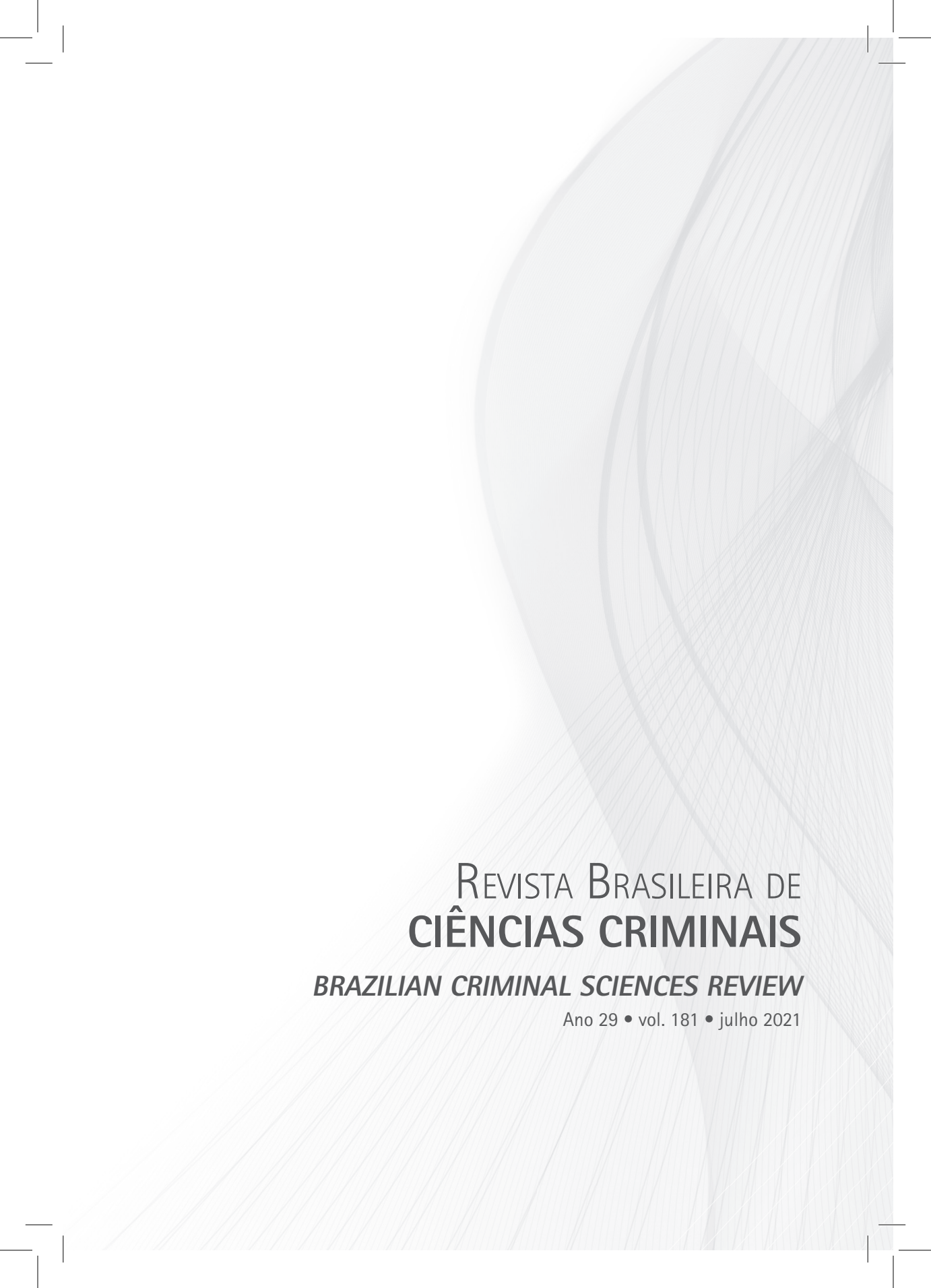


The background of the cover features a large, light gray circle on the right side, with numerous thin, curved lines radiating from its center towards the bottom left corner. The text is positioned in the lower half of the page, centered horizontally.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 181 • julho 2021

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 181 • julho 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.(Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)
Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)
Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)
Cornelius Prittwitz (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 Cecilia Garcia (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)
Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)
Iasevoli Clelia (Università Degli Studi di Napoli – Itália)
Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)
Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)
Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)
Jésus-Maria Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)

João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)
José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)
José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)
Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)
Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)
Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)
Leandro Ayres França (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)
Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)
Maria Paz Arenas Rodríguez (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)
Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)
Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Marina Pinhão Coelho 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 Caieiro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Olga Spinoza (Universidad de Chile – Chile)
Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)
Raúl Cervini (Universidad da República del Uruguay – Uruguay)
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)

Antonio José Franco de Souza Pêcego (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG – Uberlândia/MG)
Camila Prando (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)
Clarissa Pepe Ferreira (Universidade de Málaga – Espanha)
Criziany Machado Felix (URCAMP – Alegrete/RS)
Diogo Valério Félix (Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR – Maringá/PR)
Emerson Oliveira do Nascimento (Universidade Federal de Alagoas – Maceió/AL)
Flávio Bortolozzi Junior (Universidade Positivo – Curitiba/PR)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)
Humberto Soares de Souza Santos (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Indaia Lima Mota (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Jackson Zilio (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Jaqueline Signoretto (Universidade Federal de São Carlos – São Carlos/SP)
João Guilherme Leal Roorda (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Leonardo Massud (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ – Ijuí/RS)
Maira Brito (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)
Marco Aurélio Florêncio Filho (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Marcos Eugênio Melo (Pontifícia Universidade Católica do Rio

Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Maria Angélica Leal (Universidade La Salle – Canoas/RS)
Marília de Nardin Budó (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC)
Neemias Moretti Prudente (Instituto Paranaense de Ensino – Curitiba/PR)
Ney Fayet de Souza Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Ney Menezes de Oliveira Filho (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Paulo César Busato (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Renan Barboza de Faria (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Rosana Alves Gama Souza da Silva (Instituto Federal Fluminense – Campos dos Goytacazes/RJ)
Samyle Regina Matos Oliveira (Universidade Tiradentes – Tiradentes/SE)
Taiguara Libano Soares e Souza (IBMEC-RJ/UFF – RJ)
Taysa Matos do Amparo (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Thais Lemos Duarte (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Theodoro Balducci de Oliveira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Tiago Caruso (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Vilobaldo Cardoso Neto (Universidade Tiradentes – Tiradentes/SE)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Antonio Martins (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Celina Maria Colino Magalhães (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Daniel Soares de Jesus Pinheiro (Universidade La Salle – Canoas/RS)
Gabriel Marson Junqueira (Centro Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP)
Jackson Zilio (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
José Luis Guzmán Dalbora (Universidad de Valparaíso – Uruguai)
Lauro Francisco da Silva Freitas Junior (Universidade da Amazônia – UNAMA – Manaus/AM)
Maria Lucia Karam (LEAP – Brasil)

Nayara Rodrigues Medrado (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Paula Danielle Palheta Carvalho (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Poliana da Silva Ferreira (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)
Rodrigo José Leal (Universidade Regional de Blumenau – Blumenau/SC)
Rubens Pacheco (Universidade Federal de Sergipe – Aracaju/SE)
Vitor Bartoletti Sartori (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)

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. 181 • julho 2021

Coordenação (editor-chefe)

SALO DE CARVALHO

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 181 • julho 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.

© 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: sacr@thomsonreuters.com

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

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

Acesse o nosso eComm
www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [07-2021]

Profissional

Fechamento desta edição: [27.05.2021]





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 Stanzola 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

OUIDORA

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE - BOLSAS E CONTRIBUIÇÕES ASSO-

CIATIVAS

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 E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Anderson Fernandes Campos

Helen Christo

Natali de Lima Santos

NÚCLEO DE COMUNICAÇÃO

SUPERVISÃO

Douglas Calixto

EQUIPE

Adriana Peres Almeida Santos

Harumi Visconti

Rodrigo Pastore

NÚCLEO DE EDUCAÇÃO

SUPERVISÃO

Andreza Martiniano da Silva

EQUIPE

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 181 • julho 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 Moraes, 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 Kfour

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

Pena natural y conmensuración de la pena <i>Natural penalty and sentencing process</i> JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA	15
"Lei anticrime" (Lei 13.964/2019): impactos penais <i>"Law anticrime" (Law 13,964 / 2019): criminal impacts</i> MARIA LUCIA KARAM, ANTONIO MARTINS e JACSON ZILIO.....	37
O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina <i>societas delinquere non potest</i> <i>The criminal spanish law sinuous path to overcoming the societas delinquere non potest doctrine</i> RODRIGO JOSÉ LEAL.....	59

CRIMINOLOGIA

A desnaturalização do punitivismo penal e a ressignificação da ofensa sob a égide restaurativa <i>The denaturalization of penal punitivism and the resignification of the offense under the aegis of restoration</i> DANIEL SOARES DE JESUS PINHEIRO.....	93
Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo "corrupção", constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia <i>Notes on the content and extension of the term "corruption", contained in art. 83 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union</i> GABRIEL MARSON JUNQUEIRA	117

A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere

Incarcerated old age: literature review on aging in prison

LAURO FRANCISCO DA SILVA FREITAS JUNIOR, CELINA MARIA COLINO
MAGALHÃES e PAULA DANIELLE PALHETA CARVALHO 145

Entre o indissociável e o inacessível: o que nos ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial?

Between the inseparable and the inaccessible: what do studies on criminal justice and racial inequality teach us?

POLIANA DA SILVA FERREIRA..... 163

A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental

The applicability of restorative justice for cases involving offenders with mental illness

RUBENS PACHECO..... 195

Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx

Notes on crime, Criminal Law and pauperism in Marx

VITOR BARTOLETTI SARTORI e NAYARA RODRIGUES MEDRADO..... 229

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES..... 275

TEMAS..... 277

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS..... 281

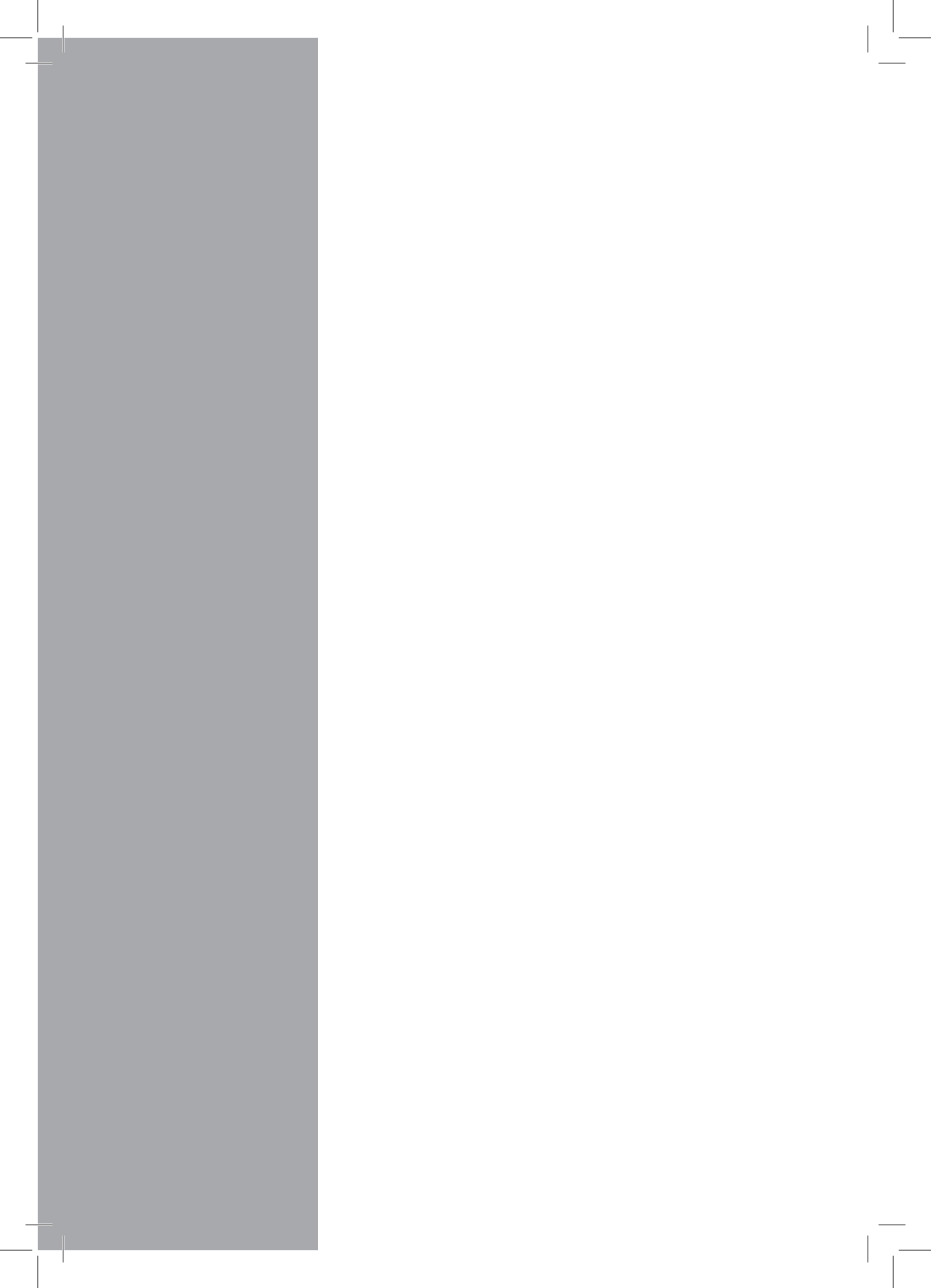
DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS

CRIMINAIS..... 293

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)..... 299

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the page, where it appears to be a close-up of a larger, curved surface.

Direito Penal



PENA NATURAL Y CONMENSURACIÓN DE LA PENA

NATURAL PENALTY AND SENTENCING PROCESS

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Profesor titular de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía moral y jurídica en la Universidad de Valparaíso. Investigador responsable y Subdirector del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho penal (CIFDE) de la misma Universidad.

joseluis.guzman@uv.cl

AUTOR CONVIDADO

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Filosofia

RESUMEN: La Filosofía general ha descartado durante siglos que la llamada pena natural pueda ser considerada en la pena judicial. Sin embargo, esta situación cambia gracias al pensamiento de Rousseau y la obra de algunos penalistas de la época del Iluminismo. El artículo procura fundar la relevancia de la pena natural en el proceso de conmensuración de la pena judicial, usando como base el concepto moral de compasión y la idea jurídica de la humanidad.

PALABRAS CLAVE: Pena – Conmensuración de la pena – Humanidad – Compasión.

ABSTRACT: General Philosophy has denied for centuries that the so-called natural penalty can be considered in the judicial penalty. However, this situation changes thanks to the thought of Rousseau and the work of some criminalists of the Enlightenment era. The article seeks to establish the relevance of natural punishment in the sentencing process, using as a basis the moral concept of compassion and the legal idea of humanity.

KEYWORDS: Penalty – Sentencing process – Humanity – Compassion.

SUMÁRIO: 1. Antigüedad de la pena natural y su incardinación frustrada en el sistema penal. 2. Los factores de conmensuración de la pena. 3. Compasión, humanidad, pena. 4. Proyección dogmática del dolor anejo a la causalidad inversa del delito. 5. Bibliografía.

1. ANTIGÜEDAD DE LA PENA NATURAL Y SU INCARDINACIÓN FRUSTRADA EN EL SISTEMA PENAL

La estimación jurídica de la pena natural, que en los últimos años levanta interés doctrinal y suscita modificaciones legales que le conceden algún valor en la modulación de la responsabilidad por causa de delito, en verdad no constituye un aporte inédito de nuestro tiempo a la reforma del sistema punitivo.

El pensamiento jurídico del siglo XVIII se ocupó del asunto, aunque hubo de llegar a conclusiones desemejantes de la tradición filosófica sobre el particular. Contrariamente a una suposición muy difundida entre los criminalistas hodiernos, la filosofía fue de antiguo refractaria a considerar como pena judicial menoscabos personales del delincuente resultantes de su propio obrar delictuoso y, en consecuencia, tampoco se planteó siquiera la posibilidad de descontarlos en la intensidad o extensión de la sanción impuesta por el juez. El orden intrínseco del cosmos o la naturaleza de las cosas, según el saber presocrático y la ideología estoica, respectivamente, saben hallar por sí solos el medio de ajuste de los contrastes existentes en la realidad, cuyo último sentido ama ocultarse del horizonte humano¹. Así, el daño que causamos a otros nos vuelve a nosotros mismos, sea en el cuerpo, sea en el ánimo, sin que ello deba interesar ni pedir socorro a la justicia de los hombres². Semejante pensamiento late en la frase agustiniana de que el ánimo desordenado es su propio castigo, una ley impuesta por Dios, no por los hombres, luego reproducida en refranes populares, como el españolísimo «dios castiga sin piedra ni palo» o el germánico «la naturaleza se venga».

En la Escolástica la idea se afina más. Conforme a Tomás de Aquino, el pecado del hombre, aun castigado por el remordimiento de conciencia y el orden universal del régimen divino, deja subsistente el reato a la pena, esto es, la obligación de sufrir un castigo por haber pervertido el ordenamiento humano³. La tríplice sanción, dictada por los tres órdenes —racional, divino y social— a que está sometida la voluntad y, por otra parte, la

1. “Lo que se opone coopera, y de lo divergente procede la armonía más bella, y la lucha engendra todas las cosas”, que “las mayores desgracias obtienen los mayores dones”, famosos fragmentos de Heráclito, forman parte del orden del mundo, de una “razón (o inteligencia universal) que dirige todo por medio del todo”. Citados según la traducción de Weil (1961), pp. 135, 136 y 137, y con la glosa de Gomperz (2000), p. 116.
2. Como en el mito de las Erinias, el castigo divino de la injusticia, fuente remota de la pena natural. Para Hesíodo, “a los que se entregan a la injuria, a la busca del mal y a las malas acciones, Zeus que mira a lo lejos, el Cronida, les prepara un castigo”, y “se hace daño a sí propio el hombre que se lo hace a otros”. Demócrito escribió que si el cuerpo pudiera poner pleito al alma, de buena gana la condenaría por sus descuidos y desenfrenos. Incluso Lucrecio, tras observar sagazmente que el temor de las penas humanas macula los placeres de la vida, anota que las ofensas suelen recaer sobre el mismo ofensor y su culpa acaba por traicionarle, sea hablando en sueños, sea desenmascarándose en un delirio febril. Hesíodo (1974), pp. 34 y s.; Demócrito (2009), p. 165; Lucrecio (2006), p. 509.
3. Santo Tomás de Aquino (2006), pp. 669-670.

independencia del castigo del delito con respecto de los males sufridos por el individuo que incurre en lo que no quiere buscando lo que quiso, se corresponden con la afirmación tomista, pero cuya última raíz es aristotélica, de que todo castigo es contra la voluntad del que lo padece⁴.

Despojada de sus conexiones teológicas, la última observación es correctísima. Es más, durante la Edad moderna suministraría uno de los elementos de la definición filosófica de la pena jurídica, parcialmente adelantado por Alfonso de Castro (en 1550) con la característica de *inflicta*, o sea, ser toda pena una sanción impuesta por poder legítimo — de Dios o del juez, en sentir del teólogo franciscano —, poder que en el *Leviatán* de Hobbes se reduce a la autoridad pública, y redondeado a finales del siglo XVIII en la obra del penalista por antonomasia de la Ilustración, Manuel de Lardizábal y Uribe, según el cual es pena el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, lo que quiere decir en ejecución de una sentencia judicial. No extraña que el filósofo inglés y el jurisconsulto español descarten los castigos naturales o divinos del número de las penas, precisamente porque no fueron irrogados por la autoridad social⁵. Lo mismo se lee en Kant a propósito de la pena judicial o forense, “distinta de la natural (*poena naturalis*), por la que el vicio se castiga a sí mismo y que el legislador no tiene en cuenta en absoluto”⁶, y llega hasta nuestros días en el concepto filosófico-jurídico de este elemento universal del Derecho punitivo. En efecto, para la Filosofía del Derecho la pena es una especie de sanción jurídica de carácter público que el respectivo ordenamiento considera como la de mayor gravedad⁷. Siendo así, tienen que resultar ajenos a su concepto males sobrehumanos u obra del azar, desproporcionados, inconmensurables, sólo asociados causalmente a la conducta del autor y no imputables al quebrantamiento de una regla jurídica de conducta⁸.

Si grande es nuestra deuda intelectual con la filosofía de los siglos XVI-XVIII en la inteligencia lógico-abstracta del punto de partida de todo sistema penal, mucho tenemos que agradecer también a los juristas del Iluminismo en el presente tema. Éstos concibieron los principios y ayudaron a construir los miembros concretos del sistema penal de los albores del mundo contemporáneo, como es sobradamente conocido. Además, intervinieron en los factores que inciden en la modulación de las puniciones, lo que en nuestros días se llama proceso de conmensuración de la pena. Es interesante observar cómo ellos, que tenían que vérselas con el cúmulo abigarrado de causas establecidas por leyes o creadas por el uso judicial en la configuración de las penas extraordinarias del Derecho común, con todo su empeño de ceñirlas a un catálogo manejable, fundado en la gravedad concreta de los maleficios, no dejaron de recomendar que el juez aprecie como motivo

4. Santo Tomás de Aquino (2018), pp. 110-111 y 116. Véase también Finnis (2019), p. 272.
5. De Castro (1962), p. 33; Hobbes (2014), pp. 265 y 266, y Lardizábal (2001), pp. 20 y 21.
6. Kant (1989), p. 166.
7. Acerca de esta definición y sus componentes, Guzmán Dalbora (2008), pp. 28-32.
8. Sprötte (2013), pp. 1, 24 y 25.

atenuante en la sanción del delito el sufrimiento que el hecho causó al hechor, incluso transformándola en otra más benigna cuando quiera que la gravedad de la pena viniese a depender exclusivamente de circunstancias personales del delincuente. Este criterio, que propugnaron Feuerbach y Klein⁹, amén del fundador de la estética moderna, Baumgarten, parece haber gozado de predicamento a la sazón. La enemiga que le mostrarían otros criminalistas obedece a que la pena «natural», según el aprendizaje ya adquirido de la filosofía moderna, no es conceptualmente hablando una pena¹⁰.

Llamamos pena natural los *daños y pérdidas graves e irreparables que el sujeto activo, o personas a él muy próximas por vínculos familiares, de amor o amistad, sufre como efecto directo del proceso ejecutivo de uno o varios delitos*. Mantenemos la designación habitual, sin pretender reemplazarla por otra que disimule los problemas definitorios, a sabiendas de que no es una *pena*, concepto normativo que nada posee de natural y cuyas proyecciones empíricas —tampoco naturales, porque son consecuencias buscadas con las penas o, a lo menos, toleradas por el legislador como secuelas inevitablemente unidas a su objeto jurídico— recién aparecen en la etapa de ejecución¹¹. Pero que su esencia la substraiga del aparato de sanciones punitivas no significa que brinde una información irrelevante para la aplicación de éstas. La pena natural se parece a los elementos descriptivos de los tipos, los cuales, pese a ser elaborados por ciencias extrajurídicas, demandan un trabajo conceptual de segundo grado, que con tales elementos realiza la teoría jurídica del delito, para una adecuada comprensión y subsunción. Por cierto, esta labor normativa incumbe aquí a la teoría de la pena, siquiera se complique mucho más que en la doctrina jurídica del delito. Todo en la pena natural, desde su concepto y contenido, pasando por su fundamento y naturaleza, hasta la cuestión de su extensión y sus límites, concita discrepancias en la dogmática de los países que la regulan legalmente, no menores en la política criminal de los que carecemos de una previsión positiva¹². De este borrascoso ambiente sobresale el fracaso de las teorías ensayadas para asignarle una naturaleza jurídica precisa y, con ello, un lugar en el sistema científico del delito. Las principales la asocian a la anti-juridicidad o la culpabilidad, sólo que a conceptos muy dilatados de tales requisitos de la

9. Klein (1796), p. 129, es sumamente expresivo. Reclama que el “tormento” que le provocó su delito se considere por lo menos para no agravar la pena que sin él correspondería al delincuente. Feuerbach (1989), p. 108, sigue a Klein y considera este factor como causa general de atenuación según “la legislación positiva”, aunque no indica cuál.
10. Nagler (1970), p. 45, cita los pareceres adversos de Hommel, Kleinschrod, Tittmann y Henke. Lo mismo se leía en Hugo Grocio (1925), p. 59, a propósito de la célebre definición de la pena como un mal de pasión, y, muy avanzado el siglo XIX, aparece en la obra de Carrara (1993), p. 279.
11. Un muy buen trabajo reciente de Ruiz Miguel (2018), p. 9, precave contra la tenebrosa índole de la pena natural, porque “si es pena no es natural, y si es natural no es pena”, salvo en una concepción teleológica o animista de la naturaleza que atribuya un propósito misterioso a las relaciones de causalidad.
12. Hacemos gracia al lector de estos pormenores, que hallará resumidos en la monografía de Besio Hernández (2011), p. 453. Como sea, algo se dirá al respecto en el último apartado de este trabajo.

infracción penal; otras, la incardinan en la punibilidad o necesidad de pena de un hecho típico, antijurídico y culpable que, sin embargo, parece equivocado castigar por defecto de pronósticos desfavorables de repetición de delitos análogos; las hay también que recelan de la proporcionalidad y, en definitiva, la racionalidad de un castigo impuesto a ultranza —algo de que están llenos los recovecos oscuros de los anales judiciales, sin olvidar su reflejo artístico en la novela y el cine¹³—, o de su igualdad y, por último, las mejor orientadas apelan a razones de humanidad para ahorrar a los infelices dañados por el hado de una justicia ciega, el daño que les reserva el rostro vidente de la justicia humana.

No es nuestra intención repasar estas doctrinas ni volver por nuestra cuenta sobre sus debilidades. Consideramos más proficuo retomar el camino sugerido por los juristas del siglo XVIII, situando la pena natural en el sistema de los factores de conmensuración de la penalidad. Este emplazamiento no implica prejuzgar sobre la naturaleza jurídica que ella tampoco posee y por cuya suposición naufragan aquellas doctrinas. Al contrario, la ubicación propuesta ayuda a desbrozar el camino de concepciones descaminadas y, en llegando a la que parece correcta, remontarnos al fundamento de la esquivada categoría, que yace en la compasión. Sin ésta la convivencia jurídicamente regulada, es más, la propia existencia de los hombres sobre la faz de la tierra, sería imposible o, cuando menos, inconciliable con un elemento constitutivo de la condición humana.

2. LOS FACTORES DE CONMENSURACIÓN DE LA PENA

La conmensuración de la pena consiste en el proceso por el cual la abstracta previsión de la ley —la penalidad— es adaptada y concretada respecto de un hecho delictuoso singular, escogiéndose para éste la magnitud precisa dentro de las posibilidades comprendidas en los márgenes de aquélla, según el grado de injusto y de culpabilidad de ese suceso. Este *iter* comprende la eventual substitución de la magnitud, si así lo solicitan la entidad precisa del delito o ciertos principios rectores del derecho de castigar del Estado, posibilidad que ciertos especialistas denominan conmensuración en sentido amplio¹⁴.

Las tres operaciones comprendidas en el proceso, a saber, la formación de la penalidad concreta, su graduación precisa y, finalmente, las vicisitudes de la pena en la propia sentencia de condena o durante el cumplimiento, son de naturaleza valorativa y tienen un carácter cualitativo, por más que requieran la formulación de juicios métricos de valor, el complicadísimo ejercicio de traducir en cantidades la magnitud ideal de las

13. Tenemos en mente la novela *La tregua*, de William Faulkner, y el filme *Senderos de gloria*, dirigido por Stanley Kubrick, ambos interesantes para la Criminología de la guerra y la burocrática barbarie de los tribunales militares.

14. Nombre debido a Bruns (1974), pp. 38-46, del que disintimos porque la conmensuración de la pena es función siempre cualitativa, incluyendo la que el criminalista alemán califica de graduación en sentido estricto, y porque su sentido teleológico se mantiene en todas sus fases, en vez de desmembrarse en las dos especies que diseña este autor.

valoraciones¹⁵. Asimismo, en ellas comparecen ciertos factores, concausas que contribuyen con los elementos graduables del delito al ajuste de los márgenes de la penalidad, a fijar la cantidad de pena o reemplazarla por otra o algo distinto. Estos factores de conmensuración, en la medida que respondan a un sistema, a la unidad de conocimientos derivada de una misma idea —que la pena es la proyección de todos los elementos de la infracción penal y del Derecho punitivo en su conjunto—, pueden ser clasificados en dos grandes grupos, al hilo de los cuales nos ocuparemos del enigma de la pena natural.

Primero, los *factores directos*, que llamamos así porque descienden de los únicos elementos graduables del delito, la antijuridicidad y culpabilidad, que son conceptos clasificatorios y ordenadores a la vez. Tanto en sede de lo injusto como en materia de culpabilidad estos factores pueden incidir inmediatamente en el elemento respectivo, como una modificación simple de su substancia, o bien ejercer su influencia a través de un rodeo por las causas de justificación o inculpabilidad, cuando se presenten algunos, pero no todos los requisitos de estas eximentes. Es la graduación mediata, de que regalan un paradigma las eximentes incompletas de los Códigos español (art. 21, 1^a), peruano (art. 21), uruguayo (art. 41, 1º y 2º) y chileno (art. 11, 1º).

Pues bien, la pena natural no se adecua a la conmensuración directa de la pena judicial ni se parece a ninguno de los factores de su género, mediatos o inmediatos¹⁶.

En el Derecho comparado la antijuridicidad se modula en virtud de una plétora de factores atinentes a la calidad de autor o partícipe en ciertos delitos (omisivos, especiales, la misma complicidad), la infracción de deberes particulares del sujeto activo, la conducta de la víctima, las modalidades y circunstancias de la ejecución y, en general, la mayor o menor extensión de las consecuencias antijurídicas del hecho. Ninguna forma conocida de degradación simple de la antijuridicidad se condice con los perjuicios personales que padeció el delincuente en su dudosa hazaña. La razón del impedimento es doble, legal y filosófica. El principio de legalidad de delitos y penas prohíbe que se opere con un *objeto* del juicio de antijuridicidad en los primeros y otro más extenso en las segundas, uno disonante del resultado típico y capaz de abarcar mermas suplementarias

15. La lógica axiológica conoce tres clases de juicios, uno clasificatorio, otro comparativo y métrico el último. Los tres intervienen en la conmensuración de la pena. El juicio clasificatorio consiste en dividir los miembros de un conjunto de objetos en valiosos, disvaliosos o sin valor; el juicio comparativo contrasta el valor de tales objetos, jerarquizándolos como más, menos o igualmente valiosos entre sí; finalmente, el juicio métrico transforma el objeto valorado o desvalorado en una unidad numérica. Cfr. Kutschera (1973), p. 85, y Alexy (2008), pp. 120 y 121.

16. De hecho, tampoco hay analogía parcial entre ella y ninguna circunstancia atenuante nominada, aun en los Códigos que conocen catálogos amplísimos de causas de atenuación, como el de Austria, que, dicho sea de pasada, por algo la nombra explícitamente hace algunos años en el número 19 del parágrafo 34. Los juristas austríacos la separan de las demás causas de atenuación, incluso la reparación del daño y la duración desmedida del proceso penal, con las que tampoco tiene nada que ver. Cfr. Seiler (2017), pp. 67-68. En España, el sector que se resiste a considerarla una atenuante por analogía aduce que en las atenuantes nominadas no hay descrito ningún supuesto de hecho semejante al de la pena natural. Cfr. Manjón-Cabeza Olmeda (2008), pp. 1142.

de la víctima o de terceros, aunque estén causalmente conectadas con el hecho punible y fuesen previsibles para el autor¹⁷. La razón filosófico-jurídica denuncia la heterogeneidad de la pena natural comparada con el *contenido* del juicio de antijuridicidad. Sea que lo injusto consista en una infracción normativa, la ofensa de bienes jurídicos, la lesión de intereses individuales, un daño social o un acto en pugna con la justicia, sólo por nombrar algunas de las teorías que ofrece la iusfilosofía punitiva, en todo caso la relación de contradicción con el Derecho tiene un sujeto agente que obra contra otros, nunca contra sí. Este terreno está reservado al anfiteatro de la conciencia, la platea interior en que hablan las normas morales.

El juicio filosófico-jurídico que rechaza a la pena natural de la doctrina de la antijuridicidad se percibe mejor en la degradación compleja del tercer elemento del delito. Pensemos en la legítima defensa. Es antijurídico, pero de ilicitud reducida, haber cometido un hecho típico precedido de una provocación *proporcionada o injusta* (artículos 11, 2°, del Código chileno, y 72, 2, b, del Código portugués, respectivamente)¹⁸. La mengua de antijuridicidad en la reacción del provocado la determina la conducta provocadora, en un vínculo bilateral de posiciones contrapuestas. Algo no muy diferente se asoma en los argumentos que permitieron arrumbar al museo de las antigüedades la doctrina que divisó antaño la razón de ser de la impunidad de la defensa legítima en haberse producido ya la retribución del mal del agresor con el mal que le causó el agredido, por lo cual fulminar una pena al defensor implicaría un nuevo mal¹⁹. Es que el defensor ejerce un derecho preventivo, nunca sancionatorio, se objetó entonces, y el daño que sufrió el agresor no veda perseguirle penalmente por el delito que intentó o consumó, porque el «mal» individual no tiene que ver con el «mal» social de la pena, salvo en un punto: que ambos son perfectamente lícitos y, por tanto, es incorrecto estimarlos jurídicamente males. ¿Cómo, pues, se podría descontar del injusto imputable al delincuente la licitud de lo que actuó la víctima en su reacción defensiva?

17. Ampararlas con el consuelo de que respetan los principios de causalidad y de culpabilidad no cancela una infracción manifiesta de la función de enlace del acto delictuoso. La culpabilidad se predica de resultados que la ley califica de típicamente antijurídicos, a lo sumo aquellos capturados por reflejo en la norma que subyace a los tipos, como observa Ziffer (1996), p. 124. Al margen de ese campo queda el castigo natural del delito, un mal extratípico, maguer las alegaciones en contrario del valioso estudio, pionero en Chile, de Bobadilla (2016), p. 607, en su empeño de insertar derechamente la pena natural en el “mal producido por el delito” (artículo 69 del Código penal de 1874).

18. Acerca de la pertenencia de la provocación previa a la teoría de la antijuridicidad, cfr. Antón Oneca y Rodríguez Muñoz (1949), p. 337; Rivacoba y Rivacoba (1989), p. 204, y Serrano Maíllo (1996), pp. 122 y ss. En Portugal, Figueiredo Dias (1993), p. 246.

19. La teoría se debe a Geyer, y su refutación, a Fioretti. Cfr. Jiménez de Asúa (1952), pp. 58-59.

Tampoco la culpabilidad se presta a ser «compensada» con la pena natural, cual pre-textan algunos escritores²⁰. La pena natural no condiciona una reducción simple de este componente, como los errores evitables o los motivos dignos de humana comprensión, ni participa en la degradación compleja de la imputabilidad disminuida, las situaciones propincuas al estado de necesidad exculpante, los estados de coerción que no alcanzan la coacción moral, las fases iniciales del miedo o la suposición falaz pero superable de causas de justificación, inculpabilidad o excusas absolutorias. Es que los factores subjetivos que coadyuvan a la adaptación y concreción de la penalidad giran alrededor del injusto típico. Así como la antijuridicidad es idéntica en delito y pena, así también la culpabilidad por él es la única que puede relevar en la conmensuración de su consecuencia. Por ende, la apreciación de otras conductas, situaciones o secuelas, como la reparación del daño, los daños que devolvió cual *boomerang* el delito a su autor, el abuso de un proceso penal tramitado con indolencia, etc., altera las coordenadas graduables de la responsabilidad por el hecho, deforman la culpabilidad y, en definitiva, desfiguran la pena basada en ella²¹.

Obturadas antijuridicidad y culpabilidad, se intenta enclavar factores independientes del hecho típico en la punibilidad o, abandonando la teoría del delito, acoplarlos a la pena. La primera opción tropieza con dos tercios obstáculos. Por lo pronto, la heterogeneidad relativa de los factores que entrarían en juego —desde la buena o mala conducta precedentes, pasando por la entrega voluntaria, la delación de terceros y otras formas de colaboración interesada con la justicia, hasta llegar a la reparación del daño, la prolongación sin freno del procedimiento y la pena natural— desmerece los desvelos científicos por reconocer en la punibilidad la jerarquía de elemento de la infracción penal²². En seguida, no hay que soslayar que los contornos de este requisito están fijados definitivamente por la ley, por lo cual es ella misma la que impide graduarlos, limitación patente así en su faz positiva (condiciones objetivas de punición) como en la negativa (excusas absolutorias). De suerte que lo único que comparten los factores heteróclitos con la punibilidad es la fuente normativa, pero con la significativa diferencia de que en las excusas absolutorias la ley se pronunció irrevocablemente acerca de la falta de indicación de la pena, al paso que en los factores

20. Minoritarios en Alemania, porque el texto legal no les presta gran asidero, aparte de que ninguno explica bien en qué consistiría la reducción de la culpabilidad. Cfr. Sprotte (2013), pp. 59-60 y 87, con cita de Baumann, Zipf, Bruns y Schmidhäuser. En España, en cambio, el recurso a la compensación de la culpabilidad es un velo tendido sobre el argumento verdadero, la ausencia de necesidad preventiva de pena. Así, Bacigalupo (1998), p. 146, y Choclán Montalvo (1999), p. 7.

21. Lo propio sucede con los factores ligados a la «sensibilidad a la pena». Que haya que contarlos en la punición obedece a razones diferentes de su improbable vínculo con la culpabilidad. Cfr. Hörnle (1999), pp. 341 y 345.

22. Miranda Rodrigues (2014), p. 641, anota que la repercusión de estos factores en la medida de la pena queda entregada a las interpretaciones más dispares, cuya única coincidencia es la negación de que pertenezcan a la antijuridicidad y la culpabilidad.

mensurables de inspiración «político-criminal» sería el juez la autoridad convocada para definir la procedencia y medida concreta de la punición.

Menos tortuosa parece la postura dominante en Alemania. El Código germano, uno de los pocos que regulan la pena natural como asunto de Derecho penal material²³, librándola de la incertidumbre ingénita a las decisiones de oportunidad procesal que otros ordenamientos franquean al ministerio público en la materia²⁴, prescribe al juez prescindir de la pena por delitos sancionados con no más de un año de privación de la libertad cuando las consecuencias del hecho hayan afectado de manera tan grave a su autor, que tornen evidentemente inadecuada su imposición (parágrafo 60). La cláusula «evidentemente inadecuada» (*offensichtlich verfehlt*) se ha interpretado en el sentido teleológico que conviene al adjetivo, esto es, que en tal caso la pena marraría por principio su fin²⁵, por lo que irrogarla sería algo así como una tentativa inidónea del Estado. La ineptitud para cumplir función alguna, su radical inutilidad, se argumenta con ser innecesario precaverse de ofensas en quien ya fue escarmentado por su propio delito, lo que rinde de facto, además, servicios de intimidación colectiva y pacificación social. Sin embargo, contra el defecto de prevención especial de la pena judicial impuesta sin miramientos milita el hecho de que la pena natural cumpliría el papel de subrogado del castigo, pero sólo si el autor considera el daño sufrido como una pena y no un producto de su mala pata²⁶. En realidad, el espíritu utilitario que informa al Código emerge recién con la regla que exceptúa del perdón los delitos en que más interesaría tenerlo en cuenta. Dicho de otra manera, las razones de prevención (general) respaldan, no la pena natural, sino que la ley

23. Al alemán hay que añadir el ya citado Código penal de Austria y los de Paraguay (art 64, copia del alemán), del Distrito Federal de México (2002, art. 75: prescindencia o substitución judiciales potestativas de cualquier pena privativa o restrictiva de la libertad, cuando la imposición resulte notoriamente innecesaria e irracional si el agente, con motivo del delito cometido, sufrió consecuencias graves en su persona) y Nicaragua (art. 29, número 14, atenuante). Un respetado comentarista nicaragüense no menciona esta circunstancia en su clasificación de las atenuantes (ordinarias y eximentes incompletas), probablemente porque no hay cómo emparentarla con el delito. Cuarezma Terán (1998), p. 104-105. Un alcance más circunscrito acuerda el Código penal brasileño a la pena natural, sólo en el homicidio y las lesiones debidas a culpa, en que el juez puede dejar de aplicar la pena si las consecuencias de la infracción afectaron al delincuente de una manera tan grave, que la pena parezca innecesaria (artículos 121, § 5, y 129, § 8). La doctrina interpreta estas disposiciones como expresión del perdón judicial. Cfr. Prado (2006), p. 73, y Bitencourt (2003), p. 103-104 y 201.
24. Principalmente en Hispanoamérica, según la relación de Manjón-Cabeza Olmeda (2008), pp. 1126-1128, donde comenta proyectos y leyes procedimentales de República Dominicana, Perú, Bolivia, Costa Rica y Colombia.
25. Albrecht (2005), p. 1761. Con respecto del antecedente de la disposición en § 16 del Código penal anterior, Bruns (1974), p. 41.
26. Sprotte (2013), p. 26. Con la segunda suposición estaría más cercano a la verdad, porque la pena natural la dicta el tribunal del azar.

la excluya como sucedáneo de toda pena legal superior a un año²⁷, a vista y paciencia de que el castigo de un crimen, por grave que fuere, pudiera ser un completo sinsentido en el reo mutilado o incapacitado de por vida para valerse por sí mismo.

Esto aparte, las ideas de seguridad y conveniencia social, que inspiran a las teorías relativas de la pena —de la prevención general y especial, respectivamente—, son siempre causa de trastornos en el proceso de su conmensuración, que aquí tocan el ápice absurdo de ser la pena (o la finalidad apetecida con la pena) medida de la propia pena, un medio para fines que es un fin en sí mismo. Con todo, prestan algún servicio al entendimiento, si bien por descarte. Mientras sacan del ruedo el delito, sugieren la posibilidad de otros fundamentos para graduar la punición. Son éstos los que hay que buscar, en vez de hallarlos ya preparados en designios preventivos.

Con lo que desembocamos en el segundo grupo de factores de conmensuración. Los calificamos de *indirectos*, porque no toman inmediatamente como baremo el delito y sus elementos susceptibles de polaridad, sino cuestiones que atañen a la pena en sí misma, mejor dicho, ciertos rasgos de la penalidad contemporánea que se reconducen a principios configuradores de la relación jurídico-punitiva y del carácter circunscrito de los poderes de disposición de su sujeto activo, el Estado. No debe creerse, empero, que los factores indirectos de conmensuración sean menos importantes que los obtenidos inmediatamente en la deducción sistemática, ni que queden al margen de la correspondencia armónica de delito y pena, relación notoria en las reglas que impiden la acumulación matemática de las penas en el concurso de delitos²⁸. Ahora, los fundamentos en que reposan los genuinos factores de conmensuración indirecta tienen que encontrarse en los mismos principios de cuya mano nuestros mayores del siglo XVIII perfilaron el Derecho penal liberal: la igualdad de las personas ante la ley penal y la humanidad de las penas. A estos principios —igualdad, legalidad, humanidad— responden, por ejemplo, las atenuaciones o sustitutivos penales para acusados de edad propecta o enfermos de consideración, cuya finalidad es precaver que con penas en abstracto idénticas hayan de sufrir concretamente más algunos que otros grupos de personas²⁹, y los preceptos que se hacen cargo del influjo del tiempo en la condición humana, limitando perentoriamente la acumulación de las penas hasta márgenes congruentes con la vida en la etapa adulta, o templando gradualmente la pena de delitos propincuos a prescribir al momento del juicio criminal³⁰.

27. Interpretación generalizada en la doctrina del país. Cfr. Jescheck y Weigend (1996), p. 862.

28. Si las penas temporales deben perder en extensión temporal lo que ganan en gravedad material por la acumulación, en parte obedece a que de otra forma se castigaría al culpable no sólo por cada delito que cometió, sino también por el «delito» de concurso.

29. Como el viejo Código ecuatoriano (art. 57), hoy reemplazado por un Código orgánico integral penal (2014), para las personas mayores de sesenta y cinco años, débiles o enfermos, y el del Distrito Federal de México tratándose de personas con senilidad avanzada o que padezcan de enfermedad grave e incurable o un precario estado de salud (art. 57). En otros ordenamientos situaciones parecidas están previstas en las leyes de ejecución penal.

30. Artículos 75 del Código penal brasileño y 103 del Código penal chileno, respectivamente.

A veces la pena natural ha sido vinculada a las aquellas atenuaciones, so capuz de un problema de sensibilidad a la pena³¹, a la humanidad de los castigos, siquiera sin especificar la razón precisa de la exigencia humanitaria³², o a la prohibición de exceso en el ejercicio del poder punitivo del Estado³³. Tales puntos de vista, especialmente el segundo, bordean la razón de ser de la estimación jurídica del concepto, pero restan deudores de identificar con precisión su fundamento, ilustrarnos por qué es apreciable jurídicamente y, por último, reducir a una fórmula abstracta su extensión. Es lo que intentamos acto seguido.

3. COMPASIÓN, HUMANIDAD, PENA

La pena natural puede ser clasificada como un factor indirecto de conmensuración penal. Pero ha de sortear primero un escollo mayúsculo que está enquistado en su último puntal, la compasión. La dificultad es ostensible: si el Derecho penal contemporáneo se precia de su diferencia de la moral, diferencia trazada precisamente por el Iluminismo dieciochesco, ¿cómo pudiera un concepto desprendido de la doctrina de las virtudes, que no es sino uno de los grandes modelos teóricos de la ética, para colmo el más antiguo y definido, pretextar credenciales jurídicas con que introducirse en el núcleo operativo del sistema de penas de un país, ser contada legítimamente entre las reglas para conmensurarlas?

La respuesta pide un análisis de los conceptos que se disputan el asunto, algunos de los cuales emergen de las ondas de la filosofía moral como sirenas que atraen el bajel del jurista a la perdición.

Por lo pronto, urge distinguir la compasión de una exigencia moral en que enraíza la circunstancia de que la filosofía haya marginado sistemática y deliberadamente la pena natural de la estimación jurídica. De hecho, indicio de la confusión es que esta exigencia, cuyo nombre es piedad, corriese la aventura de los siglos bajo el pabellón usurpado a la compasión. Como en tantas otras imprecisiones de la filosofía práctica que se arrastraron hasta que la mentalidad contemporánea puso manos en ella, la tónica la dio Aristóteles. Éste define la compasión como un “pesar por la aparición de un cierto mal destructivo y penoso en quien no lo merece, que también cabría esperar que lo padeciera uno mismo o alguno de nuestros allegados, y ello además cuando se muestra próximo”³⁴. Sin embargo, el análisis de los conceptos filosóficos revela que el estagirita había definido la piedad. La compasión comparte con la piedad la participación en el sufrimiento de otro, es cierto; mas no tiene en común con ella que la causa de la simpatía es lo inmerecido del dolor en

31. Cfr. Ziffer (2005), p. 141, y Besio Hernández (2011), p. 465.

32. Cfr. Zaffaroni (2002), pp. 996-997, y Mapelli Caffarena (2017), p. 1012-1013.

33. Cfr. Silva Sánchez (2018), p. 161.

34. Aristóteles (1999), p. 353.

quien lo arrostra ni una relación con el miedo³⁵. La reserva del mal inmerecido es tan sólo el límite que pone la justicia a la piedad, pues sabido es que para Aristóteles nadie se hace voluntariamente una injusticia a sí mismo; lo injusto es siempre obra de la voluntad³⁶. También la relación con el miedo viene dictada posiblemente por la nota doctrina del justo medio, en el sentido de que “en la experiencia del mal ajeno y como resultado del miedo propio, la piedad reintroduce la óptica adecuada del hombre que sabe que no es Dios”³⁷. Siglos más tarde tropezamos de nuevo con el enredo de conceptos en una pareja de pensadores de obligada cita en el tema, Descartes y Spinoza. La diferencia con Aristóteles no es grande; ambos asocian la compasión al sentimiento de la tristeza y, en particular, Spinoza desaconseja la práctica de la conmiseración —así la llama, ligándola a la misericordia— en el hombre recto, quien debe oír únicamente el dictamen de la razón en su deber de librar al prójimo de los males de que es indigno³⁸.

La rectificación conceptual tuvo que aguardar hasta Rousseau. El ginebrino es importantísimo en este particular, al que alude indistintamente con los términos compasión y piedad. Ante todo, la desata de su inveterada unción con el sufrimiento inmerecido y los afectos asténicos³⁹. Piensa que la compasión es connatural a nuestra especie porque el hombre, un ser débil y sujeto a muchos males, siente antes de conocer, está dotado de una imaginación estimulante de su poder de urdir secuencias ideológicas. La compasión precede al uso de la reflexión, impele a la conciencia y es fuente de múltiples servicios útiles para la convivencia entre seres inteligentes. Nacida en y con el individuo, al cabo su función se demuestra social, como si el reconocimiento compasivo del otro, paradójicamente, fuese condición de que cada quien adquiriera cabal conciencia de su individualidad.

35. Al no tener el mismo padre o la misma madre, tampoco pueden ser hermanastras, sino, a lo sumo, primas en el árbol genealógico de las virtudes.

36. Pensamiento que empapa toda la doctrina de los actos voluntarios del filósofo macedonio. Cfr. Aristóteles (1967), pp. 133-134, y Aristóteles (1942), pp. 156-157.

37. “Pone «lejanía» y «control» en el ejercicio de las acciones humanas, que así se apartan de esas mismas conductas y ocasiones que excitan su compasión”, concluye Quintín Racionero en su glosa de este pasaje de Aristóteles (1999), p. 354, nota 118.

38. Descartes (2005), pp. 105 y 200; Spinoza (2002), pp. 219 y 341-342. La fuente especulativa de la circunspección de Spinoza es estoica. Los estoicos romanos fueron en general hostiles a la compasión, considerada una debilidad o muestra de blandura. Cfr. Ferrater Mora (1999), p. 597, y Barth (1930), pp. 152-153. No asombra que Hobbes (2014), p. 59, se refiera a la compasión como lástima.

39. De esta sola cualidad, escribe en un momento central del *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, derivan las muchas virtudes sociales que Hobbes y otros iusnaturalistas pretendieron negar a los hombres. “En efecto, ¿qué es la generosidad, la clemencia, la humanidad, sino la piedad aplicada a los débiles, a los culpables, o a la especie humana en general?”. Rousseau (1979), p. 120. Véase Villar Ezcurra (2004), p. 371.

Tenga o no razón acerca de la jerarquía o secuencia activa de los componentes emocionales y cognitivos de la psiquis⁴⁰, el hecho es que Rousseau acierta en el enlace radical de la compasión con la condición humana. Todos hemos nacido desnudos, vivimos sometidos a múltiples dolores y, al final de las peripecias de la vida, estamos condenados a morir solos. Pero si se nace sin conciencia y perece en soledad, albergamos también un presupuesto básico de la coexistencia. Podemos reconocernos el uno al otro si nos trasladamos fuera de nuestro eje y nos identificamos con el que sufre. La compasión nos reúne, ya que sólo sufrimos como hombres cuando juzgamos que otro padece; “no es en nosotros, es en el donde sufrimos”⁴¹.

La compasión posee así elementos que la separan de la piedad. Consiste en la simpatía en el dolor ajeno, sin tener que aprobar o compartir las causas de su sufrimiento ni suponer que le sobrevino como una desgracia. Pudiera ser un mal de su incumbencia, hasta «merecido», porque la esencia de la compasión mora en otra disposición, en “negarse a considerar el sufrimiento, sea cual sea, como un hecho indiferente, y a un ser vivo, sea cual sea, como una cosa”⁴². Está exenta del sedimento de menosprecio o superioridad que late en el alma de la piedad⁴³.

Ahora, asumirla en el papel de requerimiento moral no implica aceptar la metafísica que en el siglo XIX, y mucho antes la cosmovisión budista, la derivó de la convicción de que en todo lo que nos rodea gravita un mismo ser cuyo llamado invita a una renuncia al principio de individuación⁴⁴. Tampoco hay que mezclarla con la clemencia, de secreto trasfondo religioso que la emparentaría antaño con la caridad. Séneca la define como la templanza de un espíritu que se encuentra en situación de poder vengarse, y también “una inclinación del alma hacia la benignidad en la aplicación de las penas”⁴⁵. La clemencia modera las exigencias de la justicia, pero en ejercicio de una prerrogativa arbitraria, por lo cual el hipotético beneficiado no tiene derecho a reclamarla, al igual que las leyes graciosas del Medioevo y el juzgamiento según gracia de la Edad Moderna nacían

40. La reciente investigación empírica de la relación materno-filial pareciera confirmar las intuiciones del pensador revolucionario, si es exacto que el reconocimiento afectivo antecede a la identificación cognitiva en los niños pequeños. Cfr. Honneth (2011), p. 171 y 180.

41. Rousseau (2019), p. 350. Este fragmento es asaz revelador de la aptitud cognoscitiva de la compasión. No se trata de que imaginemos cómo nos sentiríamos en las condiciones en que versa el doliente, sino de figurarnos cómo se siente él en esa situación. No podemos sentir el mismo dolor, pero sí somos capaces de conocerlo. Cfr. Baranzelli (2011), p. 73.

42. Compte-Sponville (2005), p. 113.

43. Ídem, pp. 123-124: “La piedad se experimenta desde arriba hacia abajo. La compasión, por el contrario, es un sentimiento horizontal”. En esta relación geométrica, se parecen a solidaridad y fraternidad, respectivamente.

44. Es el concepto de voluntad de Schopenhauer (2005), pp. 366-383, al socaire del cual trató el problema de la compasión. Para la tradición budista de compasión y vacío, Varela (1996), pp. 66-75.

45. Séneca (1964), p. 557.

del arbitrio o misericordia del superior⁴⁶. Por consiguiente, la clemencia no puede ser «válvula de seguridad del Derecho», una suerte de equidad o justicia del caso concreto. Es una puerta abierta a valores religiosos, la arrogación del privilegio divino de perdonar *ad libitum* los pecados y ruindades de sus criaturas, misericordia⁴⁷.

La compasión es otra cosa que la clemencia. No involucra el riesgo de deslizar el Derecho por la pendiente de las aspiraciones o los pretextos religiosos, pero debe ponerse a cubierto de un peligro no menos real, confundir Derecho y ética. La compasión ha de aproximar el primero a la segunda sólo en lo que de ella necesita su concepto como ordenamiento regulador del obrar intersubjetivo de las personas. Creemos que nuestra observación admite una prueba histórica, si es efectivo que cada avance de importancia en la humanización de las relaciones jurídicas, como la abolición de la pena de muerte, la prohibición de la tortura y la todavía incipiente interdicción de los castigos perpetuos, responde al incremento de la capacidad de padecer que trae consigo la civilización⁴⁸. La demostración en palabra no es gratuita, porque la virtualidad jurídica de la compasión se descubre precisamente en su lazo con la humanidad, esencia e idea de todo Derecho. Agradecemos la intuición del vínculo otra vez a Rousseau. Aquello que en los antiguos se atribuía a una organización monista del mundo⁴⁹, en Rousseau adquiere sello antropológico y proyección social. La compasión posibilita el afecto, la ayuda mutua y el esfuerzo colectivo. En definitiva, se yergue en impulso ético de la fraternidad entre los seres humanos y palanca de la humanidad de su Derecho⁵⁰.

-
46. El orden jurídico medioeval fue flexible, entre otras cosas, por su constante recurso a leyes y actos de gracia del príncipe, una *causa prima* o *incausata* que introducía una suerte de milagro o potestad divina en los asuntos humanos. Cfr. Hespanha (2019), pp. 130-131. La dulcificación de las terribles penalidades heredadas de la época anterior se procuró en la Edad Moderna a través del arbitrio judicial, como en España, o la justicia de gabinete de los alemanes. La arbitrariedad que derivó de ello explica que una de las demandas principales del Iluminismo fue acabar con la tiranía de los jueces y los derechos de gracia e indulgencia de los reyes. Cfr. Rosenfeld (1908), p. 102.
47. De la válvula de seguridad del Derecho disertó Ihering (2000), pp. 293-294, quien concibe el derecho de gracia, no cual una intervención arbitraria en el sillón judicial, sino como autocorrección de la justicia, en definitiva, una manifestación de la equidad. Radbruch (1952), p. 232, vio más claramente el punto: "En la Gracia penetran en el mundo jurídico reinos de valores ajenos al derecho, los valores religiosos de la caridad, los valores éticos de la tolerancia. En la Gracia hasta el azar favorable eleva su pretensión frente a la omnicompreensiva y racionalizadora del derecho; es aquel valor de lo «fortuito» de que hablaba Nietzsche como de la más vieja nobleza del mundo".
48. "El más capaz de padecer en general, es decir, aquel que con un dolor igual padece más que otro, es también más sensible para el dolor de otro que aquel que es menos capaz de padecer", registra Scheler (2005), p. 190, en la evolución de los sentimientos de simpatía.
49. Como Demócrito (2009), p. 180, cuando dice de la crueldad, que la filosofía occidental considera la antítesis de la compasión, lo siguiente: "Los que se complacen en las calamidades del prójimo no caen en la cuenta de que las calamidades de que el azar provienen son comunes a todos".
50. Semejante, Villar Ezcurra (2004), p. 362. Una prueba actualísima se tiene en el proceso de igualación efectiva en derechos de hombres y mujeres adultos.

Por lo demás, la humanidad, “romper mentalmente todas las vinculaciones de los hombres a las sociedades históricamente dadas, para no admitir más que la pertenencia a la sociedad humana o, como también suele decirse, no atribuir ningún valor a las condicionalidades en que consiste la existencia de todo ser social, y reconocer el máximo valor a la dignidad de la persona en cuanto tal”⁵¹, sería inconcebible como categoría teórica y tampoco obraría en la vida práctica sin este concepto. La compasión no se contiene en la percepción del sufrimiento; antes bien, “lleva a buscar la recuperación del estado humano del que se encuentra en desdicha”⁵². Va de suyo que esto se aguarda del individuo compasivo⁵³. Pero es exigible, también, de los ordenamientos jurídicos del presente y un Derecho penal no reducido a mero aparato mecánico de castigos. Después de todo, la legalidad penal descansa en la igualdad, la igualdad en la dignidad, y la compasión, hermana de la humanidad, franquea *el* medio para reconocernos como semejantes y titulares de idéntica dignidad⁵⁴.

Lo que venimos explicando es hace tiempo Derecho positivo en todos los países americanos adscritos al Pacto de San José de Costa Rica. Si la disposición del artículo 5º, número 2, del documento de 1969, que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” y “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, está destinada a algo más que una simple enunciación de buenos propósitos, un ideal cosmopolita desprovisto de concreción estatal, entonces la pena natural debe abrirse paso entre los factores de concreción de la pena judicial⁵⁵. No porque la pena judicial impuesta sin respecto de la pena natural deje de ser pena ni tenga que desproporcionarse de la gravedad del delito. Es que, dependiendo de las circunstancias, pudiera constituir un tratamiento cruel, incluso inhumano. Y no hay que atender pacientemente las prácticas de clemencia de la ejecución, donde sobreviven los arrestos ultraterrenos de los antiguos monarcas, para atacar un problema perteneciente a la sentencia de condena, aunque se presente al juez con atavíos inconmensurables⁵⁶.

51. No es primera vez que en nuestro trabajo como penalista citamos esta exactísima definición de Mayer (1937), pp. 192-193, inspirada en Lessing y Herder.

52. Villar Ezcurra (2004), p. 386.

53. “El compasivo sabe, experimenta, que el desdichado existe no como número de una serie, sino como una persona semejante a nosotros que ha sido golpeada por el sufrimiento” (ibídem).

54. El rendimiento colectivo de la compasión, indispensable para una plena racionalidad social, es enlazado oportunamente por Nussbaum (1997), p. 100, a la observación roussoniana de que si reyes y ricos suelen ser impiedosos o indiferentes, es porque cuentan con no ser nunca hombres. Podrán ser *clementes*, en el sentido explicado antes, pero nunca *compasivos*.

55. Si la prohibición de la tortura y de los tratamientos inhumanos es una norma absoluta o inderogable, como se afirma en el Derecho internacional, por ejemplo, Nash (2014), p. 139, eso significa que las leyes que los permitan no son merecedoras del nombre de Derecho.

56. Procrastinar la pena natural a la ejecución o, *in extremis*, a la gracia del indulto, es desenlace inevitable de la negativa a asumir en ella un fundamento humanitario, por tanto, compasivo.

4. PROYECCIÓN DOGMÁTICA DEL DOLOR ANEJO A LA CAUSALIDAD INVERSA DEL DELITO

Incluir la pena natural en la conmensuración de la pena judicial es un postulado del concepto de Derecho, aparte de un ideal jurídico.

Sin embargo, si juzgamos por su tímida recepción en el panorama extranjero, para no referirnos al nulo eco en la jurisprudencia chilena⁵⁷, queda la impresión de que tiene mucho que recorrer todavía en el plano de los fines asociados a ideas de valor; no es todavía siquiera un ideal jurídico firme.

La proyección dogmática del dolor anejo a la causalidad inversa del delito, en otras palabras, las conclusiones acerca de la responsabilidad penal de la operación consistente en retrotraer hasta su fuente el efecto externo del delito en el agente causal, tiene que contentarse de momento con unas pinceladas untadas en la médula humanitaria de la compasión, que susurra al oído de la sociedad organizada lo mismo que el testimonio de la conciencia predica al hombre humano: “Haz tu bien con el menor daño posible a otro”⁵⁸.

Desearíamos que el concepto esbozado al principio de este estudio pudiera insinuar los contornos del daño posible en sede penal.

Así, la pérdida o limitación de bienes jurídicos, en que radica el objeto de toda pena, es recomendable que pare mientes en las pérdidas irreparables que el delito provocó como consecuencia directa a su autor o personas allegadas a él por lazos de familia, amor o amistad. Es que el terreno propio de la compasión se pierde lejos en las simas de lo irremediable, aquello que no tiene arreglo. Hablamos, pues, de la muerte y sus heraldos, las enfermedades graves y mermas definitivas en el cuerpo. Todo lo demás, la ruina económica, el desconsuelo, el reproche, etc., puede recomponerse. Son, todo a lo más, «casos piadosos», la situación de personas tan desgraciadas que suscitan piedad sin necesidad de alguna desgracia particular, así, por el solo hecho de existir, que describe Alberto Moravia en sus *Racconti romani*.

En cambio, la culpa del autor en la producción del daño personal es irrelevante⁵⁹, lo mismo que haberlo padecido por la defensa de la víctima o por la acción de la autoridad pública en el cumplimiento de su deber de prevenir delitos *in itinere*⁶⁰.

Las conclusiones de Sprotte (2013), pp. 93, 94, 96, 106-107 y 114 y ss., son coherentes con ese punto de partida.

57. Crudelísima en el pasado reciente con condenados que resultaron inválidos tras protagonizar delitos políticos. Hoy las cosas han cambiado un tanto, pero se sigue sometiendo a prisión preventiva e imponiendo condenas que restringen la libertad de delincuentes mutilados en la ejecución de delitos políticos o comunes.

58. Rousseau (1979), p. 121.

59. Aquí nos sale al paso una nueva diferencia de clemencia y compasión. Es imposible ser clemente sin afirmar primero que el otro se equivocó. La compasión considera indiferente el problema de la culpa; se fija más bien en acontecimientos que están fuera de nuestro control, aunque creamos gobernarlos. Cfr. Nussbaum (2018), p. 320. Kelsen (1975), pp. 45-46, la llama «justicia de la caridad».

60. Conforme, Zaffaroni (2002), p. 997.

Tercero, el daño personal estimable incluye a las personas del círculo inmediato del malhechor, ya que no es alcanzado por el carácter personal de la responsabilidad criminal. Es ilícito que la pena trascienda de la persona del culpable; pero no hay desgracia humana que se detenga ante semejante restricción normativa.

En seguida, todo delito, doloso o culposo, comisivo u omisivo, puede entrar en universo de los hados fatales, desde los más graves hasta los acontecimientos triviales en que se ensañan ocasionalmente las leyes punitivas, sin exceptuar los que tipifican o consideran daños que se causa deliberadamente su autor con un designio criminoso o avieso⁶¹.

Por último, dado que la pena natural es cualitativamente diferente de la pena jurídica, su valor en la conmensuración de penalidad señalada para el delito debiera ser el que preconizaron los penalistas de la Ilustración, un factor de transformación cualitativa. La pena natural no tiene por qué conducir a la prescindencia de toda pena, como la gracia, sino a la mudanza de la penalidad original por otra de contenido jurídico compatible con la pérdida irreparable del condenado. Allí donde la extensión de la pérdida permita insistir humanamente en la pena primitiva, la natural puede intervenir como factor atenuante en la concreción judicial⁶². Sabemos que la medición de su poder huye de la férula de los juicios métricos de valor, pero esto, en vez de paralizar al jurista, debiera despabilarlo y acelerar el avance de sus razonamientos. A fin de cuentas, tampoco es hacedero graduar numéricamente la mayor o menor extensión del mal producido por el delito en su sujeto pasivo, lo que nunca ha sido impedimento para que los jueces intenten medirlo cualitativamente. Y así, los criterios en uso para calibrarlo, en especial la secuencia: destrucción, daño mayor, medio, parcial o mínimo, pudieran ser aprovechados en la estimación penal del daño que cayó sobre el autor.

Sería una forma innovadora de interpretar el artículo 69 del Código penal chileno, en la parte que ordena al juez determinar la cuantía de la pena según la mayor o menor extensión del mal producido por el delito. Novedosa, pero no insólita en el sistema internacional de derechos del hombre. El reconocimiento supraestatal de las exigencias abstractas de la humanidad convoca a los jueces a imprimir al Derecho interno una inteligencia congruente con la dignidad de la persona humana. Aquí se ha tratado de la dignidad del sujeto pasivo del *ius puniendi*.

61. Recuérdese el delito de inutilización para eximirse del servicio militar u otros servicios públicos y la estafa perpetrada causando el daño personal asegurado. La mutilación, impedimento, etc., que se inflige al autor pudiesen resultar mucho más graves de lo buscado para engañar. La doctrina repara en los concursos aparentes con otros delitos, no en esta eventualidad del delito para su autor. Cfr. Rivacoba y Rivacoba (1992), pp. 60-61, y Da Costa Andrade (1999), p. 291.

62. Posibilidad indiscutida en Alemania. Cfr. Hörnle (1999), p. 345.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Albrecht, Hans-Jörg (2005): “§ 60. Absehen von Strafe”, en Urs Kindhäuser, Ulfried Neumann y Hans-Ullrich Paeffgen: *Strafgesetzbuch. Nomoskommentar* (Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2 vols., 2ª ed.), t. I, pp. 1759-1762.
- Alexy, Robert (2008): *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª ed.).
- Antón Oneca, José, y Rodríguez Muñoz, José Arturo (1949): *Derecho penal*. Parte general (Madrid, s/n).
- Aristóteles (1967): *Moral, a Nicómaco* (Lima, Editorial Universo).
- Aristóteles (1942): *La gran moral. Moral a Eudemo* (traducción de Patricio de Azcárate, Buenos Aires, Espasa-Calpe).
- Aristóteles (1999): *Retórica* (introducción, traducción y notas por Quintín Racionero, Madrid, Gredos).
- Bacigalupo, Enrique (1998): “Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el Derecho penal actual”, en el volumen colectivo *Teorías actuales en el Derecho penal. 75º Aniversario del Código penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc), pp. 130-152.
- Baranzelli, Dante Agustín (2011): “La pasión de la piedad y sus avatares en la obra de Rousseau, en *Aporía. Revista internacional de investigaciones filosóficas* (Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, número 1), pp. 62-78.
- Barth, Paul (1930): *Los estoicos* (traducción de Luis Recaséns Siches, Revista de Occidente, Madrid).
- Besio Hernández, Martín (2011): *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- Bitencourt, Cezar Roberto (2003): *Tratado de Direito penal* (Editora Saraiva, São Paulo, 3ª ed., 5 vols.), t. II.
- Bobadilla, Carlos (2016): “La «pena natural»: fundamentos, límite y posible aplicación en el derecho chileno”, en *Política Criminal* (Santiago de Chile, vol. 11, número 22, diciembre, art. 7), pp. 548-619.
- Bruns, Hans-Jürgen (1974): *Strafzumessungsrecht. Gesamtdarstellung* (Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2ª ed.).
- Carrara, Francesco: *Programma del corso di Diritto criminale*. Del delitto, della pena (Bologna, Il Mulino, 1993).
- Comte-Sponville, André (2005): *Pequeño tratado de las grandes virtudes* (traducción de Berta Corral y Mercedes Corral, Barcelona, Paidós).
- Cuarezma Terán, Sergio (1998): *Código penal*. Comentado, revisado y actualizado (Managua, Hispamer).

- Choclán Montalvo, José Antonio (1999): “La pena natural”, en el diario *La Ley* (Editorial La Ley, t. 3, versión digital, Wolters Kluwer España, número 23010/2001), pp. 1-15.
- Da Costa Andrade, Manuel (1999): “Artigo 149 (consentimiento)”, en la obra dirigida por Jorge de Figueiredo Dias, *Comentário conimbricense do Código penal* (Coimbra Editora, Coimbra, 3 vols.), t. I, pp. 276-301.
- De Castro, Alfonso (1962): *Alfonso de Castro. Antología* (selección y prólogo de Juan del Rosal, Madrid, Ediciones Fe).
- Demócrito (2009): “Fragmentos filosóficos”, en García-Bacca, Juan David (compilador y traductor): *Los presocráticos* (México, Fondo de Cultura Económica, 2ª ed.), pp. 153-180.
- Descartes, René (2005): *Las pasiones del alma* (traducción de Tomás Onaindia y prólogo de Agustín Izquierdo, Madrid, Edaf).
- Ferrater Mora, José (1999): *Diccionario de Filosofía* (nueva edición de José-María Terricabras, Barcelona, Ariel, 4 vols.), t. I.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm (1989): *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania* (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi).
- Figueiredo Dias, Jorge de (1993): *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime* (Lisboa, Notícias).
- Finnis, John (2019): *Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica* (traducción de Fabio Morales, Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad).
- Gomperz, Theodor (2000): *Pensadores griegos*, 3 vols. (traducción de Carlos Guillermo Körner, J. R. Bumantel, Pedro von Haselberg y Eduardo Prieto, Barcelona, Herder, 3 vols., 2ª ed.), t. I.
- Grocio, Hugo (1925): *Del derecho de la guerra y de la paz* (versión directa del original latino por Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Editorial Reus, 4 vols.), t. III.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2008): *La pena y la extinción de la responsabilidad penal* (Santiago de Chile, Legal Publishing).
- Hesíodo (1974): “Los trabajos y los días”, en *Teogonía. Los trabajos y los días. El escudo de Heracles* (prólogo de José Manuel Villalaz, México, Editorial Porrúa, 2ª ed.), pp. 29-44.
- Hespanha, António Manuel (2019): *La cultura giuridica europea* (trad. italiana de Giovanni Damele, Bologna, Il Mulino, 3ª ed.).
- Hobbes, Thomas (2014): *Leviatán. O la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil* (traducción, prólogo u notas de Carlos Mellizo, Madrid, Alianza, 2ª ed.).
- Honneth, Axel (2011): “Invisibilidad. Sobre la epistemología moral del «reconocimiento»”, en su libro *La sociedad del desprecio* (edición y traducción de Francesc J. Hernández y Benno Herzog, Madrid, Trotta).

- Hörnle, Tatjana (1999): *Tatproportionale Strafzumessung* (Berlin, Duncker & Humblot).
- Ihering, Rudolf von (2010): *El fin en el Derecho* (traducción de Diego Abad de Santillán y estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, Granada, Comares).
- Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas (1996): *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (Berlín, Duncker & Humblot, 5ª ed.).
- Jiménez de Asúa, Luis (1952): *Tratado de Derecho penal* (Buenos Aires, Losada, publicados, 7 vols.), t. IV.
- Kant, Immanuel (1989): *La metafísica de las costumbres* (estudio preliminar de Adela Cortina Orts, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos).
- Kelsen, Hans (1975): *Il problema della giustizia* (a cura di Mario Losano, Torino, Einaudi).
- Klein, Ernst Ferdinand (1796): *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts* (Halle, Hemmerde und Schwetschke).
- Kutschera, Franz von (1973): *Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen* (Freiburg-München, Verlag Karl Alber).
- Lardizábal y Uribe, Manuel de (2001): *Discurso sobre las penas*. Contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma (edición y estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Vitoria-Gasteiz, Ararteko).
- Lucrecio (2006): *La natura delle cose* (traduzione di Luca Canali, testo latino a fronte, Milano, Rizzoli, 14ª ed.).
- Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli (2008): “La *poena naturalis* en el derecho penal vigente”, en Carlos García Valdés y otros: *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat* (Madrid, Edisofer, 2008, 2 vols.), t. I, pp. 1121-1147.
- Mapelli Caffarena, Borja (2017): “Pena natural —*poena naturalis*— o daños colaterales en la realización de una infracción penal”, en el volumen colectivo *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (Montevideo-Buenos Aires, Editorial B. de F.), pp. 1003-1014.
- Mayer, Max Ernst (1937): *Filosofía del Derecho* (traducción de Luis Legaz Lacambra, Barcelona, Labor).
- Mera Figueroa, Jorge (1989): “Derechos humanos y Derecho penal”, en *La protección de los derechos humanos en el orden jurídico interno* (Santiago de Chile, Academia de Humanismo Cristiano), pp. 33-48.
- Miranda Rodrigues, Anabela (2014): *A determinação da medida da pena privativa da liberdade* (Coimbra, Coimbra Editora, reimpresión de la 1ª ed.).
- Nagler, Johannes (1970): *Die Strafe. Eine juristisch- empirische Untersuchung* (Aalen, Scientia Verlag).
- Nash, Claudio (2014): “Comentario al art. 5º: Derecho a la integridad personal”, en el volumen editado por Christian Steiner y Patricia Uribe, *Convención*

- americana de derechos humanos. Comentario* (Bogotá, Temis y Fundación Konrad Adenauer), pp. 133-160.
- Nussbaum, Martha C. (2018): *La ira y el perdón*. Resentimiento, generosidad, justicia (traducción de Víctor Altamirano, México, Fondo de Cultura Económica).
- NUSSBAUM, Martha C. (1997): *Justicia poética* (traducción de Carlos Gardini, Santiago de Chile, Editorial Andrés Bello).
- Prado, Luiz Regis (2006): *Curso de Direito penal brasileiro* (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 5ª ed., 4 vols.), t. II.
- Radbruch, Gustav (1952): *Filosofía del Derecho* (traducción de José Medina Echavarría, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 3ª ed.).
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (1992): “El delito de inutilización para eximirse del servicio público obligatorio”, en la revista *Doctrina penal* (Buenos Aires, Depalma, año 15, enero-junio, número 57/58), pp. 43-61.
- Rivacoba y Rivacoba, Manuel de (1989): “Las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en la teoría general del delito”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología. En homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa* (Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2 vols.), t. II, pp. 183-210.
- Rosenfeld, Heinrich (1908): “Strafzumessung”, en la obra colectiva *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts* (Berlín, Verlag vom Otto Liebmann, t. III de la Parte general), pp. 93-171.
- Rousseau, Jean-Jacques (1979): *Discursos* (Valparaíso, Edeval, colección «Juristas perennes»).
- Rousseau, Jean-Jacques (2019): *Emilio, o de la educación* (prólogo, traducción y notas de Mauro Armiño, Madrid, Alianza, 3ª ed.).
- Ruiz Miguel, Alfonso (2018): “Gracia y justicia: el lugar de la clemencia. (En torno a la pena natural)”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho* (Barcelona, número 2, 2018).
- Santo Tomás de Aquino (2006): *Suma de Teología* (Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 4ª ed., 5 vols.), t. II, parte I-II.
- Santo Tomás de Aquino (2018): *Cuestiones disputadas. Acerca de lo malo* (traducción, introducción, comentarios y notas de Humberto Giannini y María Isabel Flisfisch, Santiago de Chile, Editorial Universitaria).
- Scheler, Max (2005): *Esencia y formas de la simpatía* (traducción de José Gaos, Salamanca, Ediciones Sígueme).
- Schopenhauer, Arturo: *El mundo como voluntad y representación* (introducción de Friedrich Sauer, México, Porrúa, 8ª ed.).
- Seiler, Stefan (2017): *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*. Strafen und Massnahmen (Wien, Verlag Österreich, 8ª ed.).

- Séneca (1964): “Sobre la clemencia”, en *Tratados filosóficos. Tragedias. Epístolas morales* (prólogo de José María Pemán y traducción por J. Azagra, Madrid, EDAF) pp. 501-565.
- Serrano Maíllo, Alfonso (1996): *La compensación en Derecho penal* (Madrid, Dykinson).
- Silva Sánchez, Jesús-María (2018): «Malum passionis». *Mitigar el dolor del Derecho penal* (Barcelona, Atelier).
- Spinoza, Baruch (2002): *Ética demostrada según el orden geométrico* (introducción, traducción y notas de Vidal Peña, Madrid, Alianza).
- Sprotte, Sabrina (2013): *Die poena naturalis im Straf- und Strafzumessungsrecht* (Frankfurt am Main, Peter Lang).
- Varela, Francisco (1996): *Ética y acción* (Santiago de Chile, Dolmen Ediciones).
- Villar Ezcurra, Alicia (2004): “La fuerza de la piedad y los sentimientos de humanidad en Rousseau”, en *Pensamiento. Revista de investigación e información filosófica* (Madrid, Universidad Pontificia Comillas, vol. 61, número 228) pp. 361-388.
- Weil, Simone (1961): *La fuente griega* (traducción de María Eugenia Valenté, Buenos Aires, Editorial Sudamericana).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2002): *Derecho penal*. Parte general (con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, Buenos Aires, Ediar, 2ª ed.).
- Ziffer, Patricia S. (1996): *Lineamientos de la determinación de la pena* (Buenos Aires, Ad-Hoc).

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- As finalidades da pena, de Guilherme de Souza Nucci – RT 1006/231-253 (DTR\2019\37644);
- Culpabilidade e funcionalismo: uma análise a partir das concepções de Roxin e Jakobs, de Oliveira Guanaes – RBCCrim 169/81-116 (DTR\2020\7965); e
- Há um retorno do pensamento retribucionista? sobre a (des)conformidade entre teoria da pena, política punitiva e legitimação, de Alcides Marques Porto Pacheco – RBCCrim 84/227-270 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 4/27-68 (DTR\2010\441).

"LEI ANTICRIME" (LEI 13.964/2019): IMPACTOS PENAIS

"LAW ANTICRIME" (LAW 13,964 / 2019): CRIMINAL IMPACTS

MARIA LUCIA KARAM

Juiza de direito (aposentada).
ORCID: 0000-0002-7681-4583
malukaram27@gmail.com

ANTONIO MARTINS

Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro.
ORCID: 0000-0002-7172-568
antoniomartins@googlemail.com



JACSON ZILIO

Doutor em Direito Penal e Criminologia (Pablo de Olavide/Sevilha/Espanha). Promotor de Justiça do Ministério Público do Paraná.
ORCID: 0000-0001-9304-5002
jacsonzilio@hotmail.com

Autores convidados

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo analisa criticamente os dispositivos da Lei 13.964/2019 que tratam de direito penal material. Dá-se destaque às regras que modificam o instituto da legítima defesa, expandem a abrangência da pena de perdimento de bens, definem novas causas interruptivas da prescrição, aumentam desproporcionalmente as penas cominadas a alguns delitos, introduzem a figura do agente infiltrado para repressão ao tráfico de entorpecentes, modificam o rol de crimes hediondos, alteram o tempo máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade e dificultam a progressão de regimes prisionais.

ABSTRACT: This article critically analyzes the provisions of Law 13,964/2019 that deal with substantive criminal law. We highlight the rules that modify the institution of self-defense, expand the scope of the penalty of forfeiture of assets, define new causes to interrupt the statute of limitations, disproportionately increase the penalties for some offenses, introduce the undercover agent figure for the repression of drug trafficking, modify the list of heinous crimes, change the maximum time to serve the custodial sentence and hinder the progression of prison regimes.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticrime – Legítima defesa – Perda de bens – Crimes hediondos – Agente infiltrado – Progressão de regime.

KEYWORDS: Self-defense – Forfeiture of assets – Heinous crimes – Undercover agent – Progression of prison regimes.

SUMÁRIO: I. Introdução. II. O Projeto e a Lei. III. A legítima defesa. IV. A pena de confisco. V. Causas interruptivas da prescrição. VI. O aumento das penas e o princípio da proporcionalidade. VII. A Lei de Drogas e o agente infiltrado. VIII. Crimes hediondos. IX. Tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade. X. A progressão de regimes. XI. Conclusão. XII. Referências bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

Evento realizado pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) propunha uma questão: Lei Anticrime: avanço ou retrocesso? Inspirados por essa questão formulada no módulo em que tivemos a honra de intervir¹, consideramos a questão de fácil resposta, notadamente porque tanto lá como aqui nos limitamos a discutir os impactos da Lei 13.964/2019 em leis penais.

Se fôssemos cuidar de matéria processual, até poderia existir alguma hesitação, dando margem à avaliação de dispositivos positivos e negativos, tendo em conta, no que se refere a avanços, a nova disciplina do arquivamento do inquérito policial no artigo 28 do Código de Processo Penal e, mais significativamente, a introdução naquele diploma, pelo Congresso Nacional, das regras dos artigos 3º-A a 3º-F e seus parágrafos, a tratar da assim chamada figura do ‘juiz das garantias’.

Desde logo, cabe ressaltar que tal denominação é totalmente imprópria, pois juiz das garantias são, ou ao menos deveriam ser, todos os juízes e não apenas os ali apontados com competência para atuar até o recebimento da inicial da ação penal condenatória. Na realidade, a expressão “juiz das garantias” deveria ser vista como um pleonismo...

Tratando desse denominado “juiz das garantias”, estabelecem aquelas regras a indispensável separação entre o juiz que atua durante as investigações e examina a admissibilidade da acusação e o juiz que atua na fase de conhecimento do processo após o recebimento da inicial. Visam assim assegurar a imparcialidade na condução da instrução e no julgamento, consequentemente concretizando aspecto fundamental da cláusula do devido processo legal. No entanto, vivemos no Brasil momento tão lamentável e surreal que exatamente essas regras, que concretizam aspecto fundamental da cláusula do devido processo legal, tiveram sua vigência esdruxulamente suspensa por medida

1. 10ª Reunião do Fórum Permanente de Política e Justiça Criminal da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), realizada em 11.09.2020 (webinar).

concedida por ministro do Supremo Tribunal Federal, sob uma inacreditável alegação de inconstitucionalidade.²

Focalizando, porém, em matéria penal, não há dúvida quanto ao retrocesso, que, aliás, nos últimos anos, no Brasil, costuma se repetir a cada nova edição de leis penais.

II. O PROJETO E A LEI

A Lei 13.964/2019, trazendo em seu artigo 1º a inusitada afirmação de que estaria a pretender “aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”, originou-se do autointitulado Projeto de Lei Anticrime, apresentado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública, no início daquele ano de 2019. Naquela ocasião, ao apresentar seu Projeto, que, naturalmente, não incluía a previsão do chamado “juiz de garantias”, o então Ministro, como amplamente noticiado, fez questão de dizer que buscava efeitos “práticos” e que não pretendia “agradar” professores de direito penal ou processo penal, parecendo ter consciência de que qualquer conhecedor de tais matérias facilmente desconstruiria suas aberrantes propostas.

Muitas das modificações então propostas, em grande parte aprovadas e finalmente incorporadas às leis penais e processuais penais, estariam a sugerir que, ao invés de se intitular “Anticrime”, o Projeto se chamasse “Pró-Crime”.

No pacote original, grotescamente se propunha mudança na Lei 12.850/2013 (a Lei das ditas “organizações criminosas”), para nominar em dispositivo legal algumas das chamadas “facções criminosas”, assim lhes dando uma esdrúxula dignidade legislativa, valorizando-as e aumentando seu prestígio no chamado “mundo do crime”. Talvez um mínimo senso de ridículo tenha levado o Congresso a rejeitar tal inusitado incentivo às referidas facções. Aliás, a única forma de ver algum “avanço” na nova lei seria comparar o texto finalmente aprovado pelo Congresso com o que vinha no projeto apresentado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública.

De todo modo, a promoção do crime, que explicitamente se anunciava no abandonado dispositivo do pacote original, continua a se dar na final edição da Lei 13.964/2019, efetivando-se como inseparável efeito colateral das aprovadas medidas de recrudescimento do rigor penal e processual penal.

Recrudescendo o rigor penal e processual penal, tais medidas certamente aumentarão o desmedido encarceramento que, em ritmo ininterrupto de crescimento, iniciado na década de 1990, já faz com que, o Brasil, que ostentava a quarta maior população carcerária do mundo, tenha acabado por ultrapassar a Federação Russa, passando a ocupar, desde 2016, o terceiro lugar na abjeta corrida encarceradora, ficando atrás apenas dos Estados Unidos da América e da China, que, no entanto, ao contrário do Brasil, vêm reduzindo ou pelo menos estabilizando o número de seus presos.

2. Medida Cautelar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 6298, 6299, 6300 e 6305, relator o Ministro Luiz Fux, decisão em 22.01.2020.

KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 37-58. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Diferentemente do que costumam fazer crer as fantasiosas ideias sobre crimes e penas, a prisão é uma medida inútil para reduzir a incidência de condutas criminalizadas, como o próprio encarceramento massivo brasileiro eloquentemente o demonstra.

Um maior rigor penal não serve, nunca serviu e jamais servirá para reduzir qualquer espécie de conduta criminalizada ou quaisquer fenômenos negativos ou indesejáveis. O evidente fracasso das tradicionalmente invocadas funções de prevenção geral negativa da pena (concernente ao suposto efeito dissuasório da pena) e prevenção individual negativa ou positiva (concernentes aos efeitos da pena sobre os condenados) já foi há muito reconhecido até mesmo por juristas entusiastas do sistema penal, conduzindo ao constante apelo à natureza simbólica e a uma função comunicadora das leis penais criminalizadoras.

Mas, mais do que ser inútil para evitar qualquer espécie de conduta criminalizada ou quaisquer fenômenos negativos ou indesejáveis, o maior rigor penal e processual penal, com o aumento do encarceramento, conduz à potencialização de seus efeitos crimíno-genos e, assim, ao potencial aumento no número de crimes.

E isso sem que se precise sequer considerar sua decisiva contribuição para o fortalecimento das mesmas “facções criminosas” que os proponentes desse maior rigor penal e processual penal usam como pretexto, alegando pretender enfrentá-las.

Tais facções, nascidas e criadas no interior das prisões, fundamentalmente em reação às privações ali sofridas – o PCC, por exemplo, nasceu após o massacre do Carandiru –, naturalmente cresceram em ritmo análogo ao do crescimento no número de presos, sendo-lhes assegurado pelo próprio Estado tanto o contínuo recrutamento de novos membros a cada ingresso no sistema carcerário, quanto sua expansão para todo o território nacional a cada transferência de presos para estabelecimentos prisionais distantes de seus locais de origem.

Mas, focalizando no que se tornou a Lei 13.964/2019, cabe, desde logo, apontar os efeitos nefastos que certamente dela advirão, não nos devendo surpreender se, em pouco tempo, acabarmos por ultrapassar também a China e nos aproximarmos dos Estados Unidos da América no número de pessoas encarceradas em nossas prisões.

Passemos à análise dos pontos mais relevantes da comentada Lei, considerando tão somente as modificações de natureza penal por ela introduzidas em dispositivos contidos no Código Penal e em leis extravagantes.

III. A LEGÍTIMA DEFESA

Inicialmente, o impróprio e afinal inútil dispositivo contido no incluído parágrafo único do artigo 25 do Código Penal, a dizer que “observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”.

Aqui, de forma clara, a alteração revela algo importante, quase sempre oculto nos discursos penais: a alteração legal, tímida em comparação às pretensões do governo contidas no

Projeto de Lei Anticrime apresentado pelo Ministério de Justiça e Segurança Pública, é politicamente autoritária, porque permite a eliminação de vidas humanas justamente pelas agências penais que deveriam, nas democracias liberais, protegê-las. Cuida-se, na verdade, de um *dispositivo* que envia uma mensagem aos terceiros agentes de segurança pública no sentido de que podem, em sequestros, optar diretamente por soluções violentas, sem prévio esgotamento de vias conciliatórias, quase sempre mais propícias, inclusive psicologicamente, para solução de casos delicados de vítimas submetidas ao poder do sequestrador.

Por outro lado, dogmaticamente a alteração também é supérflua: as situações de sequestro sempre constituíram uma agressão injusta atual, legitimadora do uso racional e moderado da força (violência real) pela vítima ou por terceiro. Aliás, os requisitos configuradores da legítima defesa, no Brasil, historicamente mantiveram-se inalteráveis. Mesmo na pior disposição penal vigente no Brasil, como o Livro V do Código Filipino, exigia-se “temperança” no uso da legítima defesa, quando dele pudesse resultar a morte de alguém (Título XXXV). No Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, a justificação da defesa de um terceiro exigia a (1) certeza do mal que se propôs evitar, (2) que esse mal fosse maior ou pelo menos igual ao que se causou, a (3) falta absoluta de outro meio menos prejudicial e a (4) probabilidade da eficácia do que meio que se empregou (art. 14). O Código Penal de 1890 mantém esses requisitos e apenas esclarece que a legítima defesa não é limitada unicamente à proteção da vida (art. 32). A Consolidação das Leis Penais de 1932 manteve esses requisitos para os casos de evitação de mal maior, mas esclareceu, na legítima defesa, própria ou de outrem, a necessidade de requisitos conjuntos: 1. Agressão atual; 2. Impossibilidade de prevenir ou obstar a ação; ou de invocar e receber socorro da autoridade pública; 3. Emprego de meios adequados para evitar o mal e em proporção da agressão; 4. Ausência de provocação que ocasionasse a agressão (art. 34). O Código Penal de 1940, mesmo com a reforma da Parte Geral de 1984, e também o Código Penal de 1969, de forma objetiva, simplesmente definiram a legítima defesa nas condições de “quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem” (artigos 21, 25 e 29, respectivamente). Portanto, há uma consolidação dos requisitos da legítima defesa no direito penal brasileiro, de modo que nunca existiu necessidade, nem política nem jurídica, de alteração da estrutural tradicional. A inovação, assim, rompe com uma estabilidade jurídica louvável.

Seja como for, algumas questões ainda ficam abertas: podem os agentes de segurança pública, nas situações de agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes (o plural é desnecessário), repelir violentamente e causar a morte ou a lesão grave no agressor? Não há, portanto, espaço ao excesso punível? Pense-se, por exemplo, no caso da morte a tiros do sequestrador de 20 anos que mantivera 39 passageiros reféns, na ponte Rio-Niterói, no dia 21 de agosto de 2019, em que pese familiares do sequestrador afirmarem que ele sofria de transtornos mentais. E se, por erro de execução ou excesso evidente, a vítima ou terceiros também são atingidos e mortos, a

conduta do agente de segurança pública será também justificada? Absolutamente, não. Não há espaço para justificação de tanto abuso.

Obviamente, em tais situações, não é possível legitimar o uso de violência por agentes estatais sem restrições ético-sociais.³ A razão é simples: se fosse possível permitir a morte ou a lesão grave no agressor, sem restrições racionais, haveria desvirtuamento completo do fundamento da defesa pessoal e, portanto, inversão do sentido limitativo que a legítima defesa deve ter quando utilizada por agentes estatais armados.

Como se sabe, a legítima defesa exige sempre o respeito ao princípio da menor lesividade ao agressor. A aceitação ilimitada de uso de meio mortal pelo agredido ou terceiro conduz à destruição do princípio da menor lesividade ao agressor e, assim, também à exigência de racionalidade do meio.

Na verdade, conceder aos agentes de segurança pública o poder absoluto de utilização de meio muito perigoso é o mesmo que aceitar a legítima defesa como um direito de natureza ilimitada. Ora, o direito de legítima defesa é parte de um direito estritamente delimitado, seja por requisitos formais, seja por restrições de ordem material. Por isso, a compatibilidade entre o princípio de menor lesividade ao agressor e a autorização de emprego de armas de fogo ou instrumentos extremamente perigosos, especialmente por agentes estatais, exige utilização gradual e de acordo com as regras administrativas impostas às autoridades que restringem o uso de armas de fogo.⁴

Nesse aspecto, Iglesias Río apresenta alguns caminhos exigidos para o reconhecimento da racionalidade da defesa: primeiro, o defensor (vítima ou terceiro) deve advertir o agressor do perigo do instrumento de defesa que pretende aplicar; segundo, o defensor (vítima ou terceiro) deve utilizar o aparato não em direção ao agressor (por exemplo, deve antes efetuar um disparo de advertência ao ar, se outra advertência anterior não surtiu efeito); terceiro, os disparos efetuados na direção da vítima não podem tocar zonas corporais vitais, para não produzir um resultado mais grave que a ofensa; por fim, se todas as medidas anteriores não forem suficientemente aptas para a proteção de um direito fundamental individual atacado, então o defensor pode fazer um disparo mortal, sempre e quando seja a *ultima ratio* necessária para a defesa da vida.⁵ Portanto, a legítima defesa praticada por agentes estatais, máxime quando utilizam armas de fogo ou instrumentos extremamente perigosos, submete-se a requisitos mais severos.⁶

3. ROXIN, Claus. Die sozioethischen Einschränkungen des Notwehrrechts. Versuch einer Bilanz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 93, p. 68 e ss., 1981.

4. POMARES CINTAS, Esther. Delitos de acción. La antijuridicidad (I). In: ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (dir.); PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Org.). *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. p. 576.

5. IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa: consideración especial a las restricciones ético-sociales*. Granada: Comares, 1999. p. 208.

6. ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: Verlag C. H. Beck, 2006. p. 712: “Allerdings wird auch nach der hier vertretenen Ansicht ein Polizist bei der Ausübung von Notwehr faktisch in der Regel schonender vorgehen

Aliás, a Lei 13.060/2014 é clara ao afirmar que

“os órgãos de segurança pública deverão *priorizar a utilização dos instrumentos de menor potencial ofensivo*, desde que o seu uso não coloque em risco a integridade física ou psíquica dos policiais, e deverão obedecer aos seguintes princípios: I – legalidade; II – necessidade; III – razoabilidade e proporcionalidade” (art. 2º – destacamos).

Além disso,

“não é legítimo o uso de arma de fogo: I – contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que não represente risco imediato de morte ou de lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros; e II – contra veículo que desrespeite bloqueio policial em via pública, exceto quando o ato represente risco de morte ou lesão aos agentes de segurança pública ou a terceiros.” (parágrafo único do art. 2º).

Assim, ao contrário do que parece acreditar o governo impulsionador de tal reforma, a legítima defesa não é uma ferramenta política de luta contra o delito, pois sequer o agredido pode ser tratado como soldado auxiliar do poder punitivo. A legítima defesa, como quebra excepcional do monopólio estatal da violência, é direito limitado concedido ao particular com o objetivo exclusivo de proteção de *bem jurídico individual* (próprio ou de terceiro), para *prevalcimento do direito*, quando há agressão injusta, atual ou iminente. Logo, a legítima defesa rege-se por princípios preventivos e de garantia das partes, que não apenas legitimam a violência do resultado justificado, mas também limitam esse mesmo resultado a um âmbito de conflito absolutamente restrito.⁷

Muñoz Conde, com razão, advertia que “a legítima defesa é um bom barômetro da sensibilidade democrática de um país”.⁸ Por isso, a única mensagem que a alteração legislativa em tema de legítima defesa envia é de autoritarismo, antidemocraticidade e inconstitucionalidade patente. Enfim, a legítima defesa sem as restrições racionais constitui, no fundo, uma porta aberta para destruição impune da vida humana.

müssen als ein Privater. Denn er ist zur Abwehr von Angriffen besser ausgebildet und ausgerüstet als der gewöhnliche Bürger, so dass er schon mit weniger eingreifenden Abwehrmassnahmen zum Ziele kommen kann.”

7. ZILIO, Jacson. *Legítima defensa*: las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal. Buenos Aires: Didot, 2012. p. 31.
8. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Prólogo*. In: FLETCHER, George P. *En defensa propia* (sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales). Valencia: Tirant lo Blanch, 1992. p. 15.

IV. A PENA DE CONFISCO

Mas os equívocos não ficam apenas nisso. Com os introduzidos dispositivos do artigo 91-A e seus parágrafos, trata a Lei 13.964/2019, como efeito da condenação, do perdimento de bens “correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele que seja compatível com o seu rendimento lícito”, não hesitando o legislador em dizer, com um cínico ar de condescendência, que “o condenado poderá demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”.

Concretizou assim a lei o chamado “confisco alargado”, isto é, a perda não só dos bens obtidos diretamente com a prática do crime pelo qual o réu foi condenado no processo, o que tradicionalmente ocorre, mas também de todo o patrimônio que não se mostre compatível com seus rendimentos lícitos. Consagra-se, pois, o perdimento de bens com base em mera presunção do recebimento anterior de benefícios econômicos por meios ilícitos, estabelecendo-se clara inversão do ônus da prova, a escancarar o desprezo pelos ditames da cláusula do devido processo legal.

Se a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVI, *b*, assim como art. 43, II, do Código Penal, preveem a pena de perdimento de bens, é necessário balizar sua aplicação tendo em vista o fato praticado.⁹ O que a Lei 13.964/2019 faz, no entanto, é uma reinserção da pena de confisco, banida das codificações modernas,¹⁰ excedendo ainda mais os limites já problemáticos estabelecidos pelo art. 45, § 3º, Código Penal¹¹ e violando os limites da atuação do Estado penal para além dos limites de proporcionalidade entre fato e pena. Por fim, viola-se a própria ideia de individualização da pena, que proíbe que a pena passe da pessoa do condenado.¹² A redação do art. 91-A, § 1º, I e II rompe expressamente com o princípio da individualização da pena, estendendo a não presunção de inocência

9. Cf. CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 473; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 327, que salienta a dinâmica moderna entre introdução de penas pecuniárias e limitação do confisco ao produto do crime: “os abusos a que deu lugar o confisco são notórios.”

10. Para a crítica à pena de confisco, v. BITENCOURT, Cezar Robert. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Ed. RT, 1993. p. 245, considerando, porém, a Constituição Federal tê-la admitido. Essa posição não parece encontrar apoio, porém, na sistemática das garantias constitucionais, como tampouco na limitação da pena à pessoa do condenado.

11. Cf. a análise crítica de CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 508, diferenciando entre o limite do prejuízo causado com o crime (efetivo confisco) e o limite do provento obtido pelo crime (que não significa confisco).

12. Art. 5º, XLV, da Constituição Federal, regra também assegurada no art. 5º, 3 do Pacto de San José de Costa Rica. A regra constitucional que estende a perda de bens aos sucessores é apenas aparentemente uma exceção, porque o limite dessa extensão está no patrimônio transferido, encontrando também, por óbvio, sua justificativa no escamoteamento dos valores auferidos com o fato delitivo.

referente à aparência de licitude do patrimônio, por si só uma violação constitucional, não só aos sucessores, como também ao proprietário que permita que o condenado se beneficie do bem, mesmo que *indiretamente*.

V. CAUSAS INTERRUPTIVAS DA PRESCRIÇÃO

Com os introduzidos dispositivos dos incisos III e IV ao artigo 116, vieram novas causas interruptivas da prescrição. Após a melancólica – porque ironicamente demonstrando as prioridades do legislador penal... – troca da palavra “estrangeiro” por “exterior”, no inciso II, o inciso III inclui nas causas interruptivas a pendência de embargos de declaração ou de recursos aos Tribunais Superiores, o que faz recair sobre o condenado o ônus por um sistema recursal que o próprio legislador toma por inadequado e por um sistema judiciário que o próprio legislador julga lento. Essa decisão, não é necessário enfatizar, vai de encontro à ideia subjacente ao instituto da prescrição, qual seja, a de que uma pessoa não deve ficar indefinidamente sob a ameaça penal decorrente exclusivamente da inação estatal. A autossabotagem do sistema recursal vigente salta aos olhos – sistema que, insistimos, é de responsabilidade do próprio legislador. Impõe-se ao acusado um ônus por lançar mão dos recursos que o próprio sistema penal lhe oferece. O inciso IV do art. 116 do Código Penal inclui como causa interruptiva o não cumprimento ou a não rescisão do acordo de persecução penal, o que cabe na lógica contraditória que fez inserir a figura negocial num sistema que a rechaça por princípio. Também a prescrição, à revelia de seu significado histórico e de seus fundamentos filosóficos,¹³ está sujeita, a partir dessa lógica, ao cumprimento do negócio acordado.

VI. O AUMENTO DAS PENAS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Já os introduzidos dispositivos do inciso VII ao § 2º do artigo 157 do Código Penal, confirmando tendência já manifestada em lei anterior (Lei 13.654/2018), seguem buscando formas de agravar a desde sempre rigorosa punição do roubo. Contraditoriamente, porém, a reintrodução da qualificação pelo emprego de arma branca sucede a sua abolição pela mencionada Lei de 2018, na desajeitada tentativa de agravar a pena pelo emprego de arma de fogo com a introdução do § 2º-A do art. 157. O vaivém legislativo demonstra tanto o descuido quanto a incoerência do legislador penal. O § 2º-B duplica a pena se a arma de fogo é de uso restrito – isso no contexto de liberação massiva da comercialização de armas pela própria política de Estado.

13. A respeito, cf. a ampla e profunda investigação de ASHOLT, Martin. *Verjährung im Strafrecht. Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016. esp. p. 15 e ss., 90 e ss. e 224 e ss.

KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. "Lei anticrime" (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 37-58. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Os introduzidos dispositivos do § 5º ao artigo 171 condicionam a iniciativa da ação penal à representação do ofendido em hipóteses de estelionato como regra geral, estabelecidas algumas exceções, tendo em vista sempre uma posição especial do sujeito passivo – seja por razões de Estado, vinculadas ao bem jurídico afetado (caso da Administração Pública), seja pela especial vulnerabilidade do ofendido (caso da criança e do adolescente, da pessoa com deficiência mental, maior de 70 anos ou incapaz), a justificar um compreensível paternalismo penal. Nisso consiste o que talvez pudesse ser o único ponto a merecer algum aplauso, embora não se possa deixar de estranhar por que razão tal inovação não foi estendida a hipóteses de ações penais fundadas em alegada prática de crime de furto.

Com a modificação efetuada no artigo 316, aumenta-se a pena máxima cominada ao crime de concussão, de 8 para 12 anos, igualando-a à da corrupção passiva, manobra compreensível em termos de proporcionalidade intrassistemática das penas, embora cause perplexidade não apenas o lapso de 16 anos para essa atualização – a pena da corrupção passiva havia sido modificada pela Lei 10.763/2003 –, como o contraditório e o patente descuido do legislador com a proporcionalidade interna em relação a penas cominadas a outros delitos do Código Penal. Assim, se já chama atenção, em termos absolutos, a elevada pena para crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, afetando a chamada proporcionalidade cardinal,¹⁴ em termos relativos (proporcionalidade ordinal) ela é injustificável – veja-se que a pena máxima do roubo, da extorsão e estupro é de 10 anos, para ficar com apenas três exemplos. Segue urgente que se leve a sério o princípio da proporcionalidade na aferição da constitucionalidade das leis penais.

A ruína da proporcionalidade, marcada pela ausência de qualquer critério de aferição da correspondência entre pena cominada, pena aplicada e pena executada¹⁵ – um tema que segue à espera de uma análise conceitual mais detida, embora sobejem dados empíricos a denunciar tal incongruência – vem corroborada pela modificação do inciso III do art. 83 do Código Penal, que somou à já cruel criminalização da pobreza – na exigência de que o condenado possa prover a própria subsistência mediante trabalho honesto – o princípio por excelência de indeterminação da pena: a falta grave (inciso III, *b*). Veja-se que a realidade da modificação da pena aplicada pela discricionariedade do responsável administrativo pela execução torna-se regra legal.

14. Cf. VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2017. p. 55 e ss.; VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*. Oxford (UK): Oxford University Press, 2005. p. 137 e ss.

15. Cf. a oposição entre pena real e pena ficta, proposta por TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 213 e ss., esp. 254 e ss.

VII. A LEI DE DROGAS E O AGENTE INFILTRADO

Ainda em matéria penal, embora não contida no Código Penal, mas referida a lei extravagante, talvez o maior destaque deva ser dado à introdução do inciso IV ao § 1º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 – a lei que ilegitimamente criminaliza as condutas de produtores, comerciantes e consumidores das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas.

O inacreditável novo dispositivo estabelece que incorre nas mesmas penas cominadas aos tipos básicos do “tráfico” quem “vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado” – o que, por si só, já seria motivo de grande espanto –, acrescentando, porém, o novo dispositivo que a conduta criminalizada só se configuraria “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente”!

Parecendo encantado com a criação de tal inacreditável circunstância, o legislador ainda a repetiu duas vezes em modificações introduzidas na Lei 10.826/2003 (a lei que trata da posse e do porte de armas), igualmente pretendendo tipificar a venda ou a entrega a agente policial disfarçado de arma de fogo, acessório ou munição, “quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente” (§ 2º do artigo 17 e parágrafo único do artigo 18).

Salta aos olhos a precariedade técnica do legislador. Em primeiro lugar – e isto resume e resolve a discussão –, ao introduzir no tipo objetivo a venda ou a entrega de drogas etc. “a agente policial disfarçado”, o legislador selou a sua não aplicabilidade. É que se o dolo, elemento subjetivo do tipo, deve referir-se a todos os elementos do tipo objetivo¹⁶, será necessário exigir do próprio suposto autor do delito o conhecimento de que se trata de policial disfarçado a comprar a droga.¹⁷

Para além dessa trivialidade dogmática, porém, convém atentar, em vista de possíveis modificações futuras do texto legal, para algumas circunstâncias. Embora os distintos planos de análise se mesquem, existe uma questão de ética do processo penal que antecede a análise propriamente dogmática: pode o Estado falsificar a realidade e levar um cidadão ao cometimento de um delito para, depois, castigá-lo? Trata-se, em princípio, de uma violação ao princípio da lealdade e justiça processual. O problema é discutido em âmbito europeu em relação ao art. 6º, I, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (*right to a fair trial*).¹⁸ O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, embora não excluindo a possibi-

16. Por todos, CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*, cit., p. 151.

17. Chamou-nos atenção para esse fato o colega e amigo Tiago Joffily, Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro, a quem agradecemos a indicação.

18. Em 2020, pela segunda vez foi a Alemanha condenada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos precisamente por não oferecer um processo justo em face de provocação contrária ao Estado de direito por meio de um agente estatal. O Tribunal Constitucional Alemão, embora

lidade de utilização de agentes infiltrados, submete-a ao princípio do processo justo, que não pode ser sacrificado a partir de considerações teleológicas.¹⁹ E estabelece, como critério diferenciador, se o agente estatal se comporta de maneira passiva ou se, ativamente, conduz o autor à prática do crime, caso em que se constata uma violação ao art. 6º, I, 1, da Convenção Europeia. Determinante, portanto, é verificar se o autor teria praticado o crime mesmo sem a provocação por parte do agente estatal.

Embora consideremos que a mera utilização de um agente estatal para possibilitar a persecução penal, ainda que passivamente, já atente contra o princípio da lealdade processual, nem esse *standard* mínimo estabelecido pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos foi respeitado na tentativa de regulamentação através da Lei 13.964/2019.

Talvez pretendendo estabelecer exigência semelhante, a previsão de que deve haver “elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente” transforma o tipo penal, cada vez mais, em tipo de autor, a justificar não apenas uma responsabilidade penal pela conduta de vida, como também a violar a regra constitucional da presunção de inocência – regra que legislador e Judiciário brasileiros parecem não ter limites em querer excepcionar. O critério do Tribunal Europeu pressupõe um exame empírico cuidadoso e desenvolve critérios substanciais para esse exame. O legislador brasileiro pretende contornar a dificuldade quanto à compatibilização da figura com a lealdade processual por meio da insinuação de um tipo de autor que faz pressupor, da suposta prática de condutas criminosas anteriores, a prática de uma conduta criminosa atual – destruindo qualquer contorno do que poderia ser um fato típico definido a ser atribuído ao autor.

A discussão dogmática em torno da problemática figura do *agent provocateur* gira, sobretudo, em torno da punibilidade do agente estatal por instigação – uma possibilidade que não pode ser descartada de antemão quando o fato se consuma.²⁰ Ao policial disfarçado faltaria, este o argumento, o dolo de consumação do delito, o que excluiria a imputação subjetiva em face da exigência do duplo dolo do instigador.²¹ No caso específico da

reconhecendo que a provocação foi contrária ao Estado de direito, não considera que ela exclui a pretensão punitiva do Estado, atribuindo-lhe apenas efeitos no âmbito da aplicação da pena (BVG, decisão de 18.12.2014, 2 BvR 209/14).

19. Akbay and others vs. Germany, Application n. 40495/15, 37273/15, 40913/15, 15.10.2020.
20. Cf. a percuciente análise de EIDAM, Lutz. Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des agent provocateur. In: SALIGER, Frank. *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. p. 773 e ss. Para análise detalhada dos problemas dogmáticos atrelados à figura, cf. MITSCH, Wolfgang. *Straflose Provokation strafbarer Taten. Eine Studie zu Grund und Grenzen des Straffreiheit des agent provocateur*. Lübeck: Verlag Max Schmidt-Römhild, 1986. Informativo e de interesse histórico, cf. HEILBORN, Paul. *Agent provocateur*. Berlin: Julius Springer, 1901, no qual o autor esclarece o significado essencialmente político da figura em suas origens teóricas, voltada a combater crimes contra o Estado ou contra inimigos políticos do soberano, noção que vai sofrendo transformações ao longo do tempo (p. 4 e ss.).
21. Cf. ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Munique: Beck, 2003. t. II, p. 148 e s.; 172 e ss., esp. sobre o *agent provocateur* p. 179; STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*. 5. ed. Colônia/Berlin/Munique: Carl Heymanns, 2004. p. 305 e ss., esp. sobre

criminalização da venda de entorpecentes, porém, esse argumento não prospera, em face da antecipação da intervenção penal típica dos delitos de perigo abstrato.²² O argumento, de natureza teleológica, de que o agente não pretendia a lesão do bem jurídico, aumenta injustificadamente os critérios de exigência para aferição de seu dolo – em comparação aos critérios de aferição do dolo do autor direto. Parte da doutrina tende a complementar esse critério teleológico pela exigência de que não se trate de uma provocação contrária ao Estado de direito, no sentido do que discutimos anteriormente no contexto da indagação sobre a existência de um processo justo.²³

Contudo, parece-nos que a solução deve dar-se já no plano da tipicidade objetiva: pela impossibilidade de afetação real do bem jurídico. A ideia subjacente ao dispositivo (que é inaplicável, insistimos) viola os princípios da lesividade e da ofensividade: não há qualquer afetação de bem jurídico, porque, desde o início, nem a “saúde pública” nem a saúde individual do falso comprador – a aceitar-se, por esforço argumentativo, que ela pudesse funcionar como bem jurídico para a criminalização – poderiam ser afetadas pela conduta. No plano objetivo, no entanto, o argumento de ausência de lesividade aproveita a ambos: ao agente e ao suposto autor do delito.

Em modificações à já referida Lei 10.826/2003, incluiu o legislador como causa de aumento de pena a “reincidência específica” (introdução do dispositivo do inciso II do artigo 20), assim reincidindo na consideração de tal figura, que, tendo sido relegada ao “baú dos trastes penais”, na expressão de Alberto Silva Franco²⁴, fora ressuscitada pela Lei 8.072/90.

VIII. CRIMES HEDIONDOS

Aliás, nossa comentada Lei 13.964/2019 não poderia deixar de trazer à cena a hedionda Lei 8.072/90 – pioneira das ilegítimas legislações exacerbadoras do rigor punitivo constante e paradoxalmente introduzidas em nosso ordenamento jurídico após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Foi ela objeto de alterações em seu artigo 1º, para mais um aumento do rol de crimes apelidados de “hediondos”, sendo ali incluídos, entre outros, o mero roubo qualificado

o *agent provocateur* p. 307; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. ed. Munique: Beck, 2014. p. 423 e ss., esp. sobre o *agent provocateur* p. 429 s.

22. Cf. EIDAM, Lutz. Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des *agent provocateur*, cit., p. 779; GROPP, Walter. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Berlim/Heidelberg: Springer, 2015. p. 440 e s.; relativamente ao âmbito dos delitos de perigo abstrato, já MITSCH, Wolfgang. *Straflose Provokation strafbarer Taten*, cit., p. 232 e ss.; para o tráfico de drogas p. 249.

23. Novamente, cf. EIDAM, Lutz. Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des *agent provocateur*, cit., p. 781 ss.

24. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 198-199.

KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 37-58. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

pelo emprego de arma de fogo e até mesmo o furto qualificado pelo emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Tanta é a volúpia de constantemente se aumentar o rol de crimes apelidados de “hediondos” que, quem sabe, talvez não demore muito para que essa esdrúxula classificação finalmente desapareça, quando o legislador, inteiramente dominado pelo furor punitivo, acabe por ali incluir todos os crimes previstos nas leis penais.

Nesse ímpeto, conjugando distintas técnicas legislativas de recrudescimento penal, destaca-se a inclusão no rol de crimes hediondos de condutas que correspondem, estruturalmente, a atos preparatórios ou de mera associação (pré-preparatórios), consubstanciando evidente e desmedida antecipação da intervenção penal:²⁵ trata-se dos crimes de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido, comércio ilegal de armas de fogo, tráfico internacional de arma de fogo, acessório ou munição (incisos II a IV do parágrafo único do art. 1º da Lei 8.072/90, todos com remissão à Lei 10.826/2003) e do crime de organização criminosa, quando direcionado à prática de crime hediondo ou equiparado (inciso V do parágrafo único do art. 1º da Lei 8.072/90). E mais: todos esses crimes são considerados hediondos também na *modalidade tentada*, o que sela, de vez, a intenção de formular tipos que não sejam nem minimamente definidos em sua extensão.

IX. TEMPO MÁXIMO DE CUMPRIMENTO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Mas, voltando o foco para modificações no Código Penal, a Lei 13.964/2019, com a alteração ao dispositivo contido no artigo 75, aumenta o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade de 30 para 40 anos. Desde logo, cabe assinalar que esse prolongado tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade decerto contraria a vedação de imposição e execução de penas cruéis estabelecida na Constituição Federal brasileira (artigo 5º, inciso XLVII, *e*), bem como em declarações internacionais de direitos (por exemplo, artigo 5, item 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica).

Penas de prisão de extremamente longa duração – como já ocorria em relação à permanência no cárcere no limite anterior de 30 anos, agravando-se com sua elevação para 40 anos – eliminam ou tornam extremamente distante a perspectiva de reconquistar a liberdade, tolhendo a esperança do retorno ao convívio extramuros e deteriorando, muitas vezes, de forma irreversível, a integridade psíquica do condenado. Já por isso tais penas de extremamente longa duração se incluem entre as vedadas penas cruéis.

25. Clássico a respeito o texto de JAKOBS, Günther. *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, p. 751 e ss., 1985, no qual por primeira vez o autor se utiliza da terminologia “direito penal do inimigo”, ainda, porém, com acento crítico posteriormente abandonado.

KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 37-58. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Mas, além disso, as declarações internacionais de direitos expressamente estabelecem que penas – e especialmente as penas privativas de liberdade – devem ter como objetivos a reeducação, a ressocialização, a reabilitação ou a readaptação social do condenado²⁶.

Decerto, não se pode esquecer que esses fins declarados da pena – reeducação, ressocialização, reabilitação ou readaptação social – são de impossível realização, notadamente em um sistema que faz da pena privativa de liberdade o seu centro. As ideias de reeducação, ressocialização, reabilitação ou readaptação social, pretendendo concretizar o objetivo de evitar que o autor de um crime volte a delinquir, são absolutamente incompatíveis com o fato da segregação. Um mínimo de raciocínio lógico não convive com a ideia de se pretender reintegrar alguém a uma sociedade, afastando-o dela.

Tais fins declarados devem ser assim realisticamente vistos apenas como orientadores da imposição e da execução da pena, como determinado pelas normas convencionais mencionadas. Hão de operar, portanto, como função limitadora do poder do estado de punir, exigindo que a imposição e a execução da pena levem em conta a necessidade concreta de punição para atender àquela declarada proposta de “reabilitação” do condenado, funcionando como um controle destinado a evitar penas tão somente vingativas, desproporcionais e desconformes ao princípio da culpabilidade, bem como tentando evitar os efeitos mais deteriorantes do encarceramento e fornecer um apoio objetivo que facilite um retorno menos traumático ao convívio extramuros.

São esses fins declarados da pena de reeducação, ressocialização, reabilitação ou readaptação social que determinam que o cumprimento da pena privativa de liberdade se faça progressivamente, como estabelecem as regras dos artigos 33 e 59 do Código Penal, com a gradual passagem para regimes decrescentemente rigorosos (como os regimes semiaberto e aberto), até o último desses estágios – o livramento condicional – em que medidas de controle restritivas da liberdade substituem sua privação.

Além de revelar a desautorizada crueldade, a permanência no cárcere por 30, ou agora pior, por 40 anos, certamente contraria os apontados fins declarados da pena de reeducação, ressocialização, reabilitação ou readaptação social, ilegitimamente se orientando por um vedado fim de mera neutralização do condenado.

Não bastasse a fixação do tempo máximo de permanência no cárcere em limite desautorizadamente elevado, há ainda o entendimento dominante na jurisprudência a negar a incidência de tal limite sobre o cálculo do tempo exigível para a progressão, nas hipóteses de soma ou unificação de penas privativas de liberdade referentes a condenações diversas.

26. Por exemplo, o artigo 10, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a dispor que “o sistema penitenciário deve implicar o tratamento dos presos, cujo objetivo essencial deve ser sua reforma e reabilitação social [...]”. Assim também a regra do item 6 do artigo 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a dispor que “as penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 37-58. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro em julgamento de pedido de medida liminar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347²⁷. Vale lembrar a ementa do acórdão:

“Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como ‘estado de coisas inconstitucional’ [...]”

Não obstante tal claro reconhecimento da deteriorada situação carcerária brasileira, o mesmo Supremo Tribunal Federal ainda mantém vigente o enunciado 715 de sua Súmula, a dizer que

“A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal [agora aumentado para 40 anos], não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”.

Ressalte-se a impropriedade da expressão “benefícios”. O livramento condicional ou qualquer outra progressão no cumprimento da pena privativa de liberdade não é um “benefício”, constituindo sim um direito do condenado, uma vez cumpridos os requisitos legalmente estabelecidos. Essa expressão “benefícios”, tradicionalmente utilizada nesse campo, nitidamente denota um desprezo pelos direitos do condenado, como se a obtenção da progressividade não fosse legalmente exigível, sendo indevidamente tratada como uma espécie de concessão, de benevolência do estado.

Ressalte-se ainda que a desconSIDERAÇÃO da repercussão do limite máximo para o cumprimento das penas privativas de liberdade no cálculo do tempo exigível para a progressão em sua execução se faz sem que haja, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer dispositivo legal que a imponha. E, remarque-se, que, de todo modo, ainda que houvesse um tal dispositivo, esse estaria violando as normas fundamentais que vedam as penas cruéis e determinam que a execução da pena privativa de liberdade se oriente pelos fins de reeducação, ressocialização, reabilitação ou readaptação social.

Mas, o legislador brasileiro, ao menos nesse ponto, não cometeu essa violação. A interpretação jurisprudencial é que, no silêncio da lei, esquecida do que dispõe o próprio princípio da legalidade, exige que, para o reconhecimento do direito à progressão na execução da pena privativa de liberdade, o condenado deva ter cumprido um determinado período de tempo da pena efetivamente imposta ou da soma de todas as penas impostas e não do limite máximo estabelecido com base na pena única ou na unificação das diversas penas impostas, assim criando restrição onde a lei não a estabelece.

27. Julgamento realizado em 9 de setembro de 2015, relator o Ministro Marco Aurélio.

KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 37-58. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

A imperativa observância do princípio da legalidade naturalmente conduz à conclusão de que, na ausência de qualquer restrição legal, o limite máximo para o cumprimento da pena privativa de liberdade há de ser considerado para o cálculo do tempo exigido para a progressão em sua execução. Nenhuma interpretação de norma penal ou processual penal pode criar restrições ao exercício de direitos do réu ou do condenado que não estejam expressa e taxativamente estabelecidas na lei.

X. A PROGRESSÃO DE REGIMES

A comentada Lei 13.964/2019, além de elevar o tempo máximo de cumprimento das penas privativas de liberdade de 30 para 40 anos, criou maiores obstáculos para a progressão, aumentando os tempos exigíveis para a passagem aos regimes menos rigorosos, com as modificações introduzidas no artigo 112 da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal).

A tendência de contínua criação de obstáculos à progressividade, naturalmente iniciada com a hedionda Lei 8.072/90, sistematicamente busca-os nas desautorizadas considerações da reincidência e da natureza do crime em que fundada a condenação, como se dá com as modificações introduzidas pela Lei 13.964/2019 no estabelecimento dos aumentados períodos de tempo necessários à passagem para regimes menos rigorosos.

A antiga e desautorizada extração de efeitos negativos da reincidência, a repercutir na agravção da pena, na forma de sua execução, ou em restrições a quaisquer direitos assegurados a quem não esteja etiquetado como reincidente, começa por nitidamente vulnerar o princípio da culpabilidade. A consideração de uma condenação prévia, para daí extrair efeitos gravosos, revela nítida adesão à culpabilidade de autor, pretendendo-se que a reprovação, externada na pena, se fundamente não sobre a negatividade da conduta realizada, mas sobre uma suposta negatividade da pessoa que a realizou, adicionando-se um *plus* à sua punição, ou restringindo-lhe direitos, não pelo que fez, mas pelo que é.

Além disso, quaisquer extrações de efeitos gravosos da reincidência implicam nítido conflito com as normas convencionais que expressam o princípio garantidor da vedação de dupla punição pelo mesmo fato (*ne bis in idem*)²⁸. Quando, em razão da reincidência, a lei veda direitos reconhecidos a quem não sofreu a condenação anterior, acrescenta uma quantidade de tempo à pena-base imposta pela prática de outro crime, ou estabelece que seu cumprimento se faça de forma mais rigorosa está criando um *plus* punitivo, que, sem qualquer vinculação com a conduta configuradora do crime atual, objeto do processo em que imposta a condenação, constitui uma nova apenação de uma outra conduta passada,

28. Por exemplo, a norma do item 7 do artigo 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a dispor que “Ninguém poderá ser novamente processado ou punido por um delito pelo qual já foi definitivamente condenado ou absolvido, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”.

KARAM, Maria Lucia; MARTINS, Antonio; ZILIO, Jacson. “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 37-58. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

por cuja prática o indivíduo já fora, anteriormente, julgado e condenado. A dupla punição, a violação do *ne bis in idem* são evidentes.

A vedação de múltipla punição e múltipla persecução penal é decorrência natural da intangibilidade da coisa julgada material, em seu aspecto garantidor, garantia que se vincula à segurança jurídica. Adquirida a autoridade de coisa julgada em sentido material pela sentença condenatória anterior (a imutabilidade do que foi decidido), o conflito surgido com a prática do crime lá reconhecido foi definitivamente solucionado, não podendo ser renovado, ou projetar consequências em uma outra demanda, como nitidamente ocorre quando se utiliza aquele mesmo conflito, solucionado com a satisfação da pretensão punitiva do Estado através da pena então imposta, para dele extrair a razão do *quantum* maior da nova pena, da forma mais rigorosa para seu cumprimento, ou de qualquer outra restrição ou agravação da posição do réu, no novo processo.

Já os obstáculos à progressividade na execução da pena fundados na natureza do crime praticado trazem nítida violação ao princípio da individualização da pena, consagrado na norma do inciso XLVI do artigo 5º da Constituição Federal.

A individualização tem sua essência situada no campo do concreto.

O campo abstrato esgota-se na etapa de criminalização primária, em que definidas as condutas criminalizadas e previstas as penas a elas cominadas: suas espécies (pena privativa de liberdade, penas privativas ou restritivas de outros direitos, penas pecuniárias), quantidades (penas estabelecidas entre um mínimo e um máximo) e formas de execução (para a pena privativa de liberdade: regimes fechado, semiaberto e aberto; livramento condicional; suspensão condicional da execução da pena).

Com o processo, passa-se do plano abstrato para um plano concreto. Ali, se ficar indubitavelmente provada a prática do crime específico de que o réu é acusado, o juiz, condenando-o, imporá, dentro das quantidades e das formas limitