendido[56]. Conforme o art. 5, II, o exercício do direito à liberdade de expressão encontra limites (Schranke) em preceitos de leis gerais[57], em disposições legais de proteção de crianças e adolescentes e no direito à honra pessoal. A restrição da liberdade de expressão ocorre, de modo especialmente intenso, por meio das proibições

53. Desenvolvido em Schenck *vs*. US, 249 U.S. 47 (1919); Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444, 447 (1969): manifestação "directed to inciting or producing imminent lawless action and […] likely to incite or produce such action"; sobre a relação desse critério com as formulações de Mill e com a ideia de "marketplace of ideas": BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech*, 1992. p. 8 e ss.; sobre a evolução desse critério, PORTO MACEDO, Ronaldo. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista de Direito da GV,* São Paulo, v. 13, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 274 e ss.; uma tentativa de "modernizar" o teste para "um mundo conectado", ASH, Timothy. *Free Speech – Ten Principles for a Connected World*, London, 2016. p. 132 e ss.; cf. também SUNSTEIN, Cass. *Republic – Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017. p. 247 e ss., p. 251, que menciona que o teste "is not quiet as clear as it once was – and it might not be so well suited to the present".

54. A rigor, como se verá, a dimensão contextual é acentuada pela jurisprudência alemã (a seguir, II).

55. "Esses direitos encontram seus limites nos preceitos das leis gerais, nas determinação legais para a proteção da juventude e no direito da honra pessoal "(Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre).

56. No debate alemão, sobre as diversas teorias sobre a restrição da liberdade de expressão ver a monografia de OPPITZ, Theorien der Meinungsfreiheit, 2018; sobre a noção de que a liberdade de expressão não é "absoluta", no debate americano, SUNSTEIN, Cass. *Republic – Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017. p. 200 e ss.

57. Lei geral é aquela que não proíbe uma determinada expressão de pensamento, mas sim limita, de maneira geral, manifestações tendentes a menoscabar determinado bem jurídico (BVerfGE 7, 198, nm. [número de margem] 35).

penais – leis gerais por excelência[58] – destinadas à proteção da *honra individual*, consubstanciadas nos conhecidos tipos penais de injúria, calúnia e difamação.[59] Também os tipos penais que protegem *instituições*, mediata ou imediatamente, podem limitar o exercício da liberdade de expressão, como veremos posteriormente (IV.).

2. A GG permite, de saída, *restrições legais* ao direito fundamental à liberdade de expressão, aparentemente divergindo da resoluta proscrição da *First Amendment* ("The Congress shall make no law")[60]. Essa possibilidade *prima facie* deve ser inserida no sistema de proteção de direitos fundamentais alemão, que, resumidamente, distingue a análise de uma restrição a um direito fundamental em três etapas subsequentes: âmbito de proteção do direito, intervenção nesse âmbito e proporcionalidade (justificação da intervenção ou limites aos limites)[61]. Apenas na última etapa é que deve ocorrer a *ponderação* concreta, por exemplo, entre liberdade de expressão e direito da personalidade – entre direitos individuais eventualmente afetados, e não entre grandezas abstratas[62]. Esse sistema de proteção de direitos fundamentais, que envolve as três etapas apontadas, também se vislumbra, de certo modo, na jurisprudência do STF em matéria de liberdade de expressão.[63]

---

58. Exceção feita ao § 130 IV (no delito de negação do holocausto), cf. BVerfG, Beschluss vom 4. 11. 2009 – 1 BvR 2150/08 (Decisão-Wunsiedel), em que se proíbe um conteúdo específico, não geral; a esse respeito, MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Alemão*: decisões anotadas. São Paulo: Marcial Pons, 2018. v. II. p. 11, p. 123 e ss.; cf. em detalhes KLAUSMANN, Vincent. *Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus*, Baden-Baden, 2019.

59. GRIMM, Dieter. Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Neue Juristische Woche (NJW),* 1996. p. 1697 e ss.

60. Sobre essa cláusula, PORTO MACEDO, Ronaldo. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista de Direito da GV,* São Paulo, v. 13, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 274 e ss.; DWORKIN. *Sovereign Virtue*, 2002. p. 371 e ss.; POST, Robert. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence, *California Law Review,* 88, 2000. p. 2353 e ss.: "The simple and absolute words of the First Amendment float atop a tumultuous doctrinal sea".

61. No Brasil, GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. Trad. Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 31 e ss.; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 156 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017. t. 3.9.4.; MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. 2020. p. 192. Na Alemanha, por todos, ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Berlin, 1994. p. 249 e ss.

62. MÖLLERS, Christoph. *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*. 3. ed. Berlin, 2012. p. 73.

63. Cf. STF ADPF 572, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18.06.2020; STF, Rcl 22.328, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 06.03.2018. Sobre a jurisprudência brasileira em matéria de liberdade de expressão, de modo geral, cf. VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2017. p. 151 e ss.; FELDENS, Luciano; DADICO, Claudia Maria. A liberdade de expressão no Brasil do século XXI: limites e possibilidades ante o discurso de ódio. In: ANTUNES, Maria João (Org.). *Direito Penal*

3. Aqui já se vê a distinção fundamental: além de compreender muito menos do que a *freedom of speech* americana, o âmbito de proteção do art. 5, I, primeira parte, GG[64] só estará aberto caso a manifestação sub judice corporifique um *juízo de valor* do emitente (*Werturteil*), e não uma *enunciação de fatos* (*Tatsachenbehauptung)* – esta última, não merece a proteção concedida à liberdade de expressão[65]. Nesses casos, um juízo de ponderação sequer se inicia[66]. Não há um direito fundamental a falsear objetivamente fatos.[67] A afirmação de que um Ministro de Estado "recebeu dinheiro, no dia Z, de uma empresa X para tomar uma decisão Y" não está abrigada pelo art. 5, I, GG, ao contrário da alegação de que um Ministro de Estado "é desqualificado e não possui aptidão para exercer o seu cargo".

4. A *jurisprudência alemã,* na aplicação do art. 5, GG, palmilhou trajetória bastante liberal em matéria de liberdade de expressão, moldada pela seminal e amplamente conhecida decisão do *caso Lüth* (BVerfGE 7, 198), de 1958, recorrentemente lembrada por tematizar pioneiramente a eficácia horizontal (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais e introduzir na dogmática a constitucional a ideia de "ordem objetiva de valores"[68].

---

e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal, Porto Alegre, 2018. p. 213 e ss; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira*: Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 150 e ss.

64. A liberdade de imprensa (art. 5 II GG) possui âmbito de proteção próprio, bem como as liberdades artística, científica, de pesquisa e de ensino (art. 5 III GG), que admitem menores e raras restrições (cf. FECHNER, Frank. Art. 5. In: STERN; BECKER, *Grundrechte Kommentar*, 2018. nm. 65 s.)

65. GRIMM, *NJW*, 1995. p. 1702.

66. GRIMM, *NJW*, 1995. p. 1699, 1702.; sobre os "fatos insinceros" na tradição americana cf. SPOTTSWOOD, Mark. Falsity, Insincerity and The Freedom of Expression, *William & Mary Bill of Rights Journal 16*, 2008. p. 1201 e ss.; SCHAUER, Frederik. Facts and the First Amendment, *UCLA Law Review* 57, 2010. p. 897 e ss.; mais recentemente, SUNSTEIN, Cass. Falsehoods and the First Amendment, *Harvard Journal of Law & Technology,* 33, 2020. p. 388 e ss.

67. Por outro lado, em regra, afirmações de teor comprovadamente verdadeiro não são puníveis, a não ser que, a depender da forma e do contexto da declaração, constitua uma "injúria em razão da forma" (Formalbeleidigung, ver infra III 1 a), cf. SK-ROGALL, § 192 StGB, 9. ed. 2017, nm. 2. A esse respeito, cf. o esclarecedor estudo de TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra, *RBCCrim,* v. 94, 2012. p. 89 e ss.; cf. também, de forma diferenciada em face do fenômeno das fake news, STEINBACH, *JZ*, 2017. p. 653 e ss.

68. Cf. a excelente tradução (anotada) da decisão confeccionada por MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Alemão: decisões anotadas. São Paulo: Marcial Pons, 2018. v. II. p. 91 e ss., p. 95 e ss.; a esse respeito ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Berlin, 1994. p. 477 e ss.; AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares, 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 41 e ss.; VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direitos Fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2017. p. 35; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 126 e ss.; BARROSO, Luís Roberto.

O caso subjacente à decisão dizia respeito, resumidamente, à instigação pública por parte de Erich Lüth, diretor do departamento de imprensa, ao boicote de produções de um cineasta ligado ao nacional-socialismo, que processou Lüth no âmbito cível para que esse cessasse com a exortação ao boicote. Ao final, o BVerfG reconheceu o direito de Lüth de promover essa campanha contra a obra do cineasta.

5. O Tribunal frisou que, como manifestação direta da personalidade humana na sociedade, o direito fundamental à liberdade de expressão é um dos mais nobres direitos humanos e pilar do Estado democrático de liberdade.[69] Esse direito fundamental cede espaço, no entanto, quando "interesses individuais de terceiros", de maior valor, são menoscabados pelo exercício concreto da liberdade de expressão. Isso ocorre por meio da uma "ponderação de bens" (*Güterabwägung*), na qual se devem levar em conta todas as circunstâncias relevantes do caso concreto.[70] Essa ponderação segue a uma série de critérios desenvolvidos ao longo de décadas[71]. Não existem, na Alemanha, búzios insondáveis da ponderação de valores abstratos[72], mas, isso sim, uma "operacionalização dogmática da Constituição"[73].

6. Diversamente da maioria dos tipos penais, cuja interpretação e concretização fica a cargo das instâncias ordinárias e, sobretudo, do *Bundesgerichtshof* (BGH) – Tribunal equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça –, a dogmática dos delitos contra a

---

Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 516 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017. t. 3.4.2; SARMENTO, Daniel. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 251 e ss. Uma crítica bastante recente à "Drittwirkung", à luz da nova jurisprudência, em NEUNER, Jörg. Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, *NJW,* 2020. p. 1851 e ss.

69. BVerfGE 7, 198, nm. 32-33.

70. BVerfGE 7, 198, nm. 38.

71. Schlink, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlim, 1976. p. 17 e ss.; Alexy, Theorie der Grundrechte, 1994, p. 77 e ss; Ossenbübl, Fritz. Abwägung im Verfassungsrecht, *Das Deutsche Verwaltungsblatt* 1995. p. 904 e ss.

72. Cf. a excelente coletânea organizada por Campos, Ricardo (org.). Crítica da ponderação, São Paulo, 2016; ver também MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7 e ss.; sobre a recorrente necessidade de "balancing interests" na tradição americana da liberdade de expressão, LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate*, New York, 2007. p. 169 e ss. Cf. também o estudo de TUSHNET, Mark. The First Amendment and Political Risk, *Journal of Legal Analysis 4* (2012). p. 103 e ss., p. 126 e ss., que compara a tradição americana com a "ponderação" europeia.

73. Na expressão de GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. Trad. Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 30, p. 48. Naturalmente, isso não isenta a ideia de ponderação a algumas críticas viscerais. Remetemos o leitor aos trabalhos citados no estudo de Greco em sua nota de rodapé n. 106.

honra é, em grande medida, modelada pela jurisprudência do BVerfG.[74] Esse aspecto não adquire ares de obviedade: no sistema alemão, de fato, o BVerfG não assume a função de "superinstância revisora", e possui limitada competência. Não são cotidianas as decisões em matéria penal[75]. A exceção se explica pela posição de destaque da liberdade de expressão, que, nesses casos, entra em conflito com outro direito *individual* relevante, o direito à *honra*[76]. Na decisão Lüth, estabeleceu-se, assim, o que se convencionou designar por *Wechselwirkungslehre,* o que quer significar: não apenas o direito fundamental à liberdade de expressão encontra restrições nas leis gerais (como as leis penais), mas, ao revés, as leis gerais restringem-se, ou melhor, devem ser interpretadas restritivamente à luz do direito fundamental de liberdade de expressão.[77] Surge um *efeito retroalimentador da liberdade de expressão*. Esse efeito se faz sentir na interpretação dos delitos contra a honra, como nas hipóteses de injúrias coletivas e contra agentes públicos (cf. a seguir III, 2).

7. A decisão Lüth é, ainda hoje, verdadeira bússola para o debate teórico e jurisprudencial, também por ter enunciado outro aspecto relevante. Trata-se da importância do *contexto* em que se dá a manifestação de pensamento, sobretudo se ela ocorre no âmbito privado ou no âmbito público. Segundo o BVerfG, a liberdade de expressão tende a prevalecer em detrimento do direito de personalidade por ela afetado quando se trata não meramente de um confronto privado de ideias, mas constitui uma contribuição para a opinião pública, para o livre confronto de ideias no seio da coletividade. Nesses casos,

74. TEICHMANN, Arndt. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber herabwürdigenden Meinungsäußerungen, *Juristenzeigung (JZ)* 11, 2020. p. 549 e ss.

75. Sobre os limites de uma orientação constitucional do direito penal, GRECO, Luís. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: BRUNHÖBER; HÖFFLER; KASPAR; REINBACHER; VORMBAUM (Orgs.). *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden, 2013. p. 13 e ss.

76. A honra individual goza também de alta patente na sistemática dos direitos fundamentais alemã: Schmitt Glaeser, Walter. Meinungsfreiheit, Ehrenschutz und Toleranzgebot, *NJW,* 1996. p. 873 e ss; TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra. Revista Brasileira de Ciências Criminais – *RBCCrim,* v. 20, n. 94, 2012. p. 89 e ss; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017. t. IV. 11.20.

77. BVerfGE 7, 198 (208); VON DER DECKEN, Kristin. Art. 5. In: SCHMIDT-BLEIBTREU; HOFMANN; HENNEKE. *GG Grundgesetz*, 14. ed. 2017, conferir MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Alemão*: decisões anotadas. São Paulo: Marcial Pons, 2018. v. II. p. 94.

haveria uma *presunção de licitude do livre discurso*.[78] Nada diferente do que foi desenvolvido pela tradição americana[79] e do que vem sendo defendido pelo STF[80].

III. O aspecto individual: a proteção da honra de agentes públicos

Os atentados discursivos, como dito, podem não se dirigir às instituições em si, mas a seus *integrantes*. Por vezes, aparentemente, tem-se a impressão de que ataques a indivíduos são qualificados pela ordem jurídica alemã como ataques mediatos às instituições de que eles fazem parte. O Código Penal alemão contém, além dos tipos penais de injúria, difamação e calúnia (§ 185 e ss. StGB) – comuns a quase todas as ordens jurídicas da matriz romano-germânica –, alguns tipos penais especiais, voltados à proteção de *agente públicos* específicos (§§ 90, 90b, 188 StGB). Devido à circunstância de esses tipos penais específicos não protegerem a totalidade dos agentes públicos e apresentarem ulteriores requisitos típicos que estreitam o campo de aplicação da norma proibitiva (cf. a seguir IV, sobre o aspecto institucional), os tipos penais gerais são, tanto do ponto de vista teórico quanto do ponto de vista prático, mais relevantes para a proteção da honra de agentes públicos. Na sequência, convém debruçar-nos sobre a intepretação constitucional dos *crimes contra a honra* no direito alemão, com foco nos casos de *ofensas a agentes públicos*, conforme o recorte metodológico anteriormente delimitado. Primeiro, cuidaremos dos tipos penais gerais (1), depois dos tipos penais específicos, de menor relevância prática e dos quais daremos apenas notícia (2).

1. Crimes contra honra: a jurisprudência constitucional

a) Premissa: fatos, valorações, "injúria em razão da forma" e "críticas aviltantes"

aa) No passado, houve, como se sabe, intensa discussão sobre o conceito jurídico-penal de honra[81]. Essa discussão cedeu o seu protagonismo, aos poucos, a outros temas. Atualmente,

78. BVerfGE 7, 198, nm. 40.

79. O que Lewis designou de "premissa de Madison", fundante para o debate americano (LEWIS, Anthony, *Freedom for the Thought that we Hate*, New York, 2007. p. 18). A esse respeito, no debate brasileiro, VILHENA VIEIRA, Oscar. *A batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 34 e ss. Cf. também POST, *William & Mary Law Review*, 32, 1991. p. 267 e ss., p. 288 e ss. Sobre os novos desafios, também impostos pelas "echo chambers", SUNSTEIN, Cass. *Conformity*, New York, 2019. p. 120.

80. Cf. abaixo as referências na nota 97.

81. O antigo conceito fático de honra, que se baseava na afetação pessoal e na percepção do subjetiva do ofendido, foi suplantado por um conceito (mais) normativo, ainda que não totalmente isento de elementos fáticos; sobre a evolução da discussão cf. HIRSCH, *Grundfragen von Ehre und Beleidigung*. p. 659 e ss.; LK-HILGENDORF, vor 185 StGB, 12. ed. 2009, nm. 4 e ss.; sobre a discussão antiga, BINDING, Karl. *Die Ehre und ihre Verletzbarkeit*, Leipzig, 1892; entre nós, cf. o estudo de TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra, *RBCCrim*, v. 94, 2012. p. 89 e ss.; ver, ainda, SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2020. t. IV. 11.20.

como mencionado anteriormente, o BVerfG procede – desde que haja intervenção no âmbito de proteção do direito – a uma ponderação concreta entre o direito à liberdade de expressão e o direito de personalidade (honra) – dois direitos individuais – ao analisar condenações por crimes de expressão (§§ 185 e ss. StGB), desde que satisfeitos alguns requisitos negativos. Primeiro, como visto, deve-se tratar de uma um *juízo de valor*, não uma afirmação inverídica sobre ou a respeito de fatos. Como a delimitação entre juízo de valor e afirmação factual nem sempre é fácil de realizar no caso concreto, principalmente porque em geral juízos de valores baseiam-se em fatos, na dúvida tende-se a classificar a manifestação como um juízo valorativo, integrando-a no âmbito de proteção da norma constitucional.[82]

bb) Em segundo lugar, o processo de ponderação nem sequer tem lugar quando se tratar de um ataque à dignidade humana[83], de uma "injúria em razão da forma" (*Formalbeleidigung*)[84] ou de uma "crítica aviltante" (*Schmähkritik*).[85] Aqui, prevalece desde logo a honra individual. Esses conceitos não são facilmente determináveis, de modo que o BVerfG propugna uma aplicação restritiva deles. O que esses termos expressam em comum é a *ausência de qualquer referência ao debate de ideias*. Em outras palavras, a manifestação dirigida unicamente à depreciação da pessoa, sem qualquer substância de crítica social, política ou jurídica e completamente desgarrada do contexto objetivo dos fatos, não é protegida pelo direito de liberdade de expressão.

cc) Postas as premissas, é possível expor algumas decisões do BVerfG a respeito dos crimes contra a honra de agentes públicos[86]. A questão central passa pela determinação sobre a maior ou menor amplitude da proteção de agentes públicos. A jurisprudência constitucional pode ser examinada em dois blocos, um que trata de *ofensas coletivas* ou indeterminadas a agentes públicos (2.) e outro que trata de *ofensas individuais* (3.).

82. GRIMM, *NJW,* 1995. p. 1699.

83. BverfGE 93, 266; BVerfGE 99, 185. Um ataque à dignidade foi verificado, por exemplo, em um caso de uma sátira na qual o ex-ministro da Baviera Franz Josef Strauß foi retratado como um porco que copulava com outro porco com as vestes de magistrado (BVerfGE 75, 369 (380).

84. Tem-se uma "Formalbeleidigung" quando, independente de um substrato fático verdadeiro, a declaração é feita de forma humilhante ou em contexto que a torne extremamente depreciativa, tornando inaplicável a cláusula da "exceção da verdade". Por exemplo, chamar um portador de deficiência de "aleijado" (VON DER DECKEN, Kristin. Art. 5. In: SCHMIDT-BLEIBTREU; HOFMANN; HENNEKE. *GG Grundgesetz*, 14. ed. 2017. nm. 8).

85. Uma "Schmähkritik" é uma crítica aviltante, destinada exclusivamente ao menoscabo da pessoa, descolada da discussão de um problema ou de um embate de ideias, cf. BVerfGE, NJW 2017, 1460; BVerfG, Beschluss vom 14.6.2019 – 1 BvR 2433/17, BeckRS 2019, 15126; BVerfGE 93, 266. Na doutrina, critica-se o alto grau de indeterminação desse conceito, cf. MUCKEL, Stefan. Meinungsfreiheit für drastische Äußerungen über Richter, *JA,* 2019. p. 797; TEICHMANN. *JZ,* 2020. p. 551, bem como a interpretação (extremamamente) restritiva dele encampada pelo BVerfG (cf. OTTO, Harro. Der strafrechtliche Schutz vor ehrverletzenden Meinungsäußerungen, *NJW,* 2006. p. 576).

86. Haveria, naturalmente, um caudal de decisões, mas o recorte deste já extenso estudo exige a exposição do essencial.

2. Ofensas coletivas a agentes públicos[87]

a) "Soldados são assassinos" (Soldate sind Mörder) **(BVerfGE 93, 266)**[88]

aa) Depois da célebre decisão Lüth, o caso conhecido como "Soldate sind Mörder" ("Soldados são assassinos") é provavelmente a decisão mais relevante (e criticada[89]) do BVerfG em matéria de liberdade de expressão e proteção penal da honra individual. Em 1995, o Tribunal apreciou conjuntamente quatro reclamações constitucionais (*Verfassungsbeschwerde*)[90], cujos reclamantes haviam sido processados e condenados pelo crime de injúria, a *Beleidigung* do § 185 StGB. As condutas que deram ensejo às respectivas condenações ocorreram em diferentes contextos, porém reuniam um elemento comum: tratava-se de pacifistas, críticos a guerras, que, reproduzindo a citação do jornalista e escritor alemão Kurt Tucholski, expressaram (por escrito ou oralmente) a seguinte frase: "Soldados são assassinos".

bb) O BVerfG considerou que todas as manifestações dos reclamantes eram resguardadas pelo art. 5, I, GG. O Tribunal inicia recordando a mencionada *Wechselwirkungslehre*, com base na qual ele oferece uma interpretação das manifestações à luz do direito fundamental. Segundo o Tribunal, as declarações não denotavam que certos soldados haviam efetivamente cometido homicídios no passado. Essa interpretação, que entendia a manifestação como juízo fático, acabaria por tornar não incidente a proteção do direito fundamental. Em vez disso, os reclamantes teriam expressado um juízo de valor sobre a profissão de soldado em si, à qual a obrigação de matar seria inerente.[91] O que se desvelava nas declarações dos reclamantes era, portanto, uma *crítica pública* à instituição militar, crítica essa que tem de ser garantida pelo direito fundamental à liberdade de expressão.[92]

---

87. A respeito desse grupo de casos, GEPPERT, Klaus. Zur Frage strafbarer Kollektivbeleidigung der Polizei oder einzelner Polizeibeamter durch Verwendung des Kürzels „a.c.a.b.", *NStZ* 2013. p. 553 e ss.; RÜTHERS, Bernd. Meinungsfreiheit und Ehrenschutz bei Kollektivurteilen – Zur Zulässigkeit von Pauschalbeleidigungen, *Neue Juristische Woche (NJW)* 2016. p. 3337 e ss.

88. Tradução brasileira pode ser encontrada em MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Alemão:* decisões anotadas. São Paulo: Marcial Pons, 2018. v. II. p. 111 e ss.

89. Por todos, RÜTHERS, *NJW,* 2016. p. 3340. Essa decisão do BVerfG motivou a elaboração de um projeto de lei que pretendia criar um tipo penal específico proibindo ofensas à instituição do exército, cf. a respeito NOLTE, Georg. „Soldaten sind Mörder" – Europäisch betrachtet, *Archiv für Presserecht (AfP)* 4/1996. p. 313 e ss.

90. Sobre essa categoria alemã, cf. GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. Trad. Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 50.

91. BVerfGE 93, 266, nm. 109.

92. BVerfGE 93, 266, nm. 109.

cc) O BVerfG reportou-se ainda ao § 193, StGB – semelhante ao nosso art. 142, II, CP[93] –, que constitui uma causa de exclusão da ilicitude para os casos de críticas a manifestações e produtos científicos, artísticos e comerciais e de expressões empregadas na defesa de direitos ou de *interesses legítimos* (*berechtige Interessen*), e que vige exclusivamente para os crimes contra a honra, de modo a retirar amarras e hesitações na defesa desses direitos – o § 193, StGB é mais um veículo para a realização do "efeito retroalimentador" da liberdade de expressão.[94] Os reclamantes possuiriam, no caso, um "interesse legítimo" no sentido desse dispositivo, que deve ser atribuído a todo cidadão que se engaja em um debate público sobre questões social ou politicamente relevantes. Nesses casos, dever-se-ia conferir um especial relevo à liberdade de expressão, eis que esse direito fundamental cresce justamente da especial necessidade de proteção da *crítica ao poder* (*Machtkritik*).[95]

dd) Sempre frisando que declarações supostamente ofensivas devem ser interpretadas dentro do *contexto* em que foram proferidas e entendendo que as declarações dos reclamantes não se referiam a soldados específicos, nem mesmo ao grupo de soldados do exército alemão, o Tribunal ressaltou os perigos da possibilidade de punição de injúrias coletivas – inexistente na tradição angloamericana. Nessas hipóteses, haveria o risco de se punirem críticas sócio-políticas, que devem ser resguardadas pelo direito à liberdade de expressão.[96] As instituições e agentes públicos devem se submeter à vigilante sindicância dos cidadãos em nome de quem o poder é exercido[97].

---

93. Cf. TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra, *RBCCrim*, v. 94, 2012. p. 89 e ss. Não há correspondência completa entre os dispositivos. Eles apenas estão animados pela mesma ideia.

94. SK-Rogall, § 193, nm. 1 e ss., 9. ed. 2017; cf. também ROXIN; GRECO. Strafrecht AT I, 5. ed. p. 945 e ss.

95. BVerfGE 93, 266, nm. 119; criticamente OTTO, *NJW,* 2006. p. 576.

96. BVerfGE 93, 266, nm. 132, 136-137.

97. Já a esta altura – antes de ingressar propriamente no desafio brasileiro (abaixo C.) –, cumpre registrar que esse modo de proceder mostra-se presente na recente decisão do Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 496, que julgou a constitucionalidade do crime de desacato – cuja correção não nos cumpre aqui avaliar. Embora, corretamente, aponte que "também no campo penal é razoável que se prevejam tipos penais protetivos da atuação dos agentes públicos", o Min. Roberto Barroso, relator do acórdão, acaba conferindo interpretação conforme ao tipo penal do desacato, para excluir "eventuais ofensas perpetradas por meio da imprensa ou de redes sociais, *resguardando-se a liberdade de expressão*", reforçando, assim, a ideia de tolerância à *crítica ao poder*. E prossegue: "Como já referido anteriormente, os agentes públicos em geral estão mais expostos ao escrutínio e à crítica dos cidadãos, devendo demonstram maior tolerância à reprovação e à insatisfação, sobretudo em situações em que se verifica uma tensão entre o agente público e o particular. Devem ser relevados, portanto, eventuais excessos na expressão da discordância, indignação ou revolta com a qualidade do serviço prestado ou com a atuação do funcionário público"; no mesmo sentido o voto do Min. Edson Fachin na ADPF 572: "Quando a vítima é agente público, essa exigência, como visto, deve ser ainda mais rigorosa, porque a submissão à crítica é inerente a sua atividade", que menciona outros precedentes do Supremo, tal como o Inq. 3546, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, 15.09.2015;

b) "Fuck cops" (BVerfG NJW 2015, 2022) e "all cops are bastards" (BVerfG, 17.05.2016 – 1 BvR 257/14)

aa) Outros casos, mais recentes, de injúria coletiva foram apreciados pelo BVerfG, que deu continuidade à linha jurisprudencial inaugurada no caso "Soldate sind Mörder".

bb) O *primeiro caso*, julgado em 2015 (BVerfG NJW 2015, 2022), diz respeito à condenação pelo crime de injúria (§ 185, StGB) de pessoas que portavam um adesivo e camisetas estampadas com a sigla "FCK CPS", abreviação de "Fuck Cops". No *segundo caso*, julgado em 2016 (BVerfG, 17.05.2016 – 1 BvR 257/14), o sujeito trajava uma calça com a estampa "ACAB" (sigla de "all cops are bastards") em visita a um estádio de futebol. Ao voltar do estádio, o indivíduo foi visto por policiais que contra ele apresentaram queixa-crime, o que culminou em sua condenação.

cc) Tal como ocorrera na decisão do caso "Soldate sind Mörder", o BVerfG declarou que as condenações criminais[98] em virtude das ofensas a policiais representam intervenções injustificadas no direito à liberdade de expressão dos réus. Novamente, o Tribunal levou em consideração o fato de que as manifestações ofensivas não se dirigiam a indivíduos determinados, mas assim a um coletivo. Quanto maior o coletivo ao qual a declaração depreciativa se refere, mais fraca se tornaria a afetação pessoal de seus membros – aqui, apesar da dimensão coletiva, o foco está na honra individual de agentes públicos que integram a instituição –, eis que a manifestação de pensamento ganharia contornos de *crítica social à instituição* visada.[99]

3. Ofensas individuais a agentes públicos

A postura nitidamente liberal, em favor da prevalência da liberdade de expressão, do BVerfG não se restringe às hipóteses de injúrias coletivas, mantendo-se também no caso de *ofensas individuais* a agentes públicos. Além disso, o arcabouço conceitual e normativo desenvolvido pelo Tribunal irradia-se para além das decisões de caráter penal. Um exemplo recente envolve uma conhecida parlamentar, que foi chamada de "vadia", "pedaço de merda", entre outras ofensas, em uma rede social – a decisão do rumoroso caso Künast. O Tribunal

em sentido próximo STF, Petição 5.735, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.08.2017: "Os crimes contra a honra pressupõem que as palavras atribuídas ao agente, além de se revelarem aptas a ofender, tenham sido proferidas exclusiva ou principalmente com esta finalidade, sob pena de criminalizar-se o exercício da crítica, manifestação do direito fundamental à liberdade de expressão"; cf. também STF, ADI 4.551, Rel. Min. Alexandre de Moraes, DJe 06.03.2019 (voto do Min. Celso de Mello); STF, HC 83.996, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26.08.2004; STF, Rcl 16.434, Rel. Min. Rosa Weber, decisão de 30.06.2014.

98. Na doutrina já se questionava a tipicidade de tais ofensas coletivas sob o parâmetro do crime de injúria (§ 185 StGB), cf. KLAS, Benediky; BLATT, Caroline. „ACAB" – Strafbare Beleidigung von Polizisten? *HRRS* 8/9 2012. p. 389-390; BRITZ, Guido. Schafft die Beleidigung ab! *jM*, 2016. p. 438.

99. BVerfGE, *NJW*, 2015. p. 2023, nm. 17.

de Berlim negou a pretensão da parlamentar de obter os dados pessoais dos autores das postagens, sob o argumento de que se tratava de manifestações de pensamento legítimas, principalmente porque ocorreram em um *contexto de debate político* em torno de uma polêmica declaração da parlamentar na década de 1980 sobre pedofilia. Além disso, enquanto ator político, seria exigível da parlamentar suportar críticas, ainda que formuladas em tom ofensivo.[100] A casuística infraconstitucional é extensa[101], quase inabarcável, de modo que na sequência exporemos apenas as mais recentes decisões do BVerfG, envolvendo casos de ataques à honra de agente públicos, como a magistrados ou a Ministros de Estado.

a) Ofensas a magistrados

aa) O BVerfG ocupou-se recentemente de dois casos relacionados a ofensas a *magistrados*.

bb) Em um deles, o sujeito, parte em um processo civil, em uma peça processual comparou a conduta da juíza a de "tribunais nazistas de exceção" e a condução do processo a procedimentos dos "tribunais de inquisição da Idade Média". Por essas declarações, o indivíduo foi condenado pelo crime de injúria (§ 185, StGB). O BVerfG considerou que a condenação por injúria ingressava injustificadamente no direito fundamental à liberdade de expressão. As declarações contra a juíza não se destinavam, segundo o Tribunal, exclusivamente à depreciação da pessoa da magistrada, mas sim corporificavam uma crítica à condução do processo, ou seja, não deixavam de apresentar um caráter objetivo (*sachlich*), impessoal.[102] Além disso, o BVerfG recordou o que já registrara em julgados anteriores: o direito de criticar incisivamente medidas do Poder Público, sem receio de sanções estatais, pertence a núcleo da liberdade de expressão.[103]

cc) O segundo teve desfecho *diverso* no BVerfG, que declarou escorreita a condenação de um sujeito que, em um blog *na internet*, publicou várias postagens com ofensas contra magistrados da Poder Judiciário da Baviera.[104] Anteriormente, o indivíduo havia perdido processo de guarda de sua filha na Justiça bávara. Inconformado, postou na *internet* uma série de textos críticos aos magistrados que conduziram o processo, usando expressões como "criminosos da Justiça", "criminosos provinciano", "separadores de crianças", "corrupção estrutural", "radicais de direita" e fez acompanhar suas declarações de fotos dos juízes. O

100. LG Berlin 27. ZIVILKAMMER, Beschluss vom 09.09.2019 – 27 AR 17/19, comentado por ULLRICH, Inés. *jurisPR-StrafR* 22/2019 Anm. 1.

101. Um panorama oferece OTTO, *NJW* 2006. p. 577 e ss.

102. BVerfGE, *NJW* 2019. p. 2600 (2601), nm. 19.

103. BVerfGE, *NJW* 2019. p. 2600, nm. 17.

104. BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 19.05.2020 – 1 BvR. Os professores alemães Ladeur e Gostomzyk, em 2012, já discutiam a especificidade das manifestações reproduzidas em blogs de *internet*: LADEUR, Karl-Heinz; GOSTOMZYK, Tobias. Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in Blogs, *NJW 2012*. p. 710 e ss. Em 2015, Höffe mencionaria algumas notas distintivas desses meios eletrônicos, a demandar uma revisita das liberdades individuais: HÖFFE, Ottfried. *Kritik der Freiheit*, München, 2015. p. 271.

BVerfG considerou que a condenação do sujeito por injúria não representava uma violação injustificada de sua liberdade de expressão. Não tendo considerado ser um caso de agressão direta à dignidade humana, "injúria em razão da forma" – a *Formalbeleidigung* – ou "crítica aviltante" – a *Schmähkritik* –, o que excluiria a necessidade de ponderação, o Tribunal declarou que o direito de personalidade dos magistrados deveria prevalecer no caso concreto, em detrimento do direito à liberdade de expressão do reclamante. Nesse processo de ponderação, foram consideradas principalmente as circunstâncias do modo e do meio pelo quais as declarações ofensivas foram divulgadas: em um *texto escrito*, do qual se deve exigir maiores atenção e contenção, e nas *redes sociais*. Os efeitos nocivos contra a honra dos envolvidos se fazem sentir, segundo o BVerfG, mais intensamente nessa forma de comunicação, que possui um alto impacto e atinge um número indeterminado de pessoas. Além disso, nesse caso, a ideia de "luta pelo direito", que normalmente milita em favor da liberdade de expressão em casos de crítica ao poder, perde força, pois as declarações não ocorreram durante o processo na Justiça, mas sim após o seu desfecho.

b) Ofensa a um (ex-)Ministro (BverfG, Beschl. v. 19.05.2020, Az.: 1 BvR 1094/19)

aa) Por meio de uma decisão bastante recente, de maio de 2020, o BVerfG cassou a condenação de um indivíduo que fora processado por ter supostamente ofendido o (à época) Ministro das Finanças do Estado da Renânia do Norte-Vestfália. No âmbito de uma querela fiscal, o indivíduo recebeu um ofício pessoalmente assinado pelo Ministro, com os dizeres: "impostos não são divertidos, mas fazem sentido. Os serviços do Estado que todos esperamos e usamos com gosto não estão disponíveis gratuitamente". Em reação a esse ofício, o cidadão enviou uma carta para o Ministério expressando sua indignação com o processo e referindo-se ao ministro como um "zero à esquerda".

bb) O BVerfG considerou que as declarações do sujeito devem estar abrigadas pela proteção do direito fundamental da liberdade de expressão, que, no processo de ponderação nesse caso concreto, prevalece sobre a honra do ofendido. Na fundamentação, o Tribunal levou em conta o fato de que as declarações eram acessíveis apenas aos funcionários da respectiva repartição pública e que constituíam resposta legítima ao ofício anterior do Ministro. Ressaltou ainda que os cidadãos, especialmente perante agentes públicos em funções governamentais, têm o direito de exercer críticas fundamentais e duras, independentemente de mais profundas fundamentações e de haver outras formas menos drásticas de se expressar.[105]

4. Tipos penais específicos: proteção mediata das instituições

a) Além dos tipos penais gerais, cuja figura central é o de injúria (§ 185, StGB), o Código Penal alemão conhece *dois tipos penais específicos* que proíbem ofensas a honras de agente públicos: o § 90, StGB– "Insulto/ultraje ao Presidente da República" e o § 188, StGB – "Difamação e calúnia contra pessoas da vida política" ("Üble Nachrede und

105. BverfG, Beschl. v. 19.05.2020, Az.: 1 BvR 1094/19, nm. 38.

Verleumdung gegen Personen des politischen Lebens"). Esses tipos penais, de relevância prática reduzida, não compreendem meras críticas políticas, ainda que incisivas e veementes. A mesma interpretação respeitadora da liberdade de expressão se impõe também – e, talvez, sobretudo – aqui[106].

b) No § 90, StGB, o legislador exige um método de agressão bastante agressivo – "verunglimpfen" –, uma espécie de insulto massivo e hostil, uma depreciação conspícua. Afinal, o Presidente da República deve suportar críticas e mesmo ofensas mais leves. Atribui-se a esse tipo, na doutrina, a qualificação de "norma para a proteção do clima"[107]. O insulto hostil adquire mais relevância penal caso o ofensor tencione claramente abalar os fundamentos de existência do Estado alemão, ou atente contra "princípios constitucionais" (§ 90, III, StGB)[108].

c) O § 188, StGB, que também restringe os métodos de agressão se comparado com os crimes contra a honra comuns – a injúria não é abarcada –, exige que a ofensa seja feita em uma "reunião ou por escrito" e seja, ainda, apta a dificultar a atuação pública do ofendido, o que se verifica não apenas pelo teor da declaração, mas também pelo contexto em que ela se insere.[109] Essa restrição já no âmbito do tipo objetivo visa a garantir maior proteção à liberdade de expressão dos que criticam agentes públicos.

d) A rigor, vê-se que esses tipos penais específicos são construídos sob a forma de *proteção mediata das instituições* por meio da proteção individual de seus integrantes, o que explica a combinação de uma restrição de seus pressupostos com uma pena maior, em caso de sua realização.

e) Em outros países europeus também se faz notar a presença de tipos penais que protegem a honra de determinados integrantes do Estado. Por exemplo, em Portugal, tem-se o crime de "ofensa à honra do Presidente da República" (art. 328, CP), na Itália o de "ofensa à honra ou o prestígio do Presidente da República (art. 278, CP) e na França o crime de "injúria ao Presidente da República" (art. 26, da Lei de 29 de julho de 1881 da Liberdade de Imprensa).

Primeiro Excurso: Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos

1. Uma visão mais ampla do debate atual exige transpassemos as fronteiras nacionais. A Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) apresenta precedentes importantes em matéria de liberdade de expressão, especialmente relacionados a declarações contra

106. ZÖLLER. In: *Systematisches Kommentar StGB* (SK-StGB), § 90b StGB, 9. ed. 2019. nm. 4.

107. SCHÖNKE; SCHRÖDER. *Sternberg-Lieben*, § 90 StGB. 30. ed. 2020, nm. 1.; criticamente, ROGGEMANN, Herwig. Von Bären, Löwen und Adlern – zur Reichweite der §§ 90a und b StGB, *JuristenZeitung (JZ)* 1992. p. 934 e ss., p. 938.

108. Cf SCHÖNKE; SCHRÖDER. *Sternberg-Lieben*, § 90 StGB. 30. ed. 2020, nm. 1 e ss.

109. SK-Rogall, § 188, nm. 5.

agentes públicos[110]. O sistema de proteção e limites da liberdade de expressão assemelha-se, em linhas gerais, ao do BVerfG, já descrito.

2. Conforme o art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (Convenção), o direito fundamental à liberdade de expressão pode submeter-se às restrições e sanções previstas por lei, desde que

> "necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial".

O teste fundamental aplicado pela Corte para avaliar a legitimidade de restrições à liberdade de expressão consiste em analisar se a restrição é "necessária numa sociedade democrática". Nesse aspecto, vê-se diferença de perspectiva: na tradição alemã, a ponderação é, principalmente, entre direitos individuais *concretos* – embora o contexto do debate público ganhe relevo no cálculo; na CEDH a ponderação parece ser mais coletivista, entre valores *abstratos*, como o "ambiente de uma sociedade democrática".

3. O precedente fundamental para o contexto de ofensas a agentes públicos é o caso Lingens *vs.* Austria (Application no. 9815/82). Em resumo, tratava-se da condenação por difamação (üble Nachrede, art. 111, II, ÖStGB) de um jornalista que, em um artigo, realizava veementes críticas a políticos de passado ligado ao nazismo, usando expressões como "oportunismo vil", "imoral" e "indigno". A Corte declarou que a condenação do jornalista pela Justiça austríaca constituía uma violação do art. 10 da Convenção, estabelecendo que os limites da crítica aceitável são mais elásticos em relação a agentes políticos, em contraposição a indivíduos particulares. O agente político, segundo a CEDH, expõe-se conscientemente ao escrutínio, do público em geral e de jornalistas, de cada palavra que profere e de cada ação que executa e, consequentemente, deve demonstrar um maior grau de tolerância. Isso não quer dizer, segundo a decisão, que a reputação do agente político não deva ser protegida, até mesmo em casos em que atua no âmbito de sua função pública. Contudo, em tais casos essa proteção deve ser sopesada em face dos interesses públicos de discussão aberta de assuntos políticos.[111]

---

110. Nesta sede, não poderemos senão dar notícia de algumas decisões.

111. Servindo-se de fundamentação similar, a CEDH chegou à mesma conclusão nos casos de outro jornalista austríaco que fizera duras críticas e acusações a agentes políticos (Oberschlick v. Austria Nr. 1 – Application no. 11.662/85; Oberschlick v. Austria Nr. 2 – Application no. 20.834/92). Em uma das críticas, o jornalista usou o insulto direto "idiota" (Trottel). A respeito disso, a Corte esclareceu que insultos não podem ser lidos fora de contexto, que, no caso, dizia com uma crítica política, de um assunto público que envolvia declarações polêmicas do ofendido. Na mesma linha decidiu a CEDH no caso de um cidadão que ofendeu o então Presidente da França Sarkozy e foi condenado por um crime específico de injúria ao Presidente da República, o art. 26, da Lei de

4. Em outro precedente, no entanto, o caso Janowski *vs.* Polônia (Application no. 25.716/94), a CEDH considerou legítima a condenação, pela Justiça da Polônia, de um cidadão que, ao protestar contra a determinação de dois guardas municipais para que vendedores deixassem de expor suas mercadorias em uma praça pública, ofendeu-os de "imbecis" e "burros". A circunstância de relevo nesse caso, que teve o condão de evitar que o direito de liberdade de expressão prevalecesse em detrimento da honra dos guardas, é que as declarações não se deram em um contexto de livre e aberta discussão de assunto de interesse público. A Corte ressaltou ainda a necessidade de proteção de agente públicos, que devem desfrutar de confiança e tranquilidade para desempenhas suas funções, o que só é possível se não expostos a ataques verbais abusivos, alheios a um debate mais amplo. Além disso, nesse caso concreto, essas necessidades de proteção não teriam de ser sopesadas com os interesses de liberdade de imprensa e livre discussão de assuntos públicos.[112]

5. A Corte Interamericana de Direitos Humanos também apresenta uma série de precedentes reprovando condenações criminais relacionadas às declarações críticas ou ofensivas contra agentes públicos. A maioria dos casos envolve o trabalho de jornalistas que produziram e publicaram críticas e denúncias contra atores políticos, em que também se pontua, de maneira mais abstrata, o valor da liberdade de expressão em uma "sociedade democrática".[113]

---

29 de julho de 1881 da Liberdade de Imprensa (EON *vs.* França – Application no. 26.118/10). Repetindo a linha de argumentação nos casos precedentes, a Corte acrescentou nessa decisão que a imposição de sanções criminais por condutas como essa (o sujeito gritara ao Presidente "Casse toi pov'con", algo como "vaza, seu otário") podem gerar um efeito inibitório, dissuasório ("chilling effect") contra formas satíricas de expressão, que são aptas a desempenhar um papel importante na discussão aberta de questões de interesse público, traço indispensável da sociedade democrática.

112. Janowski *vs.* Polônia (Application no. 25.716/94), nm. 33. Registra-se, contudo, que houve cinco votos dissidentes (um apenas em relação à fixação da pena de multa), que chamaram a atenção principalmente para o fato de que os guardas não estavam agindo de acordo com normas explícitas e que o inconformismo do cidadão era legítimo (Votos dos Juízes Bratza, Rozakis, Bonello e Casadevall).

113. Destaca-se, por exemplo, o caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, 2004 Inter-Am. Ct. H.R., que envolvia a condenação do jornalista costarriquenho Mauricio Herrera Ulloa. Ele publicara no jornal "La Nación" uma série de artigos reproduzindo parcialmente notícias da imprensa belga que, por sua vez, reportava ações ilícitas do diplomata Félix Przedborski, representante honorário da Costa Rica na Agência Internacional de Energia Atômica com sede na Áustria. A Corte, que adota um sistema de garantias e restrições ao direito de liberdade de expressão semelhante ao da CEDH, sobretudo no que concerne à exigência que a restrição seja "necessária em uma sociedade democrática", considerou que a condenação por parte da Justiça da Costa Rica violava o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Com expresso arrimo na supracitada jurisprudência da CEDH, a CIDH argumentou que declarações tendo como alvo agente públicos, no contexto de temas de interesse geral, devem ostentar um maior nível de tolerância e proteção. Cf. ainda, com referências a outros precedentes, CARTER, Edward. Actual malice in the Inter-American Court of Human Rights, *Communication Law and Policy* Oct/2013. p. 396 e ss.

5. Balanço quanto ao aspecto individual

a) A análise do *aspecto individual*, ou seja, da proteção da honra dos ocupantes de elevadas posições em instituições – em um dos Poderes da República, por exemplo –, é elucidativa. Ainda que o direito positivo alemão reserve lugar específico à proteção (limitada) dos agentes públicos (§§ 90 e 188, StGB), ao lado dos crimes contra honra em geral, é possível constatar que o BVerfG – a exemplo da CEDH, CIDH e também, em certa medida, do STF – adota, desde o caso Lüth, uma linha bastante *liberal*, em que liberdade de expressão adquire *prevalência*[114] – em alguns casos, presumida –, na interpretação e na aplicação concreto de tipos penais protetores da honra em casos envolvendo agentes públicos. Isso especialmente quando eventuais ataques, ofensas, a agentes se dão em *contexto* de discussão de questões de interesse público. As restrições se inserem em procedimento analítico dividido em três etapas: âmbito de proteção, intervenção e ponderação (juízo de proporcionalidade). No âmbito de proteção ingressam apenas juízos de valor, nunca afirmação de fatos falsos. Manifestações completamente alheias ao contexto do debate público[115] – as "injúrias em razão da forma" e as "críticas aviltantes" – não estão protegidas. A ponderação, terceira e derradeira etapa, é bastante concreta, entre *direitos individuais*, e não entre valores abstratos de uma sociedade democrática.[116] Na interpretação dos tipos penais, a liberdade de expressão adquire, novamente, protagonismo a partir de seu "efeito retroalimentador" (*Wechselwirkungslehre*).

b) Esse sistema possui como uma de suas principais virtudes a *transparência* na avaliação das restrições à liberdade de expressão por meio de proibições penais. Tanto do ponto de vista do direito positivo quanto de sua aplicação jurisprudencial, portanto, vê-se que aos agentes públicos – embora não devam ficar desprotegidos – é reservada *menor proteção jurídico-penal*, se comparada àquela reservada aos demais cidadãos. A proteção por meio do Direito Penal ingressa em cena ou quando a honra individual do agente público é ofendida *sem qualquer contexto* de debate público em torno do exercício de sua função – "injúrias em razão da forma", contra sua dignidade ou "críticas aviltantes" –, ou quando sua proteção é uma forma de *proteção mediata das instituições* (§§ 90 e 188,

114. HIRSCH, *Grundfragen von Ehre und Beleidigung*. p. 658.

115. Quando, por exemplo, o debate público é apenas utilizado como ensejo para se proceder à depreciação da honra individual, com nítida desvinculação ao tema em questão.

116. Sobre a importância desse aspecto, entre nós, TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra. Revista Brasileira de Ciências Criminais – *RBCCrim,* v. 20, n. 94, 2012. p. 89 e ss.: "Para que um juízo de ponderação tenha validade, será necessário que só seja invocado quando os bens em conflito guardem a mesma hierarquia; ademais, que a solução do conflito não persiga um objetivo de utilidade, mas, sim, de esclarecimento acerca de como a pessoa é considerada em termos individuais e em suas relações. A ponderação, portanto, entre o direito de informar, de um lado, e a dignidade, de outro, deve conduzir à demonstração de que a prevalência de um ou de outro tem por base a preservação da própria pessoa e não de direitos genéricos concedidos a entidades ou ao Estado".

StGB), exigindo-se um resultado típico adicional. Por fim, intriga saber se as ofensas cometidas pela *internet* – por sua permanência, capilaridade e virulência – devem merecer tratamento mais rigoroso[117].

c) Relacionado a esse último aspecto, observa-se atualmente a formação de um movimento político-criminal de *recrudescimento dos crimes de expressão* na Alemanha, principalmente praticados por meio da *internet*, de modo a responder a alguns acontecimentos graves[118]. Por trás desse movimento está o anseio de reagir à nova dimensão que os crimes contra de expressão adquirem com o caráter aberto e dinâmico das redes sociais, nas quais manifestações ofensivas, ameaçadoras ou difamatórias podem ser acessadas e vistas por um inúmero ilimitável de pessoas, o que provavelmente extrapola e transcende os limites temáticos iniciais envolvidos no debate, ocorrendo uma desvinculação entre manifestação e o objeto que a ensejara.[119] Nesse contexto, o Governo Federal alemão apresentou, no início de 2020, ao Parlamento um Projeto de Lei de Combate ao Extremismo de Direita e à Criminalidade de Ódio (Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität), que propõe mudanças na Netzwerkdurchsetzungsgesetz de 2017 (cf. a seguir, Segundo Excurso).[120] Entre outras mudanças, o Projeto amplia o alcance do já mencionado § 188, StGB, de modo a alcançar outros agentes públicos.[121] Registram-se, ainda, outras iniciativas semelhantes, como um anteprojeto de lei do Ministério de Estado da Baviera, que prevê mudanças ainda mais profundas.[122] Em face desse cenário, fala-se de um "renascimento dos delitos contra a honra", com uma maior tendência de abstração: não se trata somente de proteger concretamente a honra individual das pessoas diante de *novos meios de agressão*, mas também de garantir um *ambiente* de "debate

117. Vide caso das ofensas ao Poder Judiciário da Baviera.

118. Citamos dois exemplos: o atentado à sinagoga de Halle/Saale, transmitido ao vivo pela *internet*, e que vitimou duas pessoas em outubro de 2019, e, antes, em junho de 2019, o assassinato do influente político de Kassel, Walter Lübcke, insuflado pelas redes sociais, que divulgavam fora de contexto um discurso do político a respeito do recebimento de refugiados, o que desagradava grupos extremistas.

119. BT-Drs. 18/7941 („Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Dr. Konstantin von Notz, Ulle Schauws, Renate Künast, weiterer Abgeordneter und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN Maßnahmen von Bundesregierung und Unternehmen gegen Hassreden („Hate Speech") und weitere strafbare Meinungsäußerungen im Internet"). p. 1; a respeito, KORENG, Ansgar. Hate-Speech im Internet: Eine rechtliche Annäherung, *Kripoz* 3/2017. p. 152.

120. Cf. também o estudo de SPONHOLZ, Liriam. *Hate Speech in den Massenmedien*, Wiesbaden, 2018.

121. Crítico à proposta REINBACHER, Tobias. Die Beleidigung im Internet – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, *Neue Kriminalpoltik* 2/2020. p. 190 e ss., que sugere que se reflita sobre a criação de um tipo penal especial para "injúrias digitais" praticadas na *internet*.

122. A respeito, KUBICIEL, Michael. Hate-Speech und Äußerungsstrafrecht (Teil 2) – Der Bayerische Diskussionsentwurf zur Modernisierung des Beleidigungsstrafrechts, *jurisPR-StrafR* 6/2020, Anm. 1.

público íntegro e um sistema democrático funcional"[123]. Se esse movimento político-criminal terá êxito, não se sabe por ora. E se realmente é possível alcançar um debate público de ideias na *internet* límpido, isento de ruídos, de excessos, de rompantes emocionais e arroubos ofensivos, e, principalmente, se esse ideal – próprio de uma ágora ateniense – deve ser perseguido por meio do Direito Penal, é algo questionável.

IV. O aspecto institucional

Além da defesa da honra individual dos integrantes das instituições e da proteção mediata das instituições, surge a necessidade de que as *instituições em si* sejam protegidas diretamente[124]. A defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal, na Alemanha, insere-se em contexto específico, o da chamada "democracia combativa" (a seguir, 1). Esse contexto ilumina os tipos penais que descreveremos posteriormente (2).

1. O contexto: "democracia combativa" e autodefesa institucional

a) O trauma da debacle da República Weimar gerou visceral preocupação a respeito da tibieza da Constituição então vigente[125], cuja "neutralidade valorativa"[126] – entre outros fatores, evidentemente[127] – teria contribuído para a ascensão, em alguma medida,

123. KUBICIEL, Michael. Die Renaissance der Ehrschutzdelikte – Das Maßnahmenpaket der Bundesregierung zur Bekämpfung von Hasskriminalität und die Initiativen der Bundesländer, *jurisPR-StrafR* 24/2019, Anm. 1.

124. Sobre o polissêmico conceito de "instituições", sob vários ângulos, cf. o estudo recente do ex-juiz da Suprema Corte alemã DI FABIO, Udo. *Herrschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 2019. p. 162 e ss. Nessa Consulta, com "instituições" quer-se referir precipuamente os Poderes. Naturalmente, como destaca di Fabio, até a mesmo a "liberdade de manifestação" pode ser concebida como uma "instituição" das democracias modernas (p. 172) – estas, por sua vez, também "instituições" em determinado sentido (p. 182 e ss.). Relembre-se aqui o desenvolvimento do debate anglo-americano sobre os casos de "contempt of court", nos quais a proteção institucional figura em primeiro plano, fazendo a liberdade de expressão, por vezes, ceder (cf. nota 51).

125. Cf. PAPIER, Hans-Jürgen/Durner, Wolfgang. Streitbare Demokratie, *AöR,* 2003. p. 340 e ss.; WILLMS, Günther. *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1962. p. 6 e ss.; cf. também o excelente volume de DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian. *Das Wagnis der Demokratie*, München, 2018.

126. Como atestava, a respeito da primeira parte da Constituição de Weimar, SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*, 7. ed. Berlin, 2005 (1. ed. 1932). p. 44 e ss., um sistema que, "em sua neutralidade, conduz ao suicídio" (p. 47).

127. LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, *The American Political Science Review,* v. XXXI, 1937. p. 417 e ss., p. 426: "The causes for the failure of the democratic experiment in Germany are by far too complex to be measured in terms of a single denominator. But the lack of militancy of the Weimar Republic against subversive movements, even though clearly recognized as such, stands out in the post-war predicament of democracy both as an illustration and as a warning"; cf. MANNHEIM, Karl. *Diagnose unserer Zeit*, Zürich, 1951. p. 18:

com vestes ardilosas de "legalidade democrática", do nacional-socialismo[128]. Em face dos perigos iminentes, a República de Weimar tentou, debalde, proteger-se às pressas com as Leis de Proteção da República (Republikschutzgesetze) de 1922 e 1930[129]. Voßkuhle, professor e ex-presidente da Corte Suprema alemã, e Kaiser lembram, para ficar com um exemplo, que, em 1932, o *Preußisches Oberverwaltungsgericht* não considerou o partido nacional-socialista (NSDAP) como um partido hostil à Constituição, e indagam se outra decisão teria mudado o curso da história[130]. Esse contexto lançou a pergunta sobre a conveniência de conferir incondicional "liberdade para os inimigos da liberdade" – o "paradoxo da democracia e da tolerância", que ganharia notoriedade em Popper[131] –, ou se não seria, antes, o caso de acautelar a ordem constitucional contra os "inimigos da Constituição", que se valem dos mecanismos constitucionais

antiga "democracia tolerante e laissez-faire". Gusy, ao contrário, não enxergava na Constituição da República de Weimar essa alegada "neutralidade", e dizia não ser ela tão indefesa assim, embora o seu fracasso talvez revelasse o contrário: GUSY, Christoph. *100 Jahre Weimarer Verfassung*, Tübingen, 2018. p. 207 e ss. Gusy destaca, ainda, que talvez tenham sido as leis excepcionais, eventualmente destoantes do figurino constitucional, que enfraqueceram a República. Vale a leitura de GRIMM, Dieter. Weimars Ende und Untergang. In: DREIER; WALDHOFF. *Das Wagnis der Demokratie*, 2018. p. 263 e ss.

128. BICKENBACH, Christian. Kampf gegen eine Hydra. *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl.)* 2017. p. 149 e ss.; no Brasil, Oscar Vilhena menciona ser esse um exemplo de "erosão democrática": VILHENA VIEIRA, Oscar. *A batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 41 e ss., p. 87, p. 216: "Weimar nos dá o exemplo mais dramático do processo de erosão de uma constituição a partir de seus próprios procedimentos" (p. 87). Sobre um "princípio antinazista" na GG de 1949, Klausmann, Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus, 2019. p. 245 e ss. Marcuse cravava que, não tivesse havido tamanha "tolerância democrática" com Hitler, a humanidade não teria assistido Auschwitz: MARCUSE, Herbert. Repressive Toleranz. In: WOLFF; MOORE; MARCUSE. *Kritik der reinen Toleranz*, 3. ed. Franfurt am Main, 1967. p. 93 e ss., p. 120.

129. Elas protegiam, contudo, apenas a forma republicana do Estado e os membros do governo (aspecto individual); cf. PAEFFGEN. In: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*, § 90b StGB, 5. ed. 2017, nm. 1.

130. VOSSKUHLE, Andreas; KAISER, Anna-Bettina. Wehrhafte Demokratie, *JuS* 2019. p. 1154 e ss. Em 2017, o BVerfG recusou a proibição do NPD, não sem esmiuçar os critérios que conduzem à excepcional proibição de um partido político – "a mais dura arma" de um Estado Democrático de Direito "contra seus inimigos organizados", segundo o Tribunal –, como a aptidão ou capilaridade daquela agremiação hostil aos valores constitucionais mais fundamentais e imprescindíveis para a realização efetiva dos propósitos anunciados (BVerfG NJW 2017, 611).

131. Cf. POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies*. London/New York, 2009. v. I. p. 130 e ss., p. 202 e ss. e sobretudo p. 293 (nota 4 ao capítulo 7), que erige como "princípio democrático" a "evitação da tirania" (pp. 132-133), e conclui: "There is a fundamental difference between a democratic and a totalitarian criticismo of democracy" (p. 202). Popper afirma que esses paradoxos remetem à obra de Platão. O paradoxo da tolerância ("Unlimited tolerance must lead to the disappearance of tolerance". p. 293), conduz Popper à seguinte conclusão: "We should therefore claim, in the name of tolerance, the right not to tolerate the intolerante" (p. 293). O autor, à mesma página, não descarta que, nesse mister, sejam necessárias proibições penais.

e democráticos para destruir, de dentro, a Constituição e a democracia[132]. Era preciso abandonar a "democracia indiferente"[133].

b) Surgiria, ainda no final da década de 30 do século XX[134], o conceito de "democracia combativa"[135], ou seja, uma democracia com maior instinto de sobrevivência, sem ingenuidades a respeito de sua inevitável e permanente fragilidade, sem adotar acaciana passividade em face de seus detratores internos. Uma democracia que mira a paz, mas não descarta a guerra. Não se trataria – e esse ponto é delicado – de introjeção de uma devoção a valores constitucionais – anseio mais acomodado a ditaduras –, mas de *autodefesa institucional*, de modo a assegurar um ambiente em que os demais direitos fundamentais estejam assegurados a todos. Esse ideário se alastraria: em 1949, o Justice Jackson, da *Supreme Court* americana, afirmaria que a Constituição não poderia representar um "pacto suicida"[136]. Não é difícil, contudo, perceber a tensão existente entre o conceito de "combatividade democrática" e a negação de algumas liberdades fundantes da própria ideia de uma ordem democrática, como a liberdade de expressão, constitutiva do e prevalente no Estado de Direito, sobretudo quando exercida no ambiente público[137].

---

132. VOSSKUHLE, Andreas; KAISER, Anna-Bettina. Wehrhafte Demokratie, *JuS* 2019. p. 1154 e ss.

133. MANNHEIM, *Diagnose unserer Zeit*, 1951. p. 19. Em outro contexto, em 1929, no calor dos debates, Kirchheimer valeu-se da expressão "democracia do conforto": KIRCHHEIMER, Otto. In: Buchstein (Org.). *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*, 2017. p. 171 e ss., p. 214 e ss.

134. Pioneiro foi o já citado estudo de LOEWENSTEIN, Karl. *The American Political Science Review,* v. XXXI, 1937. p. 417 e ss., p. 430 e ss. Para o debate subsequente, foi fundamental o também já citado livro de MANNHEIM, Diagnose unserer Zeit, 1941 (citamos a versão publicada em 1951, em Zürich): "para sobreviver, nossa democracia tem que se tornar uma democracia combativa (streitbare Demokratie)". Sobre o debate mais recente, ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*. Cambridge, 2015. p. 100 e ss., p. 123: "It is by now well established that all constitutional orders retain emergency powers, either formally or informally"; TYULKINA, Svetlana. *Militant Democracy*, London, 2015. p. 41 e ss. É também divulgada a formulação de Mouffe, "Liberal-democratic institutions should not be taken for granted: it is always necessary to fortify and defend them" (MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*. London/New York, 2005. p. 4); no Brasil, cf. sobre o "paradoxo da democracia", VILHENA VIEIRA, Oscar. *A batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 215 e ss.

135. Informações interessantes no estudo comparativo de Flümann, *Streitbare Demokratie in Deutschland undden Vereinigten Staaten*, 2015; cf. também FÜHRMANN, Maximilian. *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie*, Baden-Baden, 2019.

136. Terminiello *vs.* Chicago, 337 U.S. 1, 37 (1949) (Jackson em voto dissidente). Com mais informações a esse respeito, ISSACHAROFF, *Fragile Democracies*, 2015. p. 123. Sobre a eventual necessidade de "exclusão política" dos inimigos da democracia, KIRSCHNER, Alexander. *A Theory of Militant Democracy*. Yale, 2014. p. 141 e ss.

137. Também por isso preferimos o termo "democracia combativa" ao divulgado termo "democracia militante". A ideia de "militância" indica precisamente uma democracia que, *ativamente*, quer divulgar, defender e introjetar nos cidadãos os seus valores. A rigor, bem compreendido, o conceito deve expressar apenas a ideia mais *passiva* de que a democracia deve defender a sua existência em face de ameaças internas.

c) A vigente Constituição alemã, a *Grundgesetz* de 1949, respirando esse ambiente, abraçaria decididamente a ideia de autoproteção institucional.[138] A GG, costuma-se dizer, viria a erigir uma "ordem democrática baseada na liberdade" (*freiheitliche und demokratische Ordnung*)[139], que assegura, por meio de alguns mecanismos, "limites últimos" ao exercício individual e coletivo dessa liberdade[140]. Esse ideário captado pela rubrica "democracia combativa" se expressa em dispositivos específicos da GG, se bem que de maneira multifacetada, como por exemplo nas polêmicas proibições de partidos (Art. 21, II, GG) e de reunião (Art. 9, II, GG) – condicionadas a critérios restritos e passíveis de declaração apenas pelo BVerfG (Art. 21, IV, GG) –, na remotíssima possibilidade de que direitos fundamentais "caduquem" em razão do comportamento de seu portador – a "Grundrechtsverwirkung" do Art. 18 GG[141] – e, sob certo aspecto, nas cláusulas pétreas ou "garantias eternas" do Art. 79, III, GG, que amarram o legislador ordinário[142].

c) O conteúdo constitucional de cada um desses dispositivos é, em si, controvertido[143], e, nesta sede, interessam-nos apenas os eventuais *reflexos jurídico-penais* desse ideário que subjaz à GG. É a própria ideia de "democracia combativa", bem vistas as coisas, que explica o paulatino fortalecimento e a reformulação de um setor específico do Direito Penal, o do "Direito Penal Político" ("politisches Strafrecht"), que contou, inicialmente, com relativo consenso no debate alemão[144]. Há, por exemplo, valiosas páginas, publicadas em volume específico dedicado ao "politisches Strafrecht", no Projeto Alternativo de Código Penal, de 1966[145], ou na monumental monografia de F.C.

138. Sobre a formação, evolução e conteúdo da GG ver SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017. t. IV. 1.6.

139. Sobre esse conceito, em detalhes, o estudo de GUSY, *AöR,* 1980. p. 279 e ss.

140. VOSSKUHLE; KAISER, *JuS* 2019. p. 1154 e ss.

141. Não se tem notícia de que o dispositivo já tenha sido efetivamente aplicado pelo BVerfG; cf. VOßKUHLE; KAISER, *JuS* 2019. p. 1154 e ss., p. 1156; ulteriores informações em PAPIER; DURNER, *AöR,* 2003. p. 340 e ss., p. 349 e ss., indicando que a norma possui uma "função simbólica e de chamada de atenção".

142. Mais detalhes em VOßKUHLE; KAISER, *JuS* 2019. p. 1154 e ss. Oscar Vilhena menciona ser essa ideia de "entrincheirar determinados dispositivos" uma herança da erosão de Weimar: VILHENA VIEIRA, Oscar. *A batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 95.

143. Cf. PAPIER; DURNER, *AöR,* 2003. p. 340 e ss.

144. Gusy fala em um "resignado consenso", em: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA),* 6, 2020. p. 382 e ss. Sobre a história do Direito Penal de proteção do Estado em seus anos essenciais, ver SCHIFFERS, Reinhardt. Grundlegung des strafrechtlichen Staatsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 1990. p. 589 e ss.

145. Publicado em: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Politisches Strafrecht*, Tübingen, 1968 (além da Comissão, participaram do material, nesse setor, Gunther Arzt, Otto Backes e Stephan Quensel), sobretudo p. 45-46 (sobre os delitos de propaganda). No contexto dessa discussão, cf. BENNHOLD, Martin. *Absicht bei Verfassungsgefährdung*. Neuwied/Berlin, 1966. p. 104 e ss., que indicava que a reformulação do Direito Penal Político era condição para uma

Schroeder[146]. Esse setor é bastante amplo, e reúne também a proteção penal do território e da soberania nacional. Nesta Consulta, temos de fazer um recorte: exporemos a consequência desse cenário para os *tipos penais que protegem o Estado de Direito* (a seguir 2) – sobretudo os ataques discursivos a órgãos constitucionais[147] –, a quem o atual Código Penal alemão dedica um Título específico[148].

2. Tipos penais que protegem o Estado de Direito, sobretudo o ultraje a órgãos constitucionais

a) Os tipos penais integrantes do "Direito Penal Político" que devem estar em primeiro plano, nesta Consulta, são aqueles mais contestáveis, seja por apresentarem excessiva amplitude e por serem relíquias de outros modelos de Estado, seja por terem suas legitimidade e constitucionalidade atualmente questionadas[149], sobretudo ao instaurarem conflito com outros direitos fundamentais. São aquelas proibições que alcançam ataques "não violentos" a instituições do Estado de Direito[150]. Esses crimes acabam por revelar, de certo modo, tanto a imprudência de se esperar a realização efetiva de atos violentos quanto alguns perigos a que uma visão exagerada do ideário da "democracia combativa" pode conduzir. Não trataremos daqueles delitos de que nenhuma ordem jurídica parece poder prescindir como os de traição (§ 94, StGB), divulgação de segredos estatais (§ 95, StGB), sabotagem (§ 88, StGB), ou violência e coação contra Poderes constitucionais (§§ 105 e 106, StGB).

b) O foco deve estar no terceiro título do primeiro capítulo do Código Penal alemão (StGB), em que desfilam os chamados *crimes que colocam em perigo o Estado Democrático*

"democracia viva e efetiva" (p. 2). O autor já destacava, de outro lado, os perigos de um excesso de autoproteção por meio do Direito Penal (p. 50 e ss.). É essencial, a esse respeito conferir as monografias de COPIC, Hans. *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, Tübingen, 1967 e de BACKES, Otto. *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970.

146. Schroeder, Friedrich-Christian. *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München, 1970.

147. Há recentíssima e interessante monografia dedicada a esse tema, defendida como tese de doutorado na Universidade Humboldt, de Berlim: VOLKMANN, Viktor. *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?* Berlin, 2019.

148. Com informações históricas sobre o momento anterior a essa inclusão e com as razões da nomenclatura, BACKES, Otto. *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970. p. 160 e ss.

149. Não trataremos, por razões de espaço, da colisão entre proteção institucional e liberdade artística, um tema em si, na medida em que a liberdade artística está submetida a proteção ainda maior do que a conferida para manifestações "puras em simples"; cf. VOLK, Klaus. Der Strafschutz für Staatsymbole und die Freiheit der Kunst, *Juristische Rundschau (JR)* 1984. p. 441 e ss.

150. Definido por Copic, em sua detalhada e controvertida monografia, como "novo tipo de Direito Penal Político", que se caracteriza precisamente pelo alcance de ações não violentas, ao contrário do modelo extremo, que só reprime penalmente a violência e a coação (COPIC, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967. p. 15).

de Direito (§§ 84-91a, StGB)[151]. Os crimes têm feições das mais diversas. Há delitos relacionados à condução e manutenção de partido político já declarado inconstitucional pela Corte Suprema (§ 84, StGB), à desobediência à proibição irrecorrível de reunião (§ 85, StGB) – ambos com foco nos membros da cúpula ou dos que atuam nos bastidores –, à difusão de meios de propaganda de organizações declaradas inconstitucionais do § 86, StGB (como grupos nazistas ou partidos proibidos), bem como a utilização de símbolos e sinais dessas organizações (§ 86ª, StGB)[152]. O catálogo prossegue, passando pela preparação de atos violentos que coloquem o Estado em perigo (§ 89a, StGB) e pelo financiamento do terrorismo (§ 89c, StGB). O § 90a, StGB – um delito "de manifestação pessoal" assemelhado aos crimes contra a honra, segundo o BGH[153] – prevê pena para aquele que depreciar hostil ou maliciosamente, vilipendiar, insultar ou ultrajar – o substantivo que epigrafa o delito é "Verunglimpfung", de difícil tradução[154] – publicamente, em uma reunião ou manifestação ou por meio da difusão de escritos o Estado e seus símbolos (bandeira, hino), ou ainda a "ordem constitucional"[155].

c) Há, naturalmente, grande controvérsia a respeito de alguns desses delitos[156]. Sobretudo a querela em torno das proibições de partidos políticos produziu intensa discórdia na doutrina e na jurisprudência alemãs[157] – escaramuça revitalizada pela recente decisão do BVerfG de 2017[158]. A utilização de simbologia nazista também

151. Em Portugal, fala-se em "crimes contra a realização do Estado de Direito" (art. 325 e ss.).

152. No Brasil, cf. o art. 20, § 1º, da Lei 7.716/89: "Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa".

153. BGH NStZ 2018, 589.

154. Sobre os delitos de vilipêndio ou insulto ao Estado há conciso e magistral artigo de SCHROEDER, F. C. Probleme der Staatsverunglimpfung, *Juristische Rundschau (JR),* 1979. p. 89 e ss.

155. A esse respeito, ver a completa e recente monografia de EBLING, Tobias. *Die Vorschrift des § 90 a StGB*, Baden-Baden, 2018, que propõe a revogação do dispositivo (p. 185 e ss.). No Código Penal português, existe o art. 323, que proíbe o "ultraje de símbolos estrangeiros" e o art. 332, que tutela os símbolos nacionais e regionais.

156. Essencial a esse respeito, ROGGEMANN, *JZ,* 1992. p. 934 e ss.; sobre o debate atual, VOLKMANN. *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?* 2019. p. 68 e ss. Mansdörfer chega a dizer que o "Direito Penal Político" vigente na Alemanha está "ultrapassado": MANSDÖRFER, Marcos. Das politische Strafrecht ist überholt, *Legal Tribune Online (LTO)*, 2016, disponível em: [www.lto.de/recht/hintergruende/h/fall-boehmermann-politisches-strafrecht-gesetze-systematik-ueberholt/2/]. Vaticinando esses perigos, COPIC, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art,* 1967. p. 3 e ss.

157. Cf. o recente livro de Hans Peter Bull, sobre a crise dos partidos políticos na Alemanha: BULL, Hans Peter. *Die Krise der politischen Parteien*, Tübingen, 2020; crítico às proibições de partido, MÖLLERS, Christoph. *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*. 3. ed. Berlin, 2012. p. 112.

158. BVerfG NJW 2017, 611. No Brasil, há a conhecida história do Partido Comunista Brasileiro: proibido em 1922, registro não obtido em 1934 e, depois de retornar à legalidade, cancelamento

gera contendas[159]. O alargamento excessivo das condutas considerada como de "financiamento" do terrorismo nos termos do § 89c, StGB gera, com boa dose de razão, estrepitosos protestos na ciência[160]. O ultraje aos símbolos do Estado do § 90a, StGB, por sua vez, não se constrange em revelar o anacronismo de um Estado tão cioso de si, que recorre ao Direito Penal para enobrecer os seus símbolos, entrando em choque a liberdade de expressão garantida pelo art. 5, I, da GG[161], a despeito de algumas louváveis limitações em sua interpretação judicial[162]. Nesse setor, a tradição americana teria muito o que ensinar, sobretudo a partir do debate gerado pela decisão que declarou inconstitucional o "Flag Protection Act" (Texas *vs*. Johnson 491 U.S. 397, 1989)[163].

d) O recorte desta Consulta joga luz, contudo, em um delito específico previsto nesse mesmo título, o de *ultraje ou depreciação hostil à Constituição de órgãos constitucionais*, disposto no § 90b*, StGB*, com a redação de 1975 – embora tipos penais antecessores existissem, com outra redação[164]. Nesse delito, não se trata meramente de

do registro em 1947, pelo TSE (Res. 1.841/47). O STF não conheceria do Recurso contra o cancelamento, em 1948 (Recurso Extraordinário Eleitoral 12.369/DF, julgado em 14.04.1948).

159. Mais informações em HÖRNLE, Tatjana. Aktuelle Probleme aus dem materiellen Strafrecht bei rechtsextremistischen Delikten, *NStZ* 2002. p. 113 e ss., que, em 2002, antevia os problemas de divulgação de conteúdos extremistas por novos meios, à época, SMS e e-mails.

160. Cf. o estudo de GAZEAS, Nikolaos; GROSSE-Wilde, Thomas; KIEßLING, Alexandra. Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht – Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB, *NStZ* 2009. p. 593 e ss.

161. Ulteriores detalhes em NK-Paeffgen, § 90a, StGB, nm. 2, 24; crítico, ROGGEMANN, *JZ,* 1992. p. 934 e ss.

162. Na decisão BGH NStZ 2018, 589, o Tribunal indica expressamente que o intérprete deve considerar os limites da liberdade de expressão constitucionalmente garantida no momento de aplicar o Direito; em BVerG NJW 2012, 1273, o Tribunal Constitucional destaca a necessidade de uma colocação em perigo ao menos "mediata" do funcionamento de órgãos relevantes do Estado, não bastando qualquer espécie de "manifestação" desairosa; cf. também BVerfG NJW 1978, 1047. Paeffgen indica a possibilidade de interpretar o tipo não como uma proteção da honra e de símbolos do Estado, mas como proteção "em estágio prévio" da própria existência da "ordem democrática e de liberdade" (NK-Paeffgen, § 90a, StGB, nm. 2).

163. Cf. VOLKMANN, Viktor. *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?* Berlin, 2019. p. 109 e ss.; LEWIS, Anthony. F*reedom for the Thought that we Hate*, New York, 2007. p. 165 e ss. Ver também o estudo de HÄBERLE, Peter. *Nationalflaggen*. Berlin, 2008; por último, sobre o confronto entre a proteção de símbolos nacionais e a liberdade de expressão, HOVEN, Elisa. Ratio und Reichweite des strafrechtlichen Schutzes von Flaggen, *JuristenZeitung (JZ)* 2020. p. 835 e ss., p. 841.

164. A origem do dispositivo parece estar no Decreto de 1931 (VO des Reichspräsidenten zur Bekämpfung politischer Ausschreitungen, de 28.3.1931, publicado em RGBl. I 79), mas de forma ainda muito vinculada à proteção da "autoridade do Estado". O nacional-socialismo radicalizaria essa forma de proteção, elevando-a ao cubo (cf. Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen de 20.12.1934, publicada em RGBl. I 1269). A redação atual começa a ser efetivamente formada a partir de relevante alteração legislativa de 1951, imediatamente posterior à entrada em vigor da GG. Mais informações em NK-Paeffgen, § 90a

vilipendiar símbolos ou imagens estatais, ou de ofender a honra de agentes públicos como forma de proteger mediatamente a instituição, mas de evitar perigos reais à *existência do Estado* e ao *funcionamento das instituições*, decorrentes de manifestações depreciativas massivas, conspícuas e hostis feitas em público.

e) Convém reproduzir o dispositivo:

> "(1) Quem, publicamente, em uma reunião ou mediante distribuição de escritos (§ 11, inciso 3[165]), depreciar de forma hostil/ultrajar um Órgão Legislativo, o Governo ou o Tribunal Constitucional da União ou de um Estado ou um de seus membros nessa qualidade, colocando em perigo a reputação do Estado e, mediante isso, intencionalmente se posicionar (*einsetzen*) por meio de esforços contra a existência da República Federal da Alemanha ou contra princípios constitucionais, será punido com pena privativa de liberdade de três meses a cinco anos. (2) O crime só será processado com autorização do Órgão Constitucional ou integrante atingido"[166].

f) Há restrições legais já no plano da tipicidade, como se nota. O tipo objetivo exige um resultado de perigo – o *Bundesgerichtshof* (BGH) fala em um "perigo real e concreto"[167] –: o perigo à reputação do Estado como um todo, exigindo alguma robustez e aptidão do método de agressão escolhido, que deve estar revestido de grande potência ("insultar ou ultrajar de forma hostil", não apenas "ofender"). Nesse contexto, fala-se na categoria dos delitos de perigo "abstrato-concreto" ou "de aptidão", cunhada por Horst Schröder[168]. O tipo subjetivo é bastante exigente e, além do dolo, exige a intenção, um resoluto posicionamento no

---

StGB, nm. 1 e ss.; cf. também COPIC, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, 1967. p. 8 e ss.

165. Esse dispositivo da Parte Geral do StGB define os conceitos mencionados no § 90b. Há movimentos de reforma do conceito de "escritos", por conta dos fenômenos da digitalização, como aquele documentado em Projeto Governamental recente ("Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Modernisierung des Schriftenbegriffs und anderer Begriffe sowie Erweiterung der Strafbarkeit nach den §§ 86, 86a, 111 und 130 des Strafgesetzbuches bei Handlungen im Ausland").

166. No original: "Verfassungsfeindliche Verunglimpfung von Verfassungsorganen (1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) ein Gesetzgebungsorgan, die Regierung oder das Verfassungsgericht des Bundes oder eines Landes oder eines ihrer Mitglieder in dieser Eigenschaft in einer das Ansehen des Staates gefährdenden Weise verunglimpft und sich dadurch absichtlich für Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland oder gegen Verfassungsgrundsätze einsetzt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. (2) Die Tat wird nur mit Ermächtigung des betroffenen Verfassungsorgans oder Mitglieds verfolgt".

167. Por exemplo, na decisão BGH HRRS 2016 Nr. 750, nm. 8.

168. SCHRÖDER, Horst. Abstrakte-konkrete Gefährdungsdelikte?, *Juristenzeitung (JZ)* 1967. p. 522 e ss.; cf. também SCHROEDER, Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht, 1970. p. 293 e ss.

sentido de empenhar esforços – "Bestrebung", outro termo de difícil tradução[169] – contrários à existência do Estado ou de "princípios constitucionais".

g) O § 90b, StGB, não possui grande âmbito de aplicação. Há, a rigor, *parco material jurisprudencial* a respeito desse dispositivo, quer pela raridade empírica das condutas que a proibição visa a evitar, quer pelas altas exigências do tipo penal antes mencionadas[170]. Em 2016, o BGH, por exemplo, teve de se controverter com caso em que, resumidamente, um sujeito teria produzido e difundido material – uma "lista de procurados" – por e-mail, no qual constavam fotos de alguns parlamentares, qualificados como "esquerdistas, verdes [alusão ao 'Partido Verde' – *die Grünen*], islamófilos" e "traidores da pátria", seguidas de uma exortação à procura ou caça dessas pessoas que teriam "implicitamente tolerado e até mesmo participado" de assassinatos, pedofilia e outros crimes. O escrito continha, por fim, uma recompensa de 100.000,00 pela captura dos "procurados". O acusado circulava com esse cartaz em seu carro e em sua residência foram encontrados vários exemplares impressos. Houve condenação em 2º grau, mas o BGH a cassou, sobretudo em face das elevadas exigências subjetivas do tipo penal, indicando a necessidade de novo julgamento. O acusado, enfim, teria apenas se manifestado no sentido de negar que a Alemanha estivesse realmente livre de "pressões ou de domínio internacional", mas não teria atuado concretamente no sentido de colocar em perigo o Estado. Em casos mais antigos, Tribunais de segunda instância já decidiram que, a depender do método eleito e do contexto, a afirmação de que a cúpula do Governo é um "bando criminoso" pode realizar o tipo penal[171], ou que a difusão de que um determinado Ministro teria cometido delitos gravíssimos no exercício de suas funções pode "abalar a reputação do Estado como um todo"[172]. As "críticas objetivas ligadas aos fatos, críticas técnicas", ainda que duras, não possuem, contudo, essa aptidão[173]. Essas decisões devem ser, naturalmente, cotejadas com a restritiva jurisprudência do BVerfG a respeito da liberdade de expressão, sobretudo nos embates públicos de natureza política (cf. anteriormente, III). A tendência, em face da conflagração notória estimulada pelas redes sociais, é que a empiria desafie a jurisprudência alemã com maior intensidade nesse setor.

169. Há antiga controvérsia sobre a definição desse termo no debate alemão; cf. Willms, *JZ,* 1959. p. 629 e ss. Sobre a importância do tipo subjetivo e de outros elementos de ânimo nesse âmbito, BENNHOLD, *Absicht bei Verfassungsgefährdung*, 1966. p. 58 e ss.

170. Veja-se o exemplo do Código Penal italiano, em que o tipo penal não eleva tanto as exigências: "art. 290 Vilipendio della Repubblica, delle Istituzioni costituzionali e delle Forze armate. Chiunque pubblicamente vilipende la Repubblica, le Assemblee legislative o una di queste, ovvero il Governo o la Corte Costituzionale o l'Ordine giudiziario, è punito. La stessa pena si applica a chi pubblicamente vilipende le Forze armate dello Stato o quelle della liberazione".

171. LG Bamberg *NJW*, 1953, 675 e ss.; cf. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben*, § 90b, StGB, 30. ed. 2019, nm. 3.

172. OLG Düsseldorf *NJW*, 1980. p. 603 e ss.

173. Cf. SK-Zöller, § 90, StGB, nm. 4.

h) Esse delito, ao contrário dos anteriores, parece estar destinado efetivamente a proteger um legítimo *bem jurídico* coletivo – de natureza bastante difusa e pendente de melhor concretização, é verdade[174] –, e não apenas a "honorabilidade" ou a "autoridade" do Estado ou a honra individual de seus passageiros integrantes. Há uma tentativa de proteger o cerne daquilo que é perene em um Estado de Direito, o oxigênio que lhe permite a sobrevida como instituição, e que pode ser atacado por meio de violência, de ameaça de violência, de coação e, segundo o § 90b, StGB, por manifestações discursivas hostis e depreciativas massivas – observe-se que o legislador exige um método evidentemente mais agressivo ("ultraje") do que o eleito para a injúria do § 185, StGB ("ofensa"). A despeito disso, o tipo apresenta uma série de problemas, que aqui vêm apenas mencionados.

i) A primeira dificuldade, já antecipada antes, é o cumprimento das exigências do *princípio da legalidade*, sobretudo do mandamento de determinação. O legislador alemão anteviu, todavia, as dificuldades nesse setor repleto de conceitos amplos e tentou diminuir o grau de indeterminação valendo-se de uma *norma interpretativa*, que ilumina todos os tipos penais contra o Estado Democrático de Direito, inclusive o § 90b, StGB: é a norma do § 92, StGB, epigrafada de "determinações conceituais", e que encerra o Título III do primeiro capítulo do Código. Nesse dispositivo estão as definições conceituais do que vêm a ser "violação à existência do Estado" (§ 92, 1, StGB), os "princípios constitucionais" hostilizados (§ 92, 2, StGB) – reduzidos a um reduzido núcleo, composto, para mencionar alguns, pela "independência do Poder Judiciário", "vinculação à lei da Administração", "eleições livres e periódicas", "direito à formação de uma oposição parlamentar" –, e o conceito de "empenhar ou envidar esforços" no sentido de danificar a existência do Estado (§ 92, 3, StGB)[175]. Se essas definições não expungem todas as indeterminações, pelo menos reconhecem a sua existência e oferecem uma saída legal de limitação para a atividade do intérprete. É medida prudente de técnica legislativa.

j) Há outros problemas ligados ao § 90b, StGB, como por exemplo a possibilidade de membros de partidos políticos lícitos poderem ser autores desse delito, o chamado "privilégio do partido político"[176]. A despeito da redação levemente mais precisa e do objeto de proteção diverso do § 90a, StGB, permanece, ainda, latente o perigo de que, de forma enviesada, proteja-se a "autoridade do Estado", a partir de uma superestimação da ideia subjacente de "democracia combativa". Ronda esse tipo penal, desde sempre, o espectro da perene fricção com a liberdade de expressão, o "elixir vital" de uma democracia

174. Ver as considerações de HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln et al., 2002. p. 355 e ss.

175. Cf., sobre essas definições, LACKNER; KÜHL, § 92, StGB, 29. ed. 2018, nm. 1 e ss. Crítico quanto aos problemas de legalidade, antes da entrada em vigor do Código, BENNHOLD. *Absicht bei Verfassungsgefährdung*, 1966. p. 1.; cf. também BACKES, Otto. *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970. p. 163, sobre o conceito de "princípios constitucionais" nesse contexto.

176. Contrariamente, NK-Paeffgen, § 90b, StGB, nm. 8. Segundo a doutrina dominante, é possível.

pujante[177], o que deve gerar um manejo bem restritivo do dispositivo. Também é possível anotar que o § 90b, StGB, amalgama os aspectos institucional e individual – já analiticamente distinguidos –, a nosso ver de maneira a instaurar confusões que podem gerar o alargamento *de facto* do tipo, que, de forma sub-reptícia, poderia se converter em uma proteção adicional à honra das pessoas integrantes das instituições.

***Segundo Excurso.* Redes sociais como locus de realização de crimes contra o Estado de Direito? A experiência alemã da Lei de Regulação das Redes Sociais (NetzDG) de 2017**

1. Constitui truísmo afirmar que a *internet* alterou visceralmente as formas de comunicação e, assim, de realização de crimes. Também a liberdade de expressão pode assumir novos contornos nesse ambiente[178]. Em 2017, entrou em vigor na Alemanha a mencionada *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (NetzDG)[179], que visa a regular as redes sociais e o conteúdo que ali transita, de modo a acomodar as notórias especificidades desse novo meio de tráfego de ideias[180] – "um Direito moderno para uma sociedade moderna", na dicção do então Ministro da Justiça, Heiko Mass[181]. A lei alemã não prevê tipos penais específicos, mas define o que considera ser "conteúdo antijurídico" no § 1, n. 3, indicando a necessidade de que ocorra, por parte das plataformas, o apagamento dessas postagens

177. Na feliz expressão de Paeffgen (NK-Paeffgen, § 90b, StGB, nm. 2). Críticos em relação ao confronto entre esse delito e a liberdade de expressão já COPIC, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, 1967. p. 146 e ss. e BACKES, Otto. *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970. p. 183 e ss.

178. Rememorando, em certo sentido, a antiga tese de Habermas, em seu escrito de livre-docência, sobre as "alterações estruturais na esfera pública", sobretudo em torno da alteração do conteúdo da liberdade de expressão, que, no Estado de Direito liberal, adquiriria uma "faceta positiva" no debate político, em face do fortalecimento dos meios de comunicação: HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. 5. ed. Neuwied/Berlin, 1971. p. 268. Sobre os fenômenos recentes, cf. GOSTOMZYK, Tobias. Mehr oder weniger Meinungsfreiheit durch soziale Netzwerke? In: SCHULTZ, Tanjev (Org.), *Was darf man sagen?* Stuttgart, 2020. p. 55 e ss.; Bey, Paul/Nothardt, Benno (Orgs.). *Kämpfe um Meinungsfreiheit und Medien*, Münster, 2019; ASH, Timothy. *Free Speech – Ten Principles for a Connected World*, London, 2016. p. 135 e ss., p. 299 e ss, p. 349 e ss.; SUNSTEIN, Cass. *Republic – Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017. p. 191 e ss.

179. A tradução da versão original pode ser encontrada no volume coordenado por ABBOUD, George; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake news *e regulação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 337 e ss.

180. Uma perspectiva ampla e bastante crítica por ocasião entrada em vigor da NetzDG, NOLTE, Georg. Hate-Speech, Fake-News, das »Netzwerkdurchsetzungsgesetz« und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen, *ZUM* 2017. p. 552 e ss.; um balanço da aplicação até o ano de 2019 em LÖBER, Lena; ROßNAGEL, Alexander. Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung, *MMR,* 2019. p. 71 e ss.

181. MASS, Heiko. Modernes Recht für eine moderne Gesellschaft, *ZRP,* 2017. p. 130 e ss.

ou bloqueio das contas que, aparentemente, realizam tipos penais[182]. Esses tipos penais, cuja suspeita de realização suscita o tal apagamento ou o bloqueio, vêm mencionados expressamente. Entre esses tipos penais, estão alguns *crimes contra o Estado de Direito* (§§ 86, 84a, 89a e 91, StGB) – além, por exemplo, da "negação do holocausto" do § 130, III e IV, StGB –, o que demonstra a preocupação do legislador alemão com novos métodos de agressão oferecidos ou potencializados pela *internet* aos bens jurídicos protegidos por aqueles delitos. Afinal, as manifestações de pensamento assumem formas virulentas e podem, ademais, assumir capilaridade e permanência antes impensáveis, gerando perplexidade e sugerindo a revisitação do sistema de proteção de liberdade de expressão meticulosamente construído ao longo da tradição jurisprudencial do BVerfG. Atualmente, aponta-se ser a "desinformação" – sobretudo a sistemicamente produzida[183] – um dos maiores desafios da "democracia combativa"[184].

2. O § 90b, StGB – que esteve em primeiro plano nesta Consulta –, contudo, não vem mencionado expressamente no § 1, n. 3, NetzDG, e a doutrina entende que o catálogo ali disposto é exaustivo, não comportando analogia[185]. A explicação parece ser a preocupação precípua com os "discursos de ódio", que dizem com o aspecto grupal, segundo a distinção analítica antes proposta (B, I), que podem estimular a prática de outros ilícitos penais (ameaças, lesões corporais, homicídios)[186]. O foco nesse aspecto gerou movimento intenso de reforma, como se viu (cf. anteriormente III, 5), que altera uma série de tipos penais, aumenta o rol de deveres de comunicação e de retenção de dados das plataformas[187] – que passam a ter de comunicar a autoridade estatal em face

182. Ver LIESCHING, Marc. Was sind »rechtswidrige Inhalte« im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes?, *ZUM,* 2017. p. 809 e ss.; sobre o apagamento e o bloqueio, FRIEHE, Matthias. Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, *NJW,* 2020. p. 1697. Sobre a remoção de conteúdo no debate brasileiro, cf. VILLAS BÔAS CUEVA, Ricardo. Alternativas para a remoção de *fake news* das redes sociais. In: ABBOUD, George; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake news *e regulação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 271 e ss.

183. Sobre o conceito de "mentira sistêmica" ou sobre o neologismo "mentitiva", cf. o SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst abe rim Strafrecht das Rettende auch?, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), 10, 2019, p. 620 e ss.; cf. também LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; BORGES, Ademar. Fake News: mentiras criminosas? *Jornal Estadão*, 10.06.2020. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fake-news-mentiras-criminosas/].

184. Assim, MAFI-GUDARZI, Nima. Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie, *ZRP,* 2019. p. 65 e ss.; sobre os desafios a partir da perspectiva americana cf. CHEMERINSKY, Erwin. False Speech and the First Amendment, *Oklahoma Law Review* 78 (2018). p. 1 e ss., p. 15, com diagnóstico cético: "I still believe in the premise of the First Amendment—that more speech is better. But ever more, I realize that it is a matter of faith, and the internet may challenge that faith for all of us".

185. Cf. por todos ERBS; KOHLHASS. *Liesching*, NetzDG § 1, 2020, nm. 16.

186. Ver SAHL, Jan; BILZER, Nils. NetzDG 2.0 – Ein Update für weniger Hass im Netz, *ZRP,* 2020. p. 2 e ss.

187. A partir de uma alteração dos §§ 100g e 100j do Código de Processo Penal alemão (StPO).

da aparente realização dos tipos penais mencionados (novo § 3a) –, reconhecendo a *autonomia* de um *novo método de agressão a bens jurídicos*. Esse reconhecimento opera efeitos também para os crimes contra o Estado de Direito, e deve ser objeto de atenção. Afinal, não se pode descartar que o ódio dirigido aos grupos vulneráveis ou a agentes públicos enderece as suas setas também contra as instituições democráticas, sob as vestes de "desinformação sistêmica"[188]. A rigor, basta acessar os jornais.

V. Conclusão provisória: a necessidade de proteção (limitada) do Estado de Direito por meio do Direito Penal

1. O passeio pelo regime dos crimes contra o Estado de Direito – sobretudo aqueles praticados discursivamente – na experiência estrangeira, com foco no intenso debate alemão, revela problemas e vantagens, a que deve estar atento qualquer movimento legiferante contemporâneo. A lição mais relevante parece consistir na combinação da *imperiosa necessidade de proteção institucional* no seio de um Estado de Direito, sobretudo contra novos métodos de agressão (ataques discursivos), com a necessária *limitação dessa proteção*, que deve estar reduzida a um *núcleo indispensável*, de modo a conviver com direitos fundamentais constitutivos da própria ideia de uma ordem democrática. Proteger o Estado de Direito, sem abandoná-lo. Convém indicar topicamente os problemas e vantagens do modelo anteriormente exposto.

2. Os *problemas* revelados pela descrição do modelo alemão parecem ser os seguintes:

a) A resistência de uma proteção velada da honorabilidade e da autoridade do Estado, sobretudo por meio da proteção de símbolos estatais;

b) O latente perigo de que uma democracia excessivamente combativa se converta em seu revés, extrapolando o seu mister;

c) A fricção permanente com o princípio da legalidade, em face da grande abertura conceitual existente nesse setor;

d) A amálgama entre aspecto individual e institucional, que se entrecruzam por vezes, como no § 90b, StGB, podendo transformar a proteção institucional (mediata ou imediata), em proteção dos transitórios integrantes da instituição.

3. O modelo alemão de crimes contra o Estado de Direito apresenta algumas inegáveis *vantagens,* que se sobrepõem aos problemas:

a) A tentativa de construir a proteção imprescindível do Estado de Direito e de suas instituições com os meios limitados de que dispõe o próprio do Estado de Direito – expressa

188. Há pouco, no contexto americano, Cass Sunstein afirmou: "With the help of social media, falsehoods are increasingly credible, and they pose a serious threat to democratic aspirations" (SUNSTEIN, Cass. Falsehoods and the First Amendment, *Harvard Journal of Law & Technology* 33, 2020. p. 388 e ss.); ver FARKAS, Johan; SHOU, Jannick. *Post-Truth, Fake News and Democracy*, New York, 2019; por último, KUEHN, Kathleen; SALTER, Leon. Assessing Digital Threats to Democracy, and Workable Solutions: A Review of the Recent Literature, *International Journal of Communication* 14 (2020). p. 2549 e ss.

sobretudo no § 90b, StGB –, sem erigir aparato de exceção e construindo contracautelas legais e interpretativas;

b) A limitada proteção jurídico-penal à honra individual de agentes públicos e a construção igualmente limitada de uma proteção mediata das instituições;

c) A prevalência da liberdade de expressão na opulenta jurisprudência do BVerfG, baseada em dogmática dos direitos fundamentais altamente desenvolvida, construindo um aparato conceitual que garante transparência às restrições a direitos fundamentais, protegendo com especial vigor as manifestações professadas no contexto do debate público;

d) A louvável e sincera tentativa de diminuir a indeterminação dos tipos penais existentes, sobretudo a partir do § 92, StGB, e a jurisprudência restritiva dos Tribunais;

e) A existência de discussão teórica aquecida e de amplo material sobre os novos desafios lançados pela digitalização e, sobretudo, pelas redes sociais, que sugerem a existência de novos métodos de agressão a bens jurídicos.

4. O *diagnóstico* não permite hesitação: é imprescindível a proteção limitada do Estado de Direito por meio do Direito Penal, reduzida à proteção do núcleo fundamental de *funcionamento real das instituições*, e livre da proteção da "honorabilidade" do Estado – que não deve ter lugar – e de seus membros – que deve ter lugar em outro setor. *O aspecto institucional deve prevalecer em face do aspecto individual*, cuja proteção deve estar reservada ao capítulo dos crimes contra a honra, limitada, como visto, por uma interpretação conforme os parâmetros da liberdade de expressão. A proteção jurídico-penal do Estado de Direito será tanto mais legítima e eficiente quanto mais reduzida ao relicário do que constitui o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido. Essa proteção não deve ativar mecanismo de exceção, tal como ocorre no modelo de segurança nacional: o Estado de Direto deve se proteger reafirmando as suas bases e reconhecendo as suas infranqueáveis fronteiras.

C. O DESAFIO BRASILEIRO

I. Premissa

1. Não é tarefa fácil cogitar da introdução de um modelo de proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal – sobretudo contra-ataques discursivos – no Brasil. As vantagens e os problemas se escancaram após uma inspeção dos modelos internacionais vigentes, tal como se deu nesta Consulta, com foco no direito alemão. Não há, contudo, modelo pronto a ser desembaraçado em nossas alfândegas. O *desafio brasileiro* é único. Apesar da universalidade de elementos essenciais às ordens democráticas contemporâneas, cada democracia carrega a cruz de sua história, insere-se na urdidura de sua gestação e deve ser observada em sua conformação real. Elas, as democracias, não existem como weberianos "tipos ideais"[189]: se é verdade que todas as democracias podem

189. WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. ed. Tübingen, 1980 (1. ed. 1921). p. 3, p. 9 e ss.

morrer[190], é também verdade que elas não morrem da mesma morte. Os remédios institucionais hão de variar.

2. A *premissa* de que devemos partir para entabular um eventual debate *de lege ferenda* – pressuposta a não recepção da LSN[191] –, queremos crer, repousa sobre bases sólidas no terreno nacional, e confirma o diagnóstico mais amplo previamente apresentado: *as instituições do Estado de Direito devem gozar de proteção jurídico-penal no Brasil. Precisamos de uma Lei de defesa do Estado de Direito*. Esse consenso existe, até onde podemos ver, há algum tempo. Fragoso, na comunicação já citada em nome da OAB Nacional, afirmava: "É evidente que todo Estado deve-se proteger. Só o Estado democrático, no entanto, tem verdadeiramente legitimidade para punir os seus inimigos"[192] – seguido, aqui, por Nilo Batista, que decretava ser "indispensável" essa proteção[193]. O professor paranaense Munhoz Netto, em trabalho apresentado na relevante VII Conferência Nacional da OAB, em 1978, constataria: "O Estado não pode tolerar, sem negar-se a si próprio, a atividade dos que, valendo-se das liberdades que ele assegura, queiram terminar com a própria liberdade"[194]. As iniciativas legiferantes de 2002 e de 2020, já mencionadas (A, I,), partem igualmente dessa premissa, consolidando-a e aprofundando-a[195]. Vê-se, entre nós, o germe do ideário da "democracia combativa" gestado no ventre de uma "democracia combalida" – muito ciente, porém, dessa sua frágil e específica condição[196].

3. Está posta a necessidade de proteção do Estado de Direito, também contra algumas espécies especialmente graves de ataques discursivos. A indagação mais profunda e delicada, de fato, parece estar não no "se", mas no "como" dessa proteção, enfim, no desenho de sua conformação concreta, na construção dos seus limites. Aqui, enxergamos *cinco*

190. Como no título do festejado livro de LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*, New York, 2018.

191. Essa é a conclusão a que chegam Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich, "Lei de Segurança Nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil", 2020. p. 73: "Diante do exame legislativo, é urgente a necessidade de intervenção em defesa do Estado de Direito, que se realizada por meio de suas Instituições Democráticas, com a natural superação da Doutrina de Segurança Nacional e do sistema legal de Segurança Nacional imposto no país, com a adoção de um Modelo de Proteção e Defesa do Estado de Direito".

192. FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional, *Revista de Direito Penal – RDP*, n. 30, 1980. p. 5 e ss.

193. BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte. In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. p. 11 e ss., p. 13: instrumento "indispensável".

194. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* v. 19, 1978. p. 161 e ss., p. 169.

195. O diagnóstico completo sobre a necessidade de superação da LSN pode ser encontrado no estudo anteriormente citado de WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2020. p. 85 e ss.

196. Sobre o conceito de "democracia frágil", ver o conhecido e já citado estudo de ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*, Cambridge, 2015.

desafios (a seguir, III), que devem equilibrar uma *balança sutil* (a seguir, II), de modo a ensaiar um *esboço* (a seguir, IV).

II. Balança sutil: liberdade de expressão no e contra o Estado de Direito

1. A balança sutil pendula entre a prevalência e a natureza constitutiva da liberdade de expressão *no* Estado de Direito e a sua massiva utilização para corroê-lo, ou seja, seu manejo *contra* o Estado de Direito. Apesar da alta patente que o STF reserva à liberdade de expressão em nossa sistemática – "irmã siamesa da democracia", em plástica imagem disposta na ADPF 130 –, é preciso antever os perigos que rondam esse setor delicado da proteção das instituições contra-ataques discursivos, sobretudo se em causa estiver uma visceral (e necessária) alteração legislativa. Convém apenas enunciar esses perigos, de modo a circunscrever o papel limitado do Direito Penal nesse setor[197]. É preciso elaborar a proteção do Estado de Direito dentro do Estado de Direito[198].

2. "Liberdade de expressão é risco", constatava o ex-juiz do Tribunal Constitucional alemão Masing[199] – e o Estado de Direito deve conviver com esse risco. A presunção em favor da liberdade de expressão no contexto do debate público deve ser levada a sério, desde que, naturalmente, estejam ausentes outros métodos de agressão acompanhantes, como violência, ameaça de violência ou coação. Essa presunção, que ilumina os crimes contra a honra (aspecto individual), deve orientar eventuais confecções de novos tipos penais contra o Estado de Direito (aspecto institucional). Não se deve reabilitar, sob nenhuma alegação, a desairosa ideia de "guerra psicológica adversa"[200] ou um "dever

197. FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional, *Revista de Direito Penal – RDP*, n. 30, 1980. p. 5 e ss., p. 8: "Constitui tarefa difícil e delicada, num regime democrático, demarcar com precisão a linha do abuso de manifestação do pensamento punível. O que caracteriza o regime democrático é precisamente a controvérsia e a livre manifestação de opiniões e de idéias".

198. Nosso diagnóstico já brevemente exposto em LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; BORGES, Ademar. Fake News: mentiras criminosas? *Jornal Estadão*, 10.6.2020. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fake-news-mentiras-criminosas/]: "Não transformemos a 'irmã siamesa' em inimiga capital, mas protejamos as instituições e o regime democrático".

199. MASING, *JZ*, 2012. p. 585 e ss.

200. Art. 3º, § 2º, da revogada Lei 6.620/78: "A guerra psicológica adversa é o emprego da propaganda, da contrapropaganda e de ações nos campos políticos, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais". Cf. FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional, *Revista de Direito Penal – RDP*, n. 30, 1980. p. 5 e ss.: "A idéia de guerra psicológica adversa é simplesmente ridícula, fazendo com que os crimes de manifestação do pensamento adquiram uma gravidade que evidentemente não têm"; cf. também BATISTA, Nilo. Justiça criminal e justiça criminosa. *Revista de Direito Penal – RDP,* n. 32, jul.-dez. 1981. p. 70 e ss., p. 77.; BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte. In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. p. 11 e ss., p. 25 e ss.

genérico de cooperação dos cidadãos" (art. 86, Emenda n. 1 à Constituição de 1967)[201] de que se valia o vetusto modelo de segurança nacional que vigeu em nosso país. Não se trata de garantir a "imagem" ou "honorabilidade" da instituição, nem de estabelecer pacifismo institucional ou subserviência a todo custo, mas de garantir o *funcionamento real* das instituições que servem à realização efetiva dos direitos fundamentais dos cidadãos e à consecução dos objetivos da República. Um Estado de Direito cuida do "externo", não do "interno"[202]. Confinada a esse objetivo, a proteção será legítima e imprescindível.

3. Estamos, a rigor, em face da contradição, anteriormente apontada, que habita o ideário da "democracia combativa": a democracia – ou o Estado de Direito – que se protege demais, sobretudo por meio do Direito Penal, pode transmutar-se em sua antítese; ao revés, a democracia que permanece "indiferente" aos ataques – para valer-nos do conceito de Mannheim[203] –, flerta com a ruína. Esse setor, em que o Estado *protege a si mesmo*, é revelador de seus vícios e de suas virtudes: é termômetro da paciência democrática, espelho da firmeza de suas convicções. É preciso, a todo custo, evitar o impasse: em nome da proteção institucional (ilimitada), vergasta-se a liberdade de expressão; em nome da liberdade de expressão (absoluta), vergasta-se a instituição que lhe garante, em última análise, sua eficácia real.

4. Também esse aspecto já rondou a discussão nacional. Nélson Hungria, em preleção publicada no vetusto "Archivo Judiciario" do "Jornal do Commercio" no ano de 1935, afirmou que o "Estado democrático", ante as ameaças daquele tempo, "apega-se ao status quo como o caracol à sua voluta". A "instintiva e absorvente preocupação com o auto salvamento" resultaria, contudo, em rompimento com princípios nucleares, valendo-se do Direito como "clava dos refratários do credo político oficial", reprimindo as "mínimas

201. "Toda pessoa, natural ou jurídica, é responsável pela segurança nacional nos limites definidos em lei"; sobre isso, ver SEABRA FAGUNDES, Miguel. Direitos do homem, ordem pública e segurança nacional. *Revista de Direito Público*, v. 7, n. 30, jul.-ago. 1974. p. 97 e ss.; ver também, menos crítico a esse respeito, embora ressaltasse a necessidade de combinar a ideia de segurança nacional com os "direitos individuais" e o "regime democrático", LOPES MEIRELLES, Hely. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional, *Revista de Direito Administrativo,* 125, 1976. p. 1 e ss., p. 11 e ss.

202. Cf. MASING, *JZ*, 2012. p. 585 e ss.; Loewenstein já havia advertido, em 1938: "The most important attitude of militant democracy -and that which transcends legislative action- is the will and the spirit of both the government and the people in democracies to survive": LOEWENSTEIN, Karl. Legislative Control of Political Extremism in European Democracies II, *Columbia Law Review,* 1938. p. 725 e ss., p. 774; sobre a "margem de vitória" da liberdade de expressão em face da "segurança nacional" ver COSTA NETO, João. Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 201, p. 319.

203. MANNHEIM, Diagnose unserer Zeit, 1951. p. 19.

manifestações de atividade antiestatal"[204]. A advertência – a despeito das brumas que eventualmente sobrevoavam o ilustre penalista – guarda algum frescor e deve participar do debate do porvir. M. Seabra Fagundes, em outro contexto, apontaria para os perigos do instinto de autoproteção do Estado, que poderia desembocar em "fórmula insólita de defesa das instituições"[205].

5. A proteção jurídico-penal das instituições contra ataques discursivos deve, portanto, partir de resoluta compreensão da *preferência da liberdade de expressão em manifestações na esfera pública* – elemento que une a tradição americana[206], alemã e a jurisprudência do STF[207]. Essa preferência cederá em casos específicos, naturalmente, mas deve constituir o ponto de arranque de qualquer reformulação. Força institucional não se demonstra lançando-se mão do Direito Penal ao primeiro sinal de febre democrática, muito ao revés: em regra, a instituição sólida deve sobreviver às invectivas discursivas mais mordazes, sem extrapolar os limites estabelecidos nas leis vigentes – essa altivez é seu traço verdadeiramente honorável[208]. Um recurso apressado ao Direito Penal pode até mesmo revelar tibieza, ou reabilitar, no seio mais radical, ideias cujo absurdo ou dislate falaria por si, produzindo efeito reverso, qual seja o de glorificar o seu emissor, que de néscio verter-se-ia em mártir[209] – uma luta contra a Hidra de Lerna, na feliz imagem de Bickenbach[210]. Aos que vituperam disparates, em regra, segue *poena naturalis*. A

204. Hungria, A Lei de Segurança, *Archivo Judiciario, Jornal do Commercio,* n. XXXIV, 1935. p. 61 e ss.; um discurso levemente diverso pode ser encontrado algumas décadas depois, valendo-se o eminente penalista – então Ministro do Supremo Tribunal Federal – do mesmo tom irônico quanto à "democracia liberal" brasileira: Hungria, A criminalidade política no direito brasileiro, *Revista Forense,* n. 188, 1960. p. 7 e ss. A respeito dos conceitos de democracia militante e de "jurisdição constitucional anticíclica", cf. o estudo recente de SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Democracia em crise*, Rio de Janeiro, 2020. p. 255 e ss.

205. SEABRA FAGUNDES, Miguel. Direitos do homem, ordem pública e segurança nacional. *Revista de Direito Público*, v. 7, n. 30, jul.-ago. 1974. p. 97: "Sendo próprio do poder de qualquer teor se exacerbarem os seus titulares ante a mais leve das ameaças ao 'status quo', tal exacerbação se desmede mais ainda tratando-se do poder político, o maior deles, porque condicionador direto ou indireto dos demais do contexto social".

206. Cf. BARENDT, *Freedom of Speech*, 2005. p. 155 e ss.

207. Sobre o conceito de "posição preferencial", cf. STF, Rcl 22.328, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 06.03.2018. A respeito do papel das Supremas Cortes na defesa da democracia, ISSACHAROFF, *Fragile Democracies*, 2015. p. 275 e ss.

208. Cf. MÖLLERS, Christoph. *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*. 3. ed. Berlin, 2012.p. 111.

209. Foi o que aparentemente ocorreu no caso de David Irving, um inglês notório negacionista do holocausto, preso na Áustria em 2006 por proferir discursos de ódio. A autora americana Deborah Lipstadt, que escrevera em livro ser Irving um dos mais perigosos porta-vozes do negacionismo, afirmaria que a prisão dele o teria tornado em um "mártir da liberdade de expressão" (cf. LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate*, New York, 2007. p. 161). Sobre o caso de Irving/Lipstadt, WARBURTON, Nigel. *Free Speech*, Oxford, 2009. p. 32 e ss.

210. Bickenbach, *DVBl,* 2017. p. 149 e ss.

liberdade de expressão não é um privilégio de uma elite intelectual[211], nem pressupõe lógica, coerência ou mesmo aderência constitucional[212]. Liberdade de expressão não exige têmpera. O pugilato franco de ideias é salutar, seja porque o pluralismo de ideias promove o "alcance da verdade" – como queria Mill[213] –, seja porque permite que as vertigens visionárias de minorias cultivem o sonho de se tornarem maioria – como, de certa forma, queria Kelsen[214] –, mas sobretudo, em termos mais deontológicos, porque é direito fundamental sem o qual o regime democrático não pode ser pensado[215]. Compõe

211. Assim, MÖLLERS, Christoph. *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*. 3. ed. Berlin, 2012. p. 18-19; da mesma forma, decididamente, HÖRNLE, Tatjana. *Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft*. München, 2014. p. 44-45. Cf. também RAZ, Joseph. Ethics in the Public Domain. Oxford, 1995. p. 160 e ss., sobre a proteção do "bad speech" e da validação de "ways of life".

212. Oscar Vilhena recorda do caráter "particularmente duro" de que esses embates públicos podem estar revestidos: VILHENA VIEIRA, Oscar. *A batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 35.

213. MILL, John Stuart. On Liberty, Chapter II. In: *On Liberty and other essays*, Oxford, 2008 (Oxford World's Classics). p. 20 e ss.; cf. SKORUPSKY, John. *Why Read Mill Today?* New York, 2006. p. 56 e ss.; sobre MILL, Schauer, *UCLA Law Review* 57, 2010. p. 897 e ss.; cf. BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech*, 1992. p. 6 e ss.; cf. também PORTO MACEDO, Ronaldo. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista de Direito da GV,* São Paulo, v. 13, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 274 e ss.; sobre o "efeito resfriador" das limitações à liberdade de expressão ver BORGES, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 370 e ss.; ver também SCHAUER, Frederik. *Fear, Risk and the First Amendment. Boston University Law Review*, 58, 1978. p. 685 e ss., idem. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, *SMU Law Review*, 70, 2017. p. 231 e ss. e SUNSTEIN, Cass. Falsehoods and the First Amendment, *Harvard Journal of Law & Technology 33*, 2020. p. 388 e ss., p. 400 e ss.

214. KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. ed. Tübingen, 1929 (reedição da Reclam, 2018). p. 132 e ss., p. 134, que, em seu "relativismo político" (p. 134) mencionava, contudo, os limites da "proporcionalidade" (p. 132). Dizemos "de certa forma", porque a visão de Kelsen, segundo algumas leituras, parecia ir ainda mais longe (cf. PAPIER, Hans-Jürgen. Durner, *AöR,* 2003. p. 340 e ss., p. 344); sobre a ideia de "democracia como autocorreção", RIJPKEMA, Bastiaan. *Militant Democracy*. London, 2018. p. 133 e ss., p. 136; contra essa ideia mais relativista, como se sabe, MARCUSE, Herbert. Repressive Toleranz. In: WOLFF; MOORE; MARCUSE. *Kritik der reinen Toleranz*, 3. ed. Franfurt am Main, 1967. p. 93 e ss., p. 101 e ss.

215. Fundamental a esse respeito, DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, New York, 1996. p. 195 e ss., p. 200 e ss., que recorda não serem as justificações "instrumentais" e "constitutivas" da liberdade de expressão necessariamente excludentes mutuamente (p. 201). Sobre justificações consequencialistas e deontológicas do direito de liberdade de expressão, COSTA NETO, João. Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. p. 19 e ss.; cf. SEABRA FAGUNDES, Miguel. Direitos do homem, ordem pública e segurança nacional. *Revista de Direito Público*, v. 7, n. 30, jul.-ago. 1974. p. 97 e ss., em que se pode ler: "A segurança não existe como uma abstração, isto é, por si e para si, porém, como instrumento para o bem coletivo". A respeito das fundamentações

o seu relicário – o regime democrático serve ao homem, e não o contrário[216]. Daqui devemos partir.

6. O acento deve estar na potencialidade da manifestação discursiva e não violenta para *afetar sensivelmente o real funcionamento das instituições* mais relevantes para a ordem democrática – na mesma proporção em que atos de violência ou de ameaça de violência o fazem –, o que exigirá a superação de uma série de *desafios*, aqui apenas insinuados.

III. Cinco desafios

1. Desafio histórico-contextual

a) O primeiro desafio decorre da virulência dos *acontecimentos atuais*. Na ribalta, precisamente ataques discursivos organizados e massivos a instituições democráticas, açulados por grupos que se valem da liberdade ampliada que vigora nas redes sociais[217]. A urgência é péssima conselheira em matéria penal, sobretudo se em causa estiver a própria sobrevivência do Estado. Sobriedade, técnica e parcimônia são imprescindíveis nesse setor irrevogavelmente atravessado pela política – daí ter merecido, no debate tedesco, o epíteto de "Direito Penal Político". Munhoz Netto, em outro contexto, já o havia anotado: "Os momentos de paz e normalidade institucional são os mais adequados a uma revisão do regime jurídico dos crimes contra a segurança do Estado"[218].

b) A história da República de Weimar é, vez mais, didática a esse respeito. Antevendo os seus estertores e já em face de ataques veementes, foram editadas as chamadas

"deontológicas" no Direito Penal, GRECO, Luís. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Staftheorie*, Berlin, 2009. p. 230 e ss.

216. Cf. DI FABIO, Udo. *Herrschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 2019. p. 160; da mesma forma, WILLMS, Günther. *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1962. p. 13 e ss. Essa ideia é fundamental para a construção de uma "sociedade aberta", no sentido de POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies*. London/New York, 2009. v. I. p. 61, p. 186 e ss., p. 215 e ss.

217. Como o ataque com fogos de artifício à sede do Supremo Tribunal Federal, aparentemente urdido na *internet* e anteriormente insuflado por ataques discursivos nas redes, amplamente noticiado (Disponível em: [www.bbc.com/portuguese/brasil-53058547]). Evidentemente, é inconteste o merecimento de pena de atos de violência ou coação em si. A questão mais delicada é a proibição de ataques discursivos desacompanhados desses métodos clássicos, ou, em outras palavras, a antecipação da tutela penal a esse estágio prévio. Cf. também, para ficar apenas com mais um exemplo da atualidade da temática, a ADPF 697 em andamento, cuja relatora é a Min. Carmen Lúcia, em que se discute a aplicação da LSN a cartunista e jornalista, que parodiaram o atual Presidente da República.

218. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* v. 19, 1978. p. 161 e ss.; ver também PORTO MACEDO, Ronaldo. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista de Direito da GV*, São Paulo, v. 13, n. 1, jan.-abr. 2017. p. 274 e ss., que menciona os perigos do "efeito de crise".

Republikschutzgesetze, de 1922 de 1930[219], enquanto as carpideiras nazistas gestavam os detalhes da tomada de poder urdida às claras e com esgar[220]. As Leis de Defesa da República – leis de exceção –, ao tempo em que confessavam o desespero e revelavam fragilidade, estiveram ocupadas em reafirmar a autoridade e a "honorabilidade" do Estado[221]. O desfecho da história é conhecido.

c) A urgência da superação do modelo da vigente da LSN não nos deve fazer ignorar o fato de que, em primeiro lugar, não há como suportar lacunas no setor de defesa do Estado – por exemplo, contra atos violentos ou espionagem (hoje, eminentemente digital) –, e, em segundo lugar, deve ser construída uma atmosfera ampla que possibilite a construção de um modelo alternativo de defesa do Estado de Direito que possa ser superior ao que vigora, em autêntica *Aufhebung* hegeliana: superando o modelo anacrônico, mas conservando o indispensável, sobretudo em matéria de segurança externa[222]. No aspecto interno, não se poder negar a existência de novas formas de ataques não violentos que devem merecer a atenção do debate público.

2. Desafio legal

a) O desafio *legal* é composto pela dificuldade de superação efetiva da vigente LSN, a Lei 7.170/83, cuja necessidade de reforma é consabida desde a sua confecção, sem que tenha conduzido a nenhuma alteração legislativa nos últimos 37 anos. Essa renitência é eloquente e não deve ser subestimada. Nem sequer a Constituição de 1988 alterou esse quadro.

b) No aspecto *institucional* há, sobretudo, a permanência dos delitos de *propaganda* – que remetem ao Código do Império, em seu art. 99, que proibia a provocação de atentados contra instituições por meio de escritos "que se distribuem por mais de

219. Cf. SCHROEDER, F. C. Probleme der Staatsverunglimpfung, *Juristische Rundschau (JR)*, 1979. p. 89 e ss.

220. Documentados na conhecida frase de Joseph Goebbels: "Será sempre um dos aspectos mais risíveis da democracia o fato de ela própria ter disponibilizado aos seus inimigos mortais os meios com os quais ela seria aniquilada" ("Das wird immer einer der besten Witze der Demokratie bleiben, dass sie ihren Todfeinden die Mittel selbst stellte, durch die sie vernichtet wurde"). In: *Der Angriff, Aufsätze aus der Kampfzeit*, 1935. p. 61 (o original seria do ano de 1933). Loewenstein atestaria o "cenário tragicômico" da República de Weimar no trato com os seus detratores: LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, *The American Political Science Review,* v. XXXI, 1937. p. 417 e ss., p. 427.

221. Cf. VOLKMANN, Viktor. *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?* Berlin, 2019. p. 275 e ss.; WILLMS, Günther. *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1962. p. 6. Naturalmente, as Leis de 1922 e 1930 lutavam contra inimigo real, não se tratava apenas de um enobrecimento cosmético dos símbolos estatais; cf. SCHROEDER, F. C. Probleme der Staatsverunglimpfung, *Juristische Rundschau (JR)*, 1979. p. 89 e ss.

222. Nesse sentido, a advertência de Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich, "Lei de Segurança Nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil", 2020. p. 77.

quinze pessoas" [223]. O art. 22, IV, da LSN proíbe a realização, em público, de "propaganda de qualquer dos crimes previsto na Lei", aumentando a pena se o crime ocorre "por meio de rádio ou televisão" (art. 22, § 1º). A conspícua amplitude desse tipo penal dispensa digressão.

c) Além disso, tanto a LSN quanto o Código Penal brasileiro estão fortemente apoiados no *aspecto individual*, mais ligado à proteção da honra dos agentes públicos em si mesmo considerada. Essa proteção não assume o formato de proteção mediata das instituições – como ocorre, por vezes, no direito positivo alemão (§§ 90 e 188, StGB) – e, ao contrário do que sugere a compreensão difundida de que o contexto da crítica pública a agentes no exercício de suas funções diminui a necessidade de proteção da honra, é *mais forte* do que a de que gozam os cidadãos comuns: o art. 26 da LSN oferece *proteção adicional* aos ocupantes de alguns cargos[224] e o Código Penal prevê pena maior às ofensas à honra do Presidente da República (art. 141, I, CP) e dos funcionários públicos no exercício de suas funções (art. 141, III, CP), além de proscrever a exceção da verdade na calúnia praticada contra o chefe do Poder Executivo (art. 138, § 3o, II, CP)[225]. Na Exposição de Motivos da LSN, de 7 de novembro de 1983, não se escondia ser essa proteção adicional "essencial ao regime" (p. 3)[226]. São reedições modernas dos crimes de lesa-majestade presentes Livro V, Capítulo VI das Ordenações Filipinas, e que até hoje vivem sob nova rubrica – resiliente injusto, o de "maldizer o rei"[227].

d) O setor dos crimes contra o Estado de Direito, entre nós, teria de ser não pontual, mas *estruturalmente* reformulado – de ser submetido a uma verdadeira alteração

223. Com a distinção de que, aqui, a intenção era a de evitar concretamente a incitação de atos violentos descritos nos arts. 91, 92, 95, 95 e 96 daquele Código.

224. "Art. 26 – Caluniar ou difamar o Presidente da República, o do Senado Federal, o da Câmara dos Deputados ou o do Supremo Tribunal Federal, imputando-lhes fato definido como crime ou fato ofensivo à reputação. Pena: reclusão, de 1 a 4 anos. Parágrafo único – Na mesma pena incorre quem, conhecendo o caráter ilícito da imputação, a propala ou divulga".

225. Em Parecer apresentado *pro bono* ao Presidente da OAB Nacional, o Dr. Felipe Santa Cruz, os professores Daniel Sarmento e Ademar Borges apontavam que esses dispositivos remetem à máxima "the king can do no wrong". Ademar Borges, em sua tese doutoral, anotava, ainda, a timidez do STF a esse respeito, manifestada sobretudo no Inq 3.555, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. em 21.11.2013; cf. BORGES, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 163, p. 271 e ss.

226. Sobre a vigente LSN como "lei de transição", que se referia, ainda, ao regime militar, cf. o elucidativo e já citado Parecer de Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich, "Lei de Segurança Nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil", 2020. p. 65 e ss.

227. Como já havia percebido, BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte. In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. p. 11 e ss., p. 24.

de sinal –, ao lado de uma interpretação restritiva (ou mesmo reforma[228]) dos crimes contra a honra.

3. Desafio político-criminal

a) O parco desenvolvimento dogmático nesse setor convida a que se instaure uma *tensão político-criminal*. Essa tensão consiste na permanência do espírito autoritário e de exceção – ínsito ao modelo de segurança nacional –, sob novas vestes: a iniquidade não desaparece quando cometida em nome do Estado do Direito, antes revela que este talvez não vigorasse plenamente. Parece reter vigência a indagação de Batista: "Basicamente a pergunta é a seguinte: é possível uma boa lei de defesa do estado de direito *antes* de um bom estado de direito?"[229]. Daí a relevância de pontuar a presunção de prevalência da liberdade de expressão no contexto público.

b) Esse perigo se intensifica em razão de uma linha tênue facilmente trespassada nesse setor, já identificada no debate alemão: a formulação infeliz de tipos penais pode estimular o turvamento das linhas divisórias entre um *direito de polícia arrostador de perigos* (serviços de inteligência, "segurança nacional" e outros mecanismos preventivos)[230] e *direito penal protetor de bens jurídico,* sobretudo a partir de uma excessiva antecipação da tutela penal a estágios prévios ao perigo e à lesão, tipificando autênticos atos preparatórios (a exemplo do § 89a, StGB)[231]. Ambientes extremos podem conduzir até mesmo ao menoscabo do brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*[232].

---

228. Na parte em que confere *maior* proteção legal a agentes públicos.

229. BATISTA, Nilo. "Pra que serve essa boca tão grande?". In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. p. 40.

230. Sobretudo entre nós, em que a linha divisória entre "inteligência" e "persecução penal" é ainda mais tênue (cf. GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. Trad. Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p. 30 e ss.); cf. também Greco, Luís; LEITE, Alaor. Discussão no Supremo sobre o caso Coaf joga luz em lacuna legislativa, *Folha de São Paulo*, 19.11.2019. Disponível em: [www1.folha.uol.com.br/poder/2019/11/discussao-do-supremo-sobre-caso-coaf-joga-luz-em-lacuna-legislativa.shtml]. A esse respeito, também com observações sobre os "serviços de inteligência" e o "órgão de proteção da Constituição" na Alemanha, Bickenbach, *DVBl* 2017. p. 149 e ss.

231. Ver o estudo de GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão, *Revista do Instituto de Ciências Penais,* v. 5, 2020. p. 11 e ss.; sobre esse perigo no Direito Penal Político, SCHROEDER, F. C. *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München, 1970. p. 483.

232. A esse respeito, a advertência de MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* v. 19, 1978. p. 161 e ss., p. 169.

4. Desafio conceitual

a) Esse setor é especialmente fértil em *violações ao princípio da legalidade*[233]. Sob a égide de Lei anterior, de 1978, diagnosticou-se um "verdadeiro florilégio" de violações[234]. Os conceitos aqui manejados são, inevitavelmente, abertos: "Estado de Direito", "democracia", "princípios constitucionais". Somem-se a esses conceitos os de "fake news", "discurso de ódio" e outros. Não por outro motivo, o legislador alemão editou o § 92, StGB, já mencionado. Esse desafio de lege ferenda se conecta com os desafios histórico-contextual e político-criminal, na medida em que a urgência conduz a um material ainda mais impreciso e inacabado, estimulando a manutenção de um mecanismo de exceção[235], ainda que batizado de "proteção do Estado de Direito"[236]. Essa dificuldade é enfrentada por qualquer ordem jurídica que se ponha a regular esse setor: em Portugal, por exemplo, surge igualmente a necessidade de definir o conceito de "Estado de Direito constitucionalmente estabelecido" utilizado pelo legislador, por exemplo, no art. 325[237].

b) O *desafio conceitual* brasileiro, se não é insuperável, é penoso, e exige um esforço conjunto de alto rigor analítico, que fuja das confortáveis platitudes e arengas. Sobretudo

233. Entre nós, MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* v. 19, 1978. p. 161 e ss., p. 174 e ss.; na Alemanha, WILLMS, Günther. *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1962. p. 16, p. 33 e ss.; SCHROEDER, F. C. *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München, 1970. p. 354 e ss.

234. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 78; cf. também BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais (REC),* v. 2, n. 9, 2003. p. 71 e ss.: "conceitos enigmáticos".

235. Foi Carl Schmitt quem atestou serem esses "conceitos abertos", indispensáveis a qualquer Estado, "úteis" em situações de exceção, também porque o Estado goza de uma "presunção de legalidade" na aplicação dos conceitos às situações de crise que irrompem: SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*, 7. ed. Berlin, 2005. p. 33. Contrariando – como anota Bennhold. Absicht bei Verfassungsgefährdung, 1966. p. 2 – assim, máxima de Montesquieu, lembrada por Feuerbach (In: *Philosophosch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats*, Erfurt, 1798. p. 1), segundo a qual "nada seria mais perigoso para um Estado do que fossem os delitos de lesa-majestade indeterminados".

236. Cf., sobre "conceitos maleáveis" nesse setor, STONE, Geoffrey. Free Speech and National Security, *Indiana Law Journal, 89*, 2009. p. 939 e ss., p. 955: "Malleable principles, open-ended balances, and vague standards may serve us well in periods of tranquility, but they are likely to fail us when we need the Constitution the most".

237. A definição pode ser encontrada, em suas linhas fundamentais, na Constituição da República portuguesa, em seu art. 2º: "A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa".

os elementos mínimos, aqueles passíveis de serem qualificados como essenciais e indispensáveis para o real funcionamento de um Estado de Direito, teriam de ser previamente estabelecidos em legislação[238] – conviria partir de um modesto "minimalismo democrático"[239].

c) *De lege lata*, esse dilema já se apresenta, na medida em que a jurisprudência do STF, ao interpretar os arts. 1º e 2º da atual LSN, neles enxerga dois requisitos cumulativos que iluminam (e limitam) os tipos penais específicos: além da "motivação política", há a exigência de que da realização dos elementos do tipo resulte uma "lesão real ou potencial à integridade territorial, à soberania nacional, ao regime representativo e democrático, à Federação ou ao Estado de Direito"[240] – com o que se segue a pergunta pela definição desses conceitos amplíssimos. Aqui, exige-se mais do que declamações esotéricas em favor de uma proteção absoluta (mas insincera) da liberdade de expressão ou uma apaixonada (mas retórica) defesa incondicional das instituições, próprias de outros modelos de Estado. Para valer-se de mais um conceito weberiano, seria salutar uma espécie "desencantamento"[241] da discussão para formular uma proposta legislativa sólida. É preciso, a todo custo, que o legislador do porvir evite as "indeterminações evitáveis" – na feliz designação de Greco[242]. Auxilia observar as experiências estrangeiras.

5. Desafio jurídico-dogmático

a) O desafio *dogmático* deve traduzir em boa técnica as cautelas antes abordadas. A impressão, contudo, é de que os tipos penais desse setor existem para serem ativados em momentos dramáticos e extremos, sem que a doutrina sobre eles se debruce em "tempos

238. MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* v. 19, 1978. p. 161 e ss., p. 165: "Se o Estado de Direito é, em substância, o que respeita as liberdades individuais, importa fixar-lhe o conteúdo. Trata-se de preliminar importante para estabelecer, axiologicamente, os bens e interesses, para cuja realização o poder público deve, a um só tempo, auto-limitar a sua ação repressora e dispensar-lhes eficiente tutela jurídica"; uma tentativa de construir um conceito menos pretensioso de Estado de Direito em Sobota, Das Prinzip Rechtstaat, 1997. p. 528 e ss.

239. Seguindo o "minimalismo conceitual" de MÖLLERS, Christoph. *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*. 3. ed. Berlin, 2012. p. 20.

240. Cf. por exemplo STF, RC 1.472, Rel. Min. Dias Toffoli, Plenário, julgamento em 25.05.2016; cf. também STF RC 1473, Rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 14.11.2017, em que se discutiu a tipicidade de "ato preparatórios de sabotagem", nos termos do art. 15, § 2º, da LSN.

241. Apenas no sentido de abandonar algumas "devoções" verificadas no debate; sobre o conceito de WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. ed. Tübingen, 1980. p. 308.

242. GRECO, Luís. Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen – Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* (Disponível em: [www.zis-online.com]) 11/2018. p. 480.

normais". Em vão procuraremos profundos estudos monográficos nacionais a respeito das categorias dogmáticas envolvidas nesse setor[243].

b) Aqui, há muito a fazer. Seria preciso elaborar o método de agressão, a estrutura de delito adequada – provavelmente sob a forma de "delito de aptidão" ou de "perigo abstrato-concreto" – e, possivelmente, formular uma cláusula de restrição que poderia traduzir-se em "elemento da valoração global"[244] ou em cláusula de "adequação social"[245]. O bem jurídico protegido teria de ser meticulosamente concretizado, em face da sua enorme abstração[246]. O fundamental, a esta altura, é afirmar a desnecessidade e o caráter de uma diminuta, mas perniciosa Parte Geral própria – como há na vigente LSN –, de modo a evitar uma dogmática de exceção[247] para esse setor. O *locus* dos crimes contra o Estado de Direito deve ser, idealmente, o Código Penal[248].

IV. Um esboço conclusivo

1. Este brevíssimo *esboço* deve conjugar a experiência estrangeira, sobretudo a alemã, a respeito da proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal (anteriormente B), com as especificidades do desafio brasileiro (anteriormente, C, I, II, e III). Essa conjugação deve ser iluminada pela distinção entre aspecto individual e aspecto institucional,

243. Sobre esses dilemas dogmáticos, em detalhe, SCHROEDER, F. C. *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München, 1970. p. 293 e ss.

244. Descobertos por ROXIN, Claus. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. 2. ed. Berlin, 1970 (1. ed. 1958). No Brasil, HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 27 e ss., p. 51 e ss.; cf. também LEITE, Alaor. Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade*, Coimbra, 2017. p. 759 e ss.

245. Primeiro posicionamento em WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts, *ZStW, 58,* 1939. p. 491 e ss.; o último posicionamento do autor em: *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin, 1969. p. 55 e ss. No Brasil, cf. MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. *Adequação social e Direito Penal*, São Paulo, 2011.

246. De modo a construir o que Hefendehl chamou de "relação funcional com o bem jurídico", especialmente difícil nesse setor, como constatava o próprio autor alemão: HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002. p. 358; uma tentativa de adequar esse setor à necessidade de proteção de bens jurídicos já em SCHROEDER, F. C. *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München, 1970. p. 478 e ss.

247. FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional, *Revista de Direito Penal – RDP*, n. 30, 1980. p. 5 e ss., p. 6: "Os crimes contra a segurança do Estado devem voltar ao Código Penal. O sistema de leis especiais para repressão desses crimes surgiu para submetê-los a disciplina especial, abandonando garantias elementares do direito e do processo penal, em nome de suposta repressão mais eficaz. Isso é profundamente antidemocrático e termina por conduzir a um terrorismo penal"; ver também BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte. In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. p. 11 e ss.

248. O Código de 1830 (Título I, art. 68 e ss.) e o Código de 1890 (Título I, art. 87 e ss.) previam em seu bojo os crimes contra a existência do Estado.

antecipadamente desenvolvida (B, I). Naturalmente, pressupõe-se aqui o abandono do modelo vigente da LSN, cuja necessidade foi exaustivamente demonstrada em outra Consulta[249].

2. O aspecto *individual*, de proteção da honra dos agentes públicos, *não deve participar* do capítulo da proteção do Estado de Direito. Nesse setor, são suficientes os crimes contra a honra, que devem, ainda, ser interpretados restritivamente à luz do "efeito retroalimentador" do direito fundamental à liberdade de expressão, que adquire prevalência quando exercido no contexto do debate público[250]. Uma reforma pontual (e redutora) dos crimes contra a honra – sobretudo dos arts. 141, I e III, e 138, § 3º, CP – fosse, talvez, bem-aventurada.

3. O foco deve estar no aspecto *institucional*, na imprescindível proteção direta das instituições em si contra-ataques discursivos massivos que tenham aptidão para afetar o seu real funcionamento. Uma proteção mediada pela proteção da honra de pessoas individuais não parece necessária. Essa proteção direta deve ser, a nosso juízo, ainda *mais restrita* do que a existente atualmente na Alemanha, ambiente em que a jurisprudência assume o papel de restringir consideravelmente âmbito de aplicação de algumas normas de duvidosas legitimidade e extensão, como se viu. O § 90b, StGB, o ultraje ou vilipêndio contra órgãos constitucionais, parece ser um bom ponto de partida, embora não se indique a sua transposição pura e simples, mas um retrabalho de sua ideia estruturante, fincado no cenário brasileiro. O setor da proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal é telúrico por natureza[251].

4. Nossa intuição, a ser lapidada, é a de que o método de agressão deve assumir mais robustez a depender do nível em que nos encontramos: se individual, se grupal ou se institucional (anteriormente, B, I). Há uma *proteção escalonada* desses níveis. Em face do bem jurídico individual "honra", no aspecto individual, métodos de agressão menos robustos hão de ser suficientes (ofensas etc.). Em face do nível grupal – em que ou a dignidade das pessoas enquanto pessoas é atingida pelo ataque ao grupo a que pertencem, ou a "paz pública" como "bem jurídico" é afetada[252] –, o método de agressão deve assumir uma concretude maior, sem, contudo, ser exagerada: afinal, esses grupos não são capazes

249. Dos Profs. Miguel Reale Jr. e Alexandre Wunderlich, já citado.

250. Sobre a necessidade de filtragem constitucional de tipos penais, em geral, ver a valiosa e já citada monografia de BORGES, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019; e, já anteriormente, o trabalho fundamental de FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal* (A Constituição Penal). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

251. Backes recorda da frase de v. Weber: "O Direito Penal Político apresenta-se como uma função do correspondente regime de Estado vigente" (BACKES, Otto. *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970. p. 11).

252. Sobre as dificuldades do termo "paz pública" nesse contexto, MASING, *JZ*, 2012. p. 585 e ss., p. 588 e ss.; cf. as considerações gerais do ex-Juiz do Bundesgerichtshof alemão, FISCHER, Thomas. Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, *NStZ* 1988. p. 159 e ss.

de autodefesa e, ademais, a sua proteção visa mediatamente proteger um bem jurídico individual. Quando se chega ao nível *institucional* – o que aqui nos interessa –, vê-se que o método de agressão deve ser de *robustez bastante acentuada*, na medida em que há fluidez quanto ao bem jurídico coletivo protegido ("abalo do funcionamento da instituição") e as instituições são capazes de autodefesa, sem haver necessidade de recurso imediato ao Direito Penal. Quando esse abalo real ocorrer, contudo, ele assume *grande gravidade*, pela importância da instituição para a consecução das finalidades do Estado de Direito. Essa intuição deve ser desenvolvida e ser traduzida, a nosso ver, nos eventuais tipos penais, cujo alcance deve ser restrito[253].

5. Uma ideia inicial seria a de, partindo dos métodos clássicos de agressão (violência, ameaça de violência, coação), identificar se as *novas formas de ataques discursivos* possibilitadas pela digitalização da comunicação, por suas características próprias, *equivalem* aos métodos clássicos, que devem ser coibidos de forma inconteste. Ninguém parece duvidar que a utilização de violência (ou ameaça de) ou de coação contra o Parlamento ou contra a Corte Suprema, de modo a tumultuar fisicamente o funcionamento da instituição – a impedir uma votação, por exemplo –, deve estar proibida penalmente, tal como ocorre, por exemplo, nos §§ 105 e 106, StGB, no art. 333 do Código Penal português e como já era previsto, entre nós, nos arts. 91 e seguintes do Código Penal do Brasil Império, de 1830. É natural que os métodos de agressão evoluam conceitualmente. Mesmo em torno do conceito de "violência" em sentido jurídico-penal houve enorme discussão a respeito da necessidade de sua reformulação – ou "espiritualização" –, sobretudo nos casos de protestos[254]. Também se pode observar no debate alemão que, em face de instituições – seja na proteção mediata, seja na proteção imediata –, o método de agressão assume maior robustez, se comparada às ofensas suficientes para o crime de injúria contra a honra individual: fala-se em "insulto", "vilipêndio", "ultraje", "depreciação hostil".

6. O caminho seria o de identificar as *características* do novo veículo por meio do qual os ataques discursivos são realizados – as redes sociais –, de modo a isolar os elementos que fazem com que esse ataque assuma potencialidade lesiva semelhante aos métodos clássicos, fazendo com que a presunção em favor da liberdade de expressão excepcionalmente ceda. Candidatos seriam a *capilaridade* de difusão, a *permanência* e *virulência* dos ataques e o *descolamento* do debate original ensejador da contenda, o que os

253. Fragoso fala em "manifesta ofensa a valores concretos relativos à honra e à paz pública", e complementa: "Na perspectiva da defesa do Estado a tarefa se torna ainda mais delicada": FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional, *Revista de Direito Penal – RDP*, n. 30, 1980. p. 5 e ss., p. 8. O saudosos penalista parecia reconhecer as especificidades do aspecto institucional.

254. No final da década de 50 do século XX, a discussão sobre os casos de coação contra o Parlamento foi retomada em face de uma onda de protestos políticos, que sugeriram a revisitação dos métodos de agressão "coação" e "violência"; cf. o estudo monográfico de GEILEN, Gerd. *Der Tatbestand der Parlamentsnötigung* (§ 105, StGB), Bonn, 1957. p. 1 e ss., p. 87 e ss. Sobre a evolução de método de agressão, para além da violência, BENNHOLD, Martin. *Absicht bei Verfassungsgefährdung*. Neuwied/Berlin, 1966. p. 5 e ss.

diferenciariam, inclusive, dos ataques verbais feitos em "escritos" comuns anexados ao próprio automóvel, cartazes ou em reuniões públicas – casos que o legislador do passado tinha em mente[255].

7. A partir dessa proteção escalonada, é possível indicar alguns pontos:

a) O método de agressão deve estar restrito, já no plano legal, a atuações *organizadas*[256] – com foco na cúpula e nos financiadores[257] –, ou seja, a empreendimentos coletivos cuja destinação máxima (ou mesmo única) seja a de destruir ou abalar sensivelmente o funcionamento de uma instituição imprescindível para o Estado de Direito. A atuação individual ou em grupelhos inócuos deve ficar de fora, e estará abrigada pela presunção em favor da liberdade de expressão, ressalvada a proteção da honra individual dos atingidos. Haveria uma espécie de cláusula de equivalência aos métodos clássicos (violência ou coação) – de modo a exigir "aptidão" do método de agressão, um "salto qualitativo" que afaste a presunção em favor da liberdade de expressão para os casos em que se tencione organizadamente destruir uma instituição responsável, inclusive, pela garantia real do direito de liberdade de expressão. Esse aspecto organizativo estará em regra atendido se a "pedra vem de dentro", isto é, do seio de um dos Poderes, cuja aptidão para lesionar o bem, decorrente da capilaridade da atuação e da legitimidade que o timbre áulico confere, é inconteste – e merece maior reprovação. Aqui, parece haver uma conexão com a ideia de "especial acesso ao bem jurídico", utilizada para explicar a maior reprovação existente nos chamados delitos especiais ou próprios[258].

b) Ainda no plano legislativo, seria salutar uma norma interpretativa similar ao § 92, StGB, com uma definição legal e reduzida do que pode "abalar o Estado de Direito constitucionalmente estabelecido" – para usar o conceito do direito português – ou a "ordem democrática fundamental". Essa norma visa a assegurar que os contornos do Estado de Direito não sejam desenhados pelas epifanias palacianas dos governos de ocasião, mas, sim, determinados de maneira permanente a partir do que consta da Constituição – como,

255. Em Portugal, há a figura, cujos contornos são de difícil determinação, da perturbação ilegítima do funcionamento dos órgãos constitucionais por meio de "tumultos, desordens ou vozearias" (art. 334). O legislador ainda tinha em mente uma perturbação "física". Convém repensar a questão com os olhos atuais.

256. Sobre o conceito de "organização", Montenegro, Lucas. Os delitos de organização no Direito brasileiro, Coluna Penal em Foco, *Jota*, disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/os-delitos-de-organizacao-no-direito-brasileiro-06112019]; sobre o elemento organizativo no Direito Penal Político, na Alemanha, ROGGEMANN, *JZ*, 1992. p. 934 e ss., p. 939 e ss.; essencial a esse respeito, BACKES, Otto. *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, 1970. p. 187 e ss.

257. O art. 22, § 2º, LSN apenas estende o tipo do *caput* a "quem distribui ou redistribui: a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo; b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda".

258. A esse respeito, nosso GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Parte Geral do Código Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.p. 44 e ss.

aliás, já o havia afirmado o STF, no ano de 1967, em passagem de apavorante atualidade e de reconfortante lucidez do Min. Aliomar Baleeiro[259]. O funcionamento do Estado de Direito deve ser garantido contra-ataques discursivos apenas em seu *cerne*. Seria prudente, ademais, manter uma norma expressa, uma cláusula de segurança exegética, excluindo a incidência do tipo pela mera manifestação de ideias ou doutrinas (já existente na LSN, art. 22, § 3º), de modo a reforçar a presunção de prevalência da liberdade de expressão[260]. Talvez fosse o caso, por fim, de oferecer uma "desistência de um delito consumado" – uma via de retorno à legalidade, de arrependimento –, de modo a desarticular a organização[261]. Afinal, não se está diante de violência ou coação, de modo que a pena criminal pode ser, aqui, evitada. Todos esses temas permanecem pendentes de ulteriores reflexões.

c) No plano interpretativo, em face da existência de uma inegável autoproteção, seria preciso verificar o "comportamento institucional" – uma espécie de "vitimodogmática" institucional, para valer-se da categoria cunhada pelo penalista alemão Schünemann[262] –, ou seja, se naquele caso específico a Corte ou um de seus integrantes, por exemplo, transcendeu o seu mister e ingressou no terreno beligerante de pautas públicas controvertidas

259. No RE 62.731, julgado em 23 de agosto de 1967, sobretudo no seguinte trecho: "A apreciação dos casos de 'urgência' ou de 'interesse público relevante', a que se refere o artigo 58, da Constituição de 1967, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos de oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso. 2. Mas o conceito de 'segurança nacional' não é indefinido e vago, nem aberto àquele discricionarismo do Presidente ou do Congresso. 'Segurança nacional' envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto".

260. O STF, em decisão relatada pelo Min. Aliomar Baleeiro e à época presidido por Evandro Lins e Silva, excluiu a aplicação do art. 11, a, da LSN então vigente (Lei 1.802/53) em caso de professor particular que oferecia aulas sobre a teoria marxista, reforçando que a manifestação de ideias tinha se dado em "situação privada" e que haveria uma proteção vigorosa da "divulgação de doutrinas" (STF, RC 1.082, julgado em 21.5.1968). Interessante, a esse respeito: STF, AC n. 1445/SP, julgada em 12.12.1950, sobre a proteção da manifestação de ideias "subversivas".

261. Algo próximo, a rigor – se bem que para delito específico –, já propusera BATISTA, Nilo. "Pra que serve essa boca tão grande?", In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985. p. 34 e ss., p. 39.

262. SCHÜNEMANN, Bernd. Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil. In: SCHÜNEMANN, Bernd. (Org.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Herbolzheim, 2002.p. 62 e ss.; SCHÜNEMANN, Bernd. Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat. In: VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS (Orgs.). *Mediating Principles* – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, Baden-Baden, 2006. p. 31 e ss.

e alheio ao funcionamento da instituição[263]. O que se quer proteger, afinal, é o exercício real das funções cometidas àquela instituição. Esse elemento indica a *imprescindibilidade* da proteção das instituições por meio do Direito Penal, de um lado, e, de outro, circunscreve-lhe os *limites*. A proteção deve ser reduzida em sua extensão, mas vigorosa em caso de interferência real no funcionamento de instituições democráticas. Aqui se vê a diferença entre proteção institucional e proteção grupal (em geral, de minorias desprotegidas). Naturalmente, remanesce a proteção à honra individual e à integridade física, nos termos existentes no Código Penal[264].

d) Uma maior precisão quanto aos contornos do elemento "funcionamento da instituição" seria igualmente salutar. No caso do Poder Judiciário – cuja independência é condição de funcionamento do Estado de Direito –, afigurar-se-ia possível concretizar esse "abalo institucional" a partir da ideia de "exequibilidade das decisões" ou de "legitimidade decisória": um *ataque discursivo* organizado que vise a abalar a exequibilidade (ou legitimidade) em si de decisões judiciais (não o conteúdo decisório ou a "dignidade da Corte"), insuflando, por exemplo, por meio de informações falsas ou ultrajes o seu desrespeito massivo, talvez adquirisse robustez como método de agressão. A penalista alemã Hörnle, em artigo a respeito da neutralidade da e confiança no Poder Judiciário, pontuou que um "elemento de um efetivo Estado de Direito é que o objetivo de encerrar conflitos por meio de decisões judiciais não seja apenas almejado, mas efetivamente alcançado" [265]. Conviria desenvolver essa ideia no setor dos crimes contra o Estado de Direito – sobretudo na repressão a ataques discursivos –, de modo a desenhar a necessária

263. Sobre a expansão da atuação das Cortes Constitucionais, sobretudo a respeito do caso brasileiro, VILHENA VIEIRA, Oscar. *A batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 161 e ss.

264. Lewis narra que os ataques à Supreme Court teriam aumentado ferozmente, à medida em que a Corte assumia protagonismo em pautas públicas controvertidas, submetendo seus juízes, em casos extremos, a "perigos físicos", que devem ser evidentemente coibidos. O autor cita a frase do Justice Holmes: "We are very quiet here, but it is the quiet of a storm center" (cf. LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate* – A Biography of the First Amendment, New York, 2007. p. 187).

265. HÖRNLE, Tatjana. Warum *Vertrauen in die Neutralität der Justiz ein schützenwertes Verfassungsgut ist*, jan. 2017. Disponível em: [https://verfassungsblog.de/warum-vertrauen-in-die-neutralitaet-der-justiz-ein-schuetzenswertes-verfassungsgut-ist/]. Ela anota, ainda, que, em sociedades fragmentadas, é papel do Poder Judiciário demonstrar, também para fora, as suas independência e neutralidade. Sobre a incitação à desobediência de leis (não de decisões judiciais), cf. também o artigo 330.º do Código Penal português, que prevê o incitamento à desobediência colectiva: "1 – Quem, com intenção de destruir, alterar ou subverter pela violência o Estado de direito constitucionalmente estabelecido, incitar, em reunião pública ou por qualquer meio de comunicação com o público, à desobediência colectiva de leis de ordem pública, é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias. 2 – Na mesma pena incorre quem, com a intenção referida no número anterior, publicamente ou por qualquer meio de comunicação com o público: a) Divulgar notícias falsas ou tendenciosas susceptíveis de provocar alarme ou inquietação na população; b) Provocar ou tentar provocar, pelos meios referidos na alínea anterior, divisões no

proteção do Poder Judiciário por meio do Direito Penal, sem abandonar a premissa segunda a qual a liberdade de expressão deve ter prevalência presumida no contexto do debate público de ideias. Esta, a balança sutil.

D. Resposta

As conclusões específicas e os seus respectivos fundamentos desfilam pela Consulta (cf. sobretudo antes B, V). A análise panorâmica dos crimes contra o Estado de Direito na experiência comparada, sobretudo na alemã, conduziu-nos às seguintes conclusões de natureza mais geral, já com as lentes voltadas ao debate nacional:

I. A inadiável superação do modelo da segurança nacional impõe a edificação de um modelo alternativo de proteção do Estado de Direito por meio do Direito Penal.

II. Essa proteção é necessária, mas estará limitada pelos próprios fundamentos do Estado de Direito: proteção *do* Estado de Direito *no* Estado de Direito.

III. Ataques discursivos "não violentos" podem ser excepcionalmente alcançados por tipos penais protetores do Estado de Direito, desde que respeitados os parâmetros anteriormente desenhados (C). Doutro modo, ingressar-se-á injustificadamente no direito fundamental à liberdade de expressão.

Estes são os resultados a que chegou esta Consulta.

Referências bibliográficas

ABBOUD, George; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. Fake news *e regulação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do Direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1. ed. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, Berlin, 1994.

ASH, Timothy. *Free Speech – Ten Principles for a Connected World*, London, 2016.

BACKES, Otto. *Rechtstaatsgefährdungsdelikte und Grundgesetz*, Köln et al., 1970.

BAKER, C. Edwin. Autonomy and Hate Speech. In: HARE, Ivan; WEINSTEIN, James (Org.). *Extreme Speech and Democracy*, Oxford/New York, 2009.

BAKER, C. Edwin. *Human Liberty and Freedom of Speech*, 1992.

BARENDT, Eric. *Freedom of Speech*, Oxford, 2005.

BARTH, Volker; HOMBERG, Michael. Fake News: Geschichte und Theorie falscher Nachrichten, *Geschichte und Gesellschaft,* 44, 2018.

seio das Forças Armadas, entre estas e as forças militarizadas ou de segurança, ou entre qualquer destas e os órgãos de soberania; ou c) Incitar à luta política pela violência".

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. A superação da ideologia da segurança nacional e a tipificação dos crimes contra o Estado Democrático de Direito. *Revista de Estudos Criminais (REC)*, v. 2, n. 9, p. 71-79, 2003.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Nilo. Lei de Segurança Nacional: direito da tortura e da morte. In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

BATISTA, Nilo. "Pra que serve essa boca tão grande?" In: BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1985.

BATISTA, Nilo. Justiça criminal e justiça criminosa. *Revista de Direito Penal – RDP,* n. 32, jul.-dez. 1981.

BENNHOLD, Martin. *Absicht bei Verfassungsgefährdung*, Neuwied/Berlin, 1966.

BEY, Paul; NOTHARDT, Benno (Orgs.). *Kämpfe um Meinungsfreiheit und Medien*, Münster, 2019.

BICKENBACH, Christian. Kampf gegen eine Hydra, *Das Deutsche Verwaltungsblatt (DVBl.)*, 2017.

BINDING, Karl. *Die Ehre und ihre Verletzbarkeit*, Leipzig, 1892.

BLUMBERG, Phillip. *Repressive Jurisprudence in the Early American Republic*, Cambridge, 2010.

BONGES, Robert. Reiterated Contempt of Court, *Michigan Law Review* 62, 1964.

BORGES, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

BÖCKENFÖRDE, E.-W. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs. In: BÖCKENFÖRDE. *Staat, Gesellschaft, Freiheit: Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*. 2. ed. Berlim, 2016.

BRITZ, Guido. Schafft die Beleidigung ab!, *jM,* 2016.

BULL, Hans Peter. *Die Krise der politischen Parteien*, Tübingen, 2020.

CAMPOS, Ricardo. *Liberdade de expressão após Ellwanger e Luth*. Novas regras de colisão para o novo contexto da liberdade de expressão, texto apresentado no "Dossiê Ellwanger", FGV-SP, 27.5.2019 (no prelo).

CAMPOS, Ricardo (org.). *Crítica da ponderação*. São Paulo: Saraiva Jur, 2016.

CARTER, Edward. Actual malice in the Inter-American Court of Human Rights, *Communication Law and Policy*, Oct/2013.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. *O discurso do ódio na jurisprudência alemã, americana e brasileira:* Como a ideologia política influencia os limites da liberdade de expressão. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

CHEMERINSKY, Erwin. False Speech and the First Amendment, *Oklahoma Law Review* 78, 2018.

COPIC, Hans. Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, Tübingen, 1967.
COSTA NETO, João. Entre Cila e Caríbdis: a liberdade de expressão em meio ao conflito entre a discricionariedade do Legislador e a intensidade do controle exercido pelo Juiz Constitucional. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014.
DEUTSCH, Eberhard. Liberty of Expression and Contempt of Court, *Minnesota Law Review,* 1943.
DI FABIO, Udo. *Herrschaft und Gesellschaft*, Tübingen, 2019.
DIAS TOFFOLI, José Antonio. Fake News, desinformação e liberdade de expressão. In: ABBOUD, Georges; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo (Orgs.). *Fake News e Regulação*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2020.
DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.
DREIER, Horst; WALDHOFF, Christian. *Das Wagnis der Demokratie*, München, 2018.
DUBBER, Markus. The Legality Principle in American and German Criminal Law: An Essay in Comparative Legal History. In: MARTYN et al (Org.). *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle:* Legislation as a Source of Law in Criminal Trials, 2013.
DWORKIN, Ronald. Reply to Jeremy Waldron. In: HERZ; MOLNAR (Orgs.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012.
DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue*, Cambridge, 2002.
DWORKIN, Ronald. Why Must Speech Be Free? In: DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law*, New York, 1996.
EBLING, Tobias. *Die Vorschrift des § 90 a StGB*, Baden-Baden, 2018.
ERBS, Georg; KOHLHASS, Max; LIESCHING. Marc, *NetzDG*, 2020.
FADEL, Anna Laura. *O discurso de ódio é um limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão?* Uma análise das Teorias de Ronald Dworkin e Jeremy Waldron a partir da herança do liberalismo de John Stuart Mill. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação*. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.
FARKAS, Johan; SHOU, Jannick. *Post-Truth, Fake News and Democracy*, New York, 2019.
FECHNER, Frank. Art. 5. In: STERN; BECKER, *Grundrechte Kommentar,* 2018.
FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal* (A Constituição Penal). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
FELDENS, Luciano; DADICO, Claudia Maria. A liberdade de expressão no Brasil do século XXI: limites e possibilidades ante o discurso de ódio. In: ANTUNES,

Maria João (Org.), *Direito Penal e Constituição: Diálogos entre Brasil e Portugal*, Porto Alegre, 2018.
FEUERBACH, Paul Johann Anselm von. *Philosophosch-juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrats*, Erfurt, 1798.
FISCHER, Thomas. Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören, *NStZ*, 1988.
FLÜMANN, Gereon. *Streitbare Demokratie in Deutschland und den Vereinigten Staaten*, Wiesbaden, 2015.
FRAGOSO, Heleno. Sobre a Lei de Segurança Nacional, *Revista de Direito Penal – RDP*, n. 30, 1980.
FRAGOSO, Heleno. Lei de Segurança Nacional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 15, n. 59, p. 71-86, jul.-set. 1978.
FRANKFURTER, Felix/Landis, James. Power of Congress over Procedure in Criminal Contempts in "Inferior" Federal Courts. A Study in Separation of Powers. *Harvard Law Review* 37, 1924.
FRIEHE, Matthias. Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, *NJW*, 2020.
FROWEIN, Jochen. Reform durch Meinungsfreiheit, *AöR,* 1980.
FÜHRMANN, Maximilian. *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie*, Baden-Baden, 2019.
GAZEAS, Nikolaos; GROSSE-WILDE, Thomas; KIEßLING, Alexandra. Die neuen Tatbestände im Staatsschutzstrafrecht – Versuch einer ersten Auslegung der §§ 89a, 89b und 91 StGB, *NStZ,* 2009.
GEILEN, Gerd. *Der Tatbestand der Parlamentsnötigung* (§ 105 StGB), Bonn, 1957.
GEPPERT, Klaus. Zur Frage strafbarer Kollektivbeleidigung der Polizei oder einzelner Polizeibeamter durch Verwendung des Kürzels „a.c.a.b.", *NStZ,* 2013.
GHANTOUS, Marie. Freedom of Expression and Contempt of Court before International Criminal Court, *Quebec Journal of International Law* 31, 2018.
GOEBBELS, Joseph. Der Angriff, Aufsätze aus der Kampfzeit, 1935 (1933).
GOLDFARB, Ronald. The History of the Contempt Power, *Washington University Law Quarterly,* 1961.
GOSTOMZYK, Tobias. Mehr oder weniger Meinungsfreiheit durch soziale Netzwerke? In: SCHULTZ, Tanjev (Org.), *Was darf man sagen?,* Stuttgart, 2020.
GOULD, Rebecca. Is the 'hate' in the hate speech the 'hate' in the hate crime? Waldron and Dworkin on political legitimacy, *Jurisprudence* 10, 2019.
GRECO, Luís. A criminalização no estágio prévio: um balanço do debate alemão, *Revista do Instituto de Ciências Penais,* n. 5, 2020.
GRECO, Luís. Introdução. In: WOLTER, Jürgen. *O inviolável e o intocável no direito processual penal*. Trad. Luís Greco, Alaor Leite, Eduardo Viana. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
GRECO, Luís. Das Bestimmtheitsgebot als Verbot gesetzgeberisch in Kauf genommener teleologischer Reduktionen – Zugleich: Zur Verfassungsmäßigkeit

von §§ 217 und 89a Abs. 2 Nr. 1 StGB, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 11, 2018. Disponível em: [www.zis-online.com].

GRECO, Luís. Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft. In: BRUNHÖBER; HÖFFLER; KASPAR; REINBACHER; VORMBAUM (org.). *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden, 2013.

GRECO, Luís. Lebendiges und Totes in Feuerbachs Staftheorie, Berlin, 2009.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, *RBCCrim,* v. 49, 2004.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. Discussão no Supremo sobre o caso Coaf joga luz em lacuna legislativa, *Folha de São Paulo*, 19.11.2019.

GRECO, Luís; HORTA, Frederico; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; QUANDT, Gustavo. *Parte Geral do Código Penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRIMM, Dieter. Weimars Ende und Untergang. In: DREIER; WALDHOFF. *Das Wagnis der Demokratie*, 2018.

GRIMM, Dieter. Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Neue Juristische Woche (NJW)* 1995.

GRIMM, Dieter. *100 Jahre Weimarer Verfassung*, Tübingen, 2018.

GRIMM, Dieter. Die „freiheitliche demokratische Grundordnung" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR),* 1980.

GUSY, Christoph. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)* 6, 2020.

HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. 5. ed. Neuwied/Berlin, 1971.

HÄBERLE, Peter. *Nationalflaggen*, Berlin, 2008.

HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln et al., 2002.

HELDT, Amélie. Terror-Propaganda online: Die Schranken der Meinungsfreiheit in Deutschland und den USA, *NJOZ,* 2017.

HILGENDORF, Eric, vor 185 StGB. In: *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch (LK)*. 12. ed. 2009.

HIRSCH, Hans Joachim. Grundfragen von Ehre und Beleidigung. In: LILIE (Org.) Strafrechtliche Probleme, II, Berlin, 2009.

HORTA, Frederico. *Elementos normativos das leis penais e conteúdo intelectual do dolo*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

HOVEN, Elisa. Ratio und Reichweite des strafrechtlichen Schutzes von Flaggen, *JuristenZeitung (JZ),* 2020.

HOVEN, Elisa. Zur Strafbarkeit von Fake News: de lege lata und de lege ferenda, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 129, 2017.

HÖFFE, Ottfried. *Kritik der Freiheit*, München, 2015.

HÖRNLE, Tatjana. Warum Vertrauen in die Neutralität der Justiz ein schützenswertes Verfassungsgut ist, Jan/2017. Disponível em: [https://verfassungsblog.de/warum-vertrauen-in-die-neutralitaet-der-justiz-ein-schuetzenswertes--verfassungsgut-ist/].

HÖRNLE, Tatjana. *Kultur, Religion, Strafrecht – Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft*, München, 2014.

HÖRNLE, Tatjana. Aktuelle Probleme aus dem materiellen Strafrecht bei rechtsextremistischen Delikten, *NStZ* 2002.

HÖRNLE, Tatjana. A Lei de Segurança, *Archivo Judiciario, Jornal do Commercio,* n. XXXIV, 1935.

HUNGRIA, Nelson. A criminalidade política no direito brasileiro, *Revista Forense,* n. 188, 1960.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies*, Cambridge, 2015.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. Hate Speech and Self-Reinstraint. In: HERZ; MOLNAR (Orgs.), *The Content and Context of Hate Speech: Rethinking Regulation and Responses*, Cambridge, 2012.

KELSEN, Hans. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. ed. Tübingen, 1929 (reedição da Reclam, 2018).

KIRCHHEIMER, Otto. In: BUCHSTEIN (Org.), *Otto Kirchheimer – Gesammelte Schriften*, 2017.

KIRSCHNER, Alexander. *A Theory of Militant Democracy*, Yale, 2014.

KIRSZTAJN, Laura. *A Lei de Segurança Nacional no STF*. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2018.

KLAS, Benediky; BLATT, Caroline. „ACAB" – Strafbare Beleidigung von Polizisten? *HRRS* 8/9, 2012.

KLAUSMANN, VINCENT. *Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus*, Baden-Baden, 2019.

KUBICIEL, Michael. Hate-Speech und Äußerungsstrafrecht (Teil 2) – Der Bayerische Diskussionsentwurf zur Modernisierung des Beleidigungsstrafrechts, *jurisPR-StrafR,* 6/2020.

KUBICIEL, Michael. Die Renaissance der Ehrschutzdelikte – Das Maßnahmenpaket der Bundesregierung zur Bekämpfung von Hasskriminalität und die Initiativen der Bundesländer, *jurisPR-StrafR,* 24/2019.

KUEHN, Kathleen/SALTER, Leon. Assessing Digital Threats to Democracy, and Workable Solutions: A Review of the Recent Literature, *International Journal of Communication* 14, 2020.

LADEUR, Karl-Heinz; GOSTOMZYK, Tobias. Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in Blogs, *NJW,* 2012.

LEITE, Alaor. *Dolo e erro nos delitos de infidelidade patrimonial e administração danosa*. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Manuel da Costa Andrade, Coimbra, 2017.

LEITE, Alaor. Interpretação, analogia e sentido literal possível: o exemplo da apropriação indébita de valores ou numerários (ou: réquiem a Nélson Hungria). In: BUSATO, Paulo; SÁ, Priscila; SCANDELARI, Gustavo (Orgs.). *Perspectivas das ciências criminais*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2016.

LEITE, Alaor. Proibição de retroatividade e alteração jurisprudencial. In: RENZIKOWSKI; GODINHO; LEITE; MOURA. *O Direito Penal e o Tempo*. Coimbra: Instituto Jurídico, 2016.

LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; Borges, Ademar. Fake News: mentiras criminosas? *Jornal Estadão*, 10.6.2020. Disponível em: [https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fake-news-mentiras-criminosas/].

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How Democracies Die*, New York, 2018.

LEWIS, Anthony. *Freedom for the Thought that we Hate* – A Biography of the First Amendment, New York, 2007.

LIESCHING, Marc. Was sind »rechtswidrige Inhalte« im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes? *ZUM*, 2017.

LOEWENSTEIN, Karl. Legislative Control of Political Extremism in European Democracies II, *Columbia Law Review,* 1938.

LOEWENSTEIN, Karl. Militant democracy and fundamental rights, *The American Political Science Review,* v. XXXI, 1937.

LOPES MEIRELLES, Hely. O poder de polícia, o desenvolvimento e a segurança nacional, *Revista de Direito Administrativo,* n. 125, 1976.

LÖBER, Lena; ROSSNAGEL, Alexander. Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung, *MMR,* 2019.

MAFI-GUDARZI, Nima. Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie, *ZRP,* 2019.

MANSDÖRFER, Marcos. Das politische Strafrecht ist überholt, Legal Tribune Online (LTO), 2016.

MANNHEIM, Karl. *Diagnose unserer Zeit*, Zürich, 1951.

MARCUSE, Herbert. Repressive Toleranz. In: WOLFF; MOORE; MARCUSE. *Kritik der reinen Toleranz*. 3. ed. Franfurt am Main, 1967.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Alemão: decisões anotadas*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. v. II.

MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARSHALL, William. False Campaign Speech and The First Amendment, *University of Pennsylvania Law Review 153,* 2004.

MASS, Heiko. Modernes Recht für eine moderne Gesellschaft, *ZRP,* 2017.

MELLO JORGE SILVEIRA, Renato. *Adequação social e Direito Penal*, São Paulo, 2011.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. 2020.

MILL, John Stuart. On Liberty, Chapter II. In: *On Liberty and other essays*, Oxford, 2008.
MONTENEGRO, Lucas. Os delitos de organização no Direito brasileiro, Coluna Penal em Foco, *Jota*. Disponível em: [www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/penal-em-foco/os-delitos-de-organizacao-no-direito-brasileiro-06112019].
MOUFFE, Chantal. *The Democratic Paradox*, London/New York, 2005.
MÖLLERS, Christoph. *Demokratie – Zumutungen und Versprechen*. 3. ed. Berlin, 2012.
MUCKEL, Stefan. Meinungsfreiheit für drastische Äußerungen über Richter, *JA*, 2019.
MUNHOZ NETTO, Alcides. Estado de Direito e Segurança Nacional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná,* v. 19, 1978.
NEUNER, Jörg. Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, *NJW,* 2020.
NOLTE, Georg. Hate-Speech, Fake-News, das »Netzwerkdurchsetzungsgesetz« und Vielfaltsicherung durch Suchmaschinen, *ZUM,* 2017.
NOLTE, Georg. „Soldaten sind Mörder" – Europäisch betrachtet, *Archiv für Presserecht (AfP)*, 4/1996.
OMMATI, José Emílio. *Liberdade de expressão e discurso de ódio na Constituição de 1988*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
OPPITZ, Florian. *Theorien der Meinungsfreiheit*, Baden-Baden, 2018.
OSSENBÜBL, Fritz. Abwägung im Verfassungsrecht, *Das Deutsche Verwaltungsblatt,* 1995.
OTTO, Harro. Der strafrechtliche Schutz vor ehrverletzenden Meinungsäußerungen, *NJW,* 2006.
PAEFFGEN, Hans-Ullrich § 90b StGB. In: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK)*. 5. ed. 2017.
PAPIER, Hans-Jürgen; DURNER, Wolfgang. Streitbare Demokratie, *AöR,* 2003.
PEREIRA SOUZA NETO, Cláudio. *Democracia em crise*. Rio de Janeiro: Contracorrente – EdUERJ, 2020.
POPPER, Karl. *The Open Society and Its Enemies*. London/New York, 2009. v. I.
PORTO MACEDO, Ronaldo. Fake News e as novas ameaças à liberdade de expressão. In: ABBOUD, George; NERY JR., Nelson; CAMPOS, Ricardo. *Fake News e Regulação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
PORTO MACEDO, Ronaldo. Freedom of Expression: what lessons should we learn from US experience? *Revista de Direito da GV,* São Paulo, 13, 2017.
POST, Robert. *Citizens Divided: Campaign Finance Reform and the Constitution*, Cambridge/London, 2014.
POST, Robert. Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence, *California Law Review* 88, 2000.
POST, Robert. Racist Speech, Democracy and the First Amendment, *William & Mary Law Review* 32, 1991.

RAZ, Joseph. *Ethics in the Public Domain*. Oxford, 1995.
REALE JR., Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim,* n. 81, 2009.
REALE JR., Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. *Lei de Segurança Nacional e defesa do Estado de Direito no Brasil*, 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/parecer-oab-lsn-reale-jr-wunderlich.pdf].
REINBACHER, Tobias. Die Beleidigung im Internet – Der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, *Neue Kriminalpoltik* 2, 2020.
RIDDER, Helmut. *Kommunikation in der Demokratie*, Tübingen, 2019.
RIJPKEMA, Bastiaan. *Militant Democracy*, London, 2018.
ROGALL, Klaus. § 192 StGB. In: *Systematisches Kommentar StGB* (SK-StGB). 9. ed. 2017.
ROGGEMANN, Herwig. Von Bären, Löwen und Adlern – zur Reichweite der §§ 90a und b StGB, *JuristenZeitung (JZ)*, 1992.
ROSENFELD, Michel. Hate Speech in Constitutional Jurisprudence – A Comparative Analysis. In: HERZ; MOLNAR (Orgs.), *The Content and Context of Hate Speech:* Rethinking Regulation and Responses, Cambridge, 2012.
ROXIN, Claus. *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*. 2. ed. Berlin, 1970 (1. ed.: 1958).
ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*, Allgemeiner Teil. 5. ed. München, 2020. v. I.
RÜTHERS, Bernd. Meinungsfreiheit und Ehrenschutz bei Kollektivurteilen – Zur Zulässigkeit von Pauschalbeleidigungen, *Neue Juristische Woche (NJW)*, 2016.
SAHL, Jan; BILZER, Nils. NetzDG 2.0 – Ein Update für weniger Hass im Netz, *ZRP,* 2020.
SAMPAIO, José Adércio Leite. Do mercado de ideia a ideias no mercado – A liberdade de expressão no século XXI. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). *Liberdade de expressão no século XXI*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.
SARMENTO, Daniel. Dimensão Objetiva dos Direitos Fundamentais: Fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.
SCHAUER, Frederik. Free Speech, the Search for Truth, and the Problem of Collective Knowledge, *SMU Law Review* 70, 2017.
SCHAUER, Frederik. Facts and the First Amendment, *UCLA Law Review* 57, 2010.
SCHAUER, Frederik. Fear, Risk and the First Amendment, *Boston University Law Review* 58, 1978.

SCHIFFERS, Reinhardt. Grundlegung des strafrechtlichen Staatsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951, *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte,* 1990.

SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlim, 1976.

SCHMITT, Carl. *Legalität und Legitimität*. 7. ed. Berlin, 2005.

SCHMITT GLAESER, Walter. Meinungsfreiheit, Ehrenschutz und Toleranzgebot, *NJW,* 1996.

SCHROEDER, F. C. Die Strafvorschriften der Bundesrepublik Deutschland gegen den Nationalsozialismus, *Juristische Arbeitsblätter (JA),* 2010.

SCHROEDER, F. C. Probleme der Staatsverunglimpfung, *Juristische Rundschau (JR)*, 1979.

SCHROEDER, F. C. *Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht*, München, 1970.

SCHRÖDER, Horst. Abstrakte-konkrete Gefährdungsdelikte?, *Juristenzeitung (JZ)*, 1967.

SCHÜNEMANN, Bernd. Gefährden Fake News die Demokratie, wächst abe rim Strafrecht das Rettende auch?, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA) 10, 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coords.). *Estudos de direito penal, processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Rechtsgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat. In: VON HIRSCH; SEELMANN; WOHLERS (Orgs.). *Mediating Principles – Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Baden-Baden, 2006.

SCHÜNEMANN, Bernd. Das System des strafrechtlichen Unrechts: Rechtsgutsbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemeinen Teils und dem Besonderen Teil. In: SCHÜNEMANN, Bernd. (Org.), *Strafrechtssystem und Betrug*, Herbolzheim, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretishce und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, De Gruyter, Berlim/Nova York, 1978.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Direitos do homem, ordem pública e segurança nacional. *Revista de Direito Público*, v. 7, n. 30, p. 93-97, jul.-ago. 1974.

SKORUPSKY, John. *Why Read Mill Today?* New York, 2006.

SOBOTA, Katharina. *Das Prinzip Rechtstaat*, Tübingen, 1997.

SPONHOLZ, Liriam. *Hate Speech in den Massenmedien*, Wiesbaden, 2018.

SPOTTSWOOD, Mark. Falsity, Insincerity and The Freedom of Expression, *William & Mary Bill of Rights Journal 16,* 2008.

STEINBACH, Armin. Meinungsfreiheit im postfaktischen Umfeld, *JuristenZeitung (JZ),* 2017.
STONE, Geoffrey. Free Speech and National Security, *Indiana Law Journal 89*, 2009.
SUÁREZ ESPINO, María Lidia. Comentario a la STC 235/2007, de 7 de noviembre, por la que se declara la inconstitucionalidad del delito de negación de genocidio, *InDret* 2, 2008.
SUNSTEIN, Cass. Falsehoods and the First Amendment, *Harvard Journal of Law & Technology* 33, 2020.
SUNSTEIN, Cass. *Conformity*, New York, 2019.
SUNSTEIN, Cass. *Republic – Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton, 2017.
TAVARES, Juarez. Anotações aos crimes contra a honra, *RBCCrim,* v. 94, 2012.
TEICHMANN, Arndt. Der Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber herabwürdigenden Meinungsäußerungen, *Juristenzeigung (JZ),* 11/2020.
TUSHNET, Mark; CHEN, Alan; BLOCHER, Joseph. *Free Speech Beyond Words: The Surprising Reach of the First Amendment*, New York, 2017.
TUSHNET, Mark. The First Amendment and Political Risk, *Journal of Legal Analysis* 4, 2012.
TYULKINA, Svetlana. *Militant Democracy*, London, 2015.
ULLRICH, Inés. *jurisPR-StrafR* 22/2019.
VILHENA VIEIRA, Oscar. *A batalha dos Poderes*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
VILHENA VIEIRA, Oscar. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2017.
VOLK, Klaus. Der Strafschutz für Staatsymbole und die Freiheit der Kunst, *Juristische Rundschau (JR),* 1984.
VOLKMANN, Viktor. *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?* Berlin, 2019.
VON DER DECKEN, Kristin. Art. 5. In: SCHMIDT-BLEIBTREU; HOFMANN; HENNEKE. *GG Grundgesetz*, 14. ed. 2017.
VOSSKUHLE, Andreas; KAISER, Anna-Bettina. Wehrhafte Demokratie, *JuS,* 2019.
WALDRON, Jeremy. *The Harm in Hate Speech*, London, 2012.
WALDRON, Ronald. Hate Speech and Political Legitimacy. In: HERZ; MOLNAR (Orgs.). *The Content and Context of Hate Speech:* Rethinking Regulation and Responses, Cambridge, 2012.
WARBURTON, Nigel. *Free Speech*, Oxford, 2009.
WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. ed. Tübingen, 1980 (1. ed. 1921).
WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*. 11. ed. Berlin, 1969.
WELZEL, Hans. Studien zum System des Strafrechts, *ZStW 58,* 1939.

WILLMS, Günther. *Staatsschutz im Geiste der Verfassung*, Frankfurt am Main, 1962.
WUNDERLICH, Alexandre. *Crime político, segurança nacional e terrorismo*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2020.
ZICK, Timothy. *The Dynamic Free Speech Clause*, Oxford, 2018.
ZILIO, Jacson. Discurso de ódio e Direito Penal, *Revista Justiça e Sistema Criminal* 9, 2017.
ZÖLLER, Mark. § 90b, StGB. In: *Systematisches Kommentar StGB* (SK-StGB), 9. ed. 2019.

Decisões citadas

Supremo Tribunal Federal

STF, ADPF 496, Plenário, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 22.06.2020.
STF, ADPF 572, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 18.06.2020.
STF, ADI 4.551, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 06.03.2019.
STF, Rcl 22.328, Primeira Turma, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 06.03.2018.
STF, RC 1.473, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 14.11.2017.
STF, Pet. 5.735, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.08.2017.
STF, RC 1.472, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 25.05.2016.
STF, Inq. 3.546, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 15.09.2015.
STF, Rcl 1.6434, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, j. 30.06.2014.
STF, Inq 3.555, Plenário, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 21.11.2013.
STF, HC 83.996, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.08.2004.
ADPF 697.
STF, RC 1082, Segunda Turma, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 21.05.1968.
STF, RE 62.731, Plenário, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, j. 23.08.1967.
STF, AC 1445, j. 12.12.1950.

Suprema Corte dos E.U.A

Citizens United *vs*. Federal Election Comission, de 2009.
Texas *vs*. Johnson 491 U.S. 397, 1989.
Buckley *vs*. Valeo, 1976.
Brandenburg *vs*. Ohio, 395 U.S. 444, 447, 1969.
Terminiello *vs*. Chicago, 337 U.S. 1, 37, 1949.
Schenck *vs*. US, 249 U.S. 47, 1919.

Tribunais alemães

BVerfG, Beschluss vom 4. 11. 2009 – 1 BvR 2150/08 (Decisão – Wunsiedel).

BVerfGE 7, 198.
BverfGE 93, 266.
BVerfGE 99, 185.
BVerfGE 75.
BVerfGE, NJW 2017, 1460; [BVerfG NJW 2017, 611].
BVerfG, Beschluss vom 14.6.2019 – 1 BvR 2433/17.
BeckRS 2019, 15126.
BVerfGE 93, 266.
BVerfG NJW 2015, 2022.
BVerfG, 17.05.2016 – 1 BvR 257/14.
BVerfGE, NJW 2019.
BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 19.05.2020 – 1 BvR.
BverfG, Beschl. v. 19.05.2020, Az.: 1 BvR 1094/19.
BVerfG NJW 2017.
BVerG NJW 2012, 1273.
BVerfG NJW 1978, 1047.
BGH NStZ 2018, 589.
BGH HRRS 2016 Nr. 750.
LG Berlin 27. Zivilkammer, Beschluss vom 09.09.2019 – 27 AR 17/19.
LG Bamberg NJW 1953, 675 e ss.
OLG Düsseldorf NJW 1980.

Corte Europeia de Direitos Humanos

Lingens *vs*. Austria (Application no. 9815/82).
Janowski *vs*. Polônia (Application no. 25716/94).
Oberschlick *vs*. Austria Nr. 1 – Application n. 11662/85.
Oberschlick *vs*. Austria Nr. 2 – Application n. 20834/92.
EON v. França – Application no. 26118/10.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Herrera Ulloa *vs*. Costa Rica, 2004 Inter-Am.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Lei de Segurança Nacional e a nova ordem constitucional, de Silvana Di Napoli – *RT* 1028 (DTR\2021\8934); e
- O *locus* e a razão do direito penal do inimigo: o estado de exceção e a razão de estado, de Mateus P. Gomes e Airton Aloisio Schutz – *RT* 1027/301-322 (DTR\2021\7891).

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

B

BRANCO, Fernando Oscar Castelo
- A criminalização do não recolhimento de ICMS próprio declarado: considerações sobre as novas diretrizes do STJ e do STF, p. 121

BUDÓ, Marília de Nardin
- Nuvem de poeira: a experiência das vítimas ocupacionais e ambientais da indústria do amianto em Osasco-SP, p. 229

C

CHAVES JUNIOR, Airto
- O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), p. 163

CORRÊA, Eduardo Pitrez de Aguiar
- O direito penal comparado na era da política criminal transnacional: ressignificação, subversão e resistência, p. 105

CRESPO, André Pereira
- "Nunca pratiquei crime, *só* Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher, p. 261

D

DIAS, Daison Nelson Ferreira
- Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will* e *free won't* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação, p. 17

G

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires
- A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal, p. 69

K

KHALED JR., Salah H.
- O direito penal comparado na era da política criminal transnacional: ressignificação, subversão e resistência, p. 105

L

LEITE, Alaor
- Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro, p. 385

LYRA, José Francisco Dias da Costa
- A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal, p. 69

M

MACHADO, Bruno Amaral
- "Nunca pratiquei crime, *só* Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher, p. 261

P

PÁDUA, Thiago Aguiar de
- O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), p. 163

PAULA, Leonardo Costa de
- O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), p. 163

R

REALE JÚNIOR, Miguel
- Nota técnica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM sobre a revogação da Lei de Segurança Nacional (Lei 7170/83) e atualidade dos debates em curso na Câmara dos Deputados, p. 319

REALE JÚNIOR, Miguel
- Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil, p. 333

S

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires
- Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato, p. 191

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da
- Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will* e *free won't* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação, p. 17

SILVEIRA, Alexandre Marques
- Nuvem de poeira: a experiência das vítimas ocupacionais e ambientais da indústria do amianto em Osasco-SP, p. 229

SOUZA, José Carlos Cardoso
- A criminalização do não recolhimento de ICMS próprio declarado: considerações sobre as novas diretrizes do STJ e do STF, p. 121

T

TEIXEIRA, Adriano
- Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro, p. 385

W

WEIS, Valeria Vegh
- ¿Qué es la selectividad penal?, p. 293

WUNDERLICH, Alexandre
- Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil, p. 333

TEMAS

A

Americanização - O direito penal comparado na era da política criminal transnacional: ressignificação, subversão e resistência, p. 105

Amianto - Nuvem de poeira: a experiência das vítimas ocupacionais e ambientais da indústria do amianto em Osasco-SP, p. 229

Apropriação Indébita Tributária - A criminalização do não recolhimento de ICMS próprio declarado: considerações sobre as novas diretrizes do STJ e STF, p. 121

Argentina - ¿Qué es la selectividad penal?, p. 293

Artigo 563 do Código de Processo Penal - O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), p. 163

Audiências de custódia - "Nunca pratiquei crime, *só* Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher, p. 261

C

Colaboração Premiada - Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato, p. 191

Comportamento humano - Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will e free won´t* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação, p. 17

Constituição Federal

- Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil, p. 333

- Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro, p. 385

Constituição penal - A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal, p. 69

Convenções penais - O direito penal comparado na era da política criminal transnacional: ressignificação, subversão e resistência, p. 105

Crimes dos poderosos - Nuvem de poeira: a experiência das vítimas ocupacionais e ambientais da indústria do amianto em Osasco-SP, p. 229

Criminalización primaria – ¿Qué es la selectividad penal?, p. 293

Criminalización secundaria – ¿Qué es la selectividad penal?, p. 293

D

Dano social - Nuvem de poeira: a experiência das vítimas ocupacionais e ambientais da indústria do amianto em Osasco-SP, p. 229

Direito penal

- Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will e free won't* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação, p. 17

- Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro, p. 385

Direito penal comparado - O direito penal comparado na era da política criminal transnacional: ressignificação, subversão e resistência, p. 105

Distrito Federal - "Nunca pratiquei crime, *só* Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher, p. 261

E

Estado de Direito

- Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil, p. 333

- Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro, p. 385

H

Harmonização - O direito penal comparado na era da política criminal transnacional: ressignificação, subversão e resistência, p. 105

I

ICMS próprio - A criminalização do não recolhimento de ICMS próprio declarado: considerações sobre as novas diretrizes do STJ e STF, p. 121

Infra-criminalización - ¿Qué es la selectividad penal?, p. 293

Interpretação restritiva - A criminalização do não recolhimento de ICMS próprio declarado: considerações sobre as novas diretrizes do STJ e STF, p. 121

L

Lawfare - Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato, p. 191

Lei de Segurança Nacional

- Parecer sobre a Lei de Segurança Nacional e a defesa do Estado de Direito no Brasil, p. 333

- Parecer – Defesa do Estado de Direito por meio do Direito Penal: a experiência comparada e o desafio brasileiro, p. 385

Libet - Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will e free won´t* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação, p. 17

Livre não-querer - Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will e free won´t* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação, p. 17

Livre-arbítrio - Benjamin Libet: do *Bereitschaftspotential* à teoria dualística *free will e free won´t* e sua repercussão na culpabilidade como juízo de reprovação, p. 17

M

Maxiprocessos - Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa

dos termos celebrados na Operação Lava Jato, p. 191

N

Não recepção constitucional - O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), p. 163

Nulidade - O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), p. 163

O

Operação Lava Jato - Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato, p. 191

P

Pas de nullité sans grief - O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), p. 163

Pesquisa empírica documental - Disposições *extra* e *contra legem* nos acordos de Colaboração Premiada no Brasil: análise qualitativa dos termos celebrados na Operação Lava Jato, p. 191

Política criminal - A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal, p. 69

Política criminal transnacional - O direito penal comparado na era da política transnacional: ressignificação, subversão e resistência, p. 105

Políticas públicas - "Nunca pratiquei crime, *só* Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher, p. 261

Prejuízo - O prejuízo da "regra do prejuízo": a não recepção constitucional do art. 563 do Código de Processo Penal (*pas de nullité sans grief*), p. 163

Princípios constitucionais penais - A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal, p. 69

S

Selectividad penal - ¿Qué es la selectividad penal?, p. 293

Sobre-criminalización - ¿Qué es la selectividad penal?, p. 293

T

Teste de proporcionalidade - A força do teste de proporcionalidade no direito penal: ou a proporcionalidade como limite constitucional ao programa de política criminal estatal, p. 69

V

Violência contra a mulher - "Nunca pratiquei crime, *só* Lei Maria da Penha": as audiências de custódia e o enfrentamento à violência contra a mulher, p. 261

Vitimização ambiental - Nuvem de poeira: a experiência das vítimas ocupacionais e ambientais da indústria do amianto em Osasco-SP, p. 229

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- *Nome*: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- *Responsável*: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- *Formato*: impresso (Editora Thomson Reuters)
- *Ano de criação*: 1992 (sem interrupções)
- *Periodicidade*: mensal
- *Recebimento de manuscritos*: fluxo contínuo e editais especiais
- ***ISSN***: 1415-5400
- ***Qualis:*** A1

2. Linha editorial

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções:**

a. *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b. *Processo Penal;*

c. *Crime e Sociedade.*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção Direito em Ação - Comentário

Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

3. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço revista@ibccrim.org.br e mediante o preenchimento do formulário http://bit.ly/30JjvSo. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

3.1. Condições para submissão

a. É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b. O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações.

c. Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na internet; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d. Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e. Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f. Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano.

g. Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

4. Elementos formais obrigatórios

a. Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b. Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c. Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e. Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f. Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g. A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h. Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i. A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j. O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k. A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l. Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m. As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). 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, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

5.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a. Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir:

a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

b. Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c. Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d. Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e. Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f. Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g. Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h. Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf.

- Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

5.2. Reponsabilidade editorial

a. O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b. O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c. O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d. Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

5.3. Política de Privacidade

a. Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b. Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c. Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d. A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e. Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

6. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

a. Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b. Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c. Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d. As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço.
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;

- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista.
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros.
- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e. A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

7. Processo de avaliação e publicação

a. Controle preliminar formal *(desk review):* Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:
   1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
   2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
   3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
   4. O trabalho é inédito?
   5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
   6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b. Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c. No curso da avalição por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos

excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

d. Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.

e. Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

8. DIREITOS AUTORAIS

Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

9. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

10. Critérios de espera e preferência para publicação

a. A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b. Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância.

c. Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação.

d. Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada.

e. Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras.

f. Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro.

g. Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h. Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão

do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i. Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

10.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.*

10.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review)*.

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação**.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastra por meio do seguinte link: https://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/viewform?edit_requested=true.

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer,* sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terão direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a. possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b. Possui número de registro ORCID;

c. possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d. possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e. atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar

que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que se atente à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre** no **prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc*,** tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. Pressupostos de integridade ética aos avaliadores

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. Princípios para uma boa avaliação[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

I. **Comece ressaltando os pontos positivos:** iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

II. **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

III. **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

IV. **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

V. **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou "como evitar uma rejeição preliminar")

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.

✓ O formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? http://bit.ly/30JjvSo

✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?

✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**

✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências?**

✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?

✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?

✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**

✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?

✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?

✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

modelo

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.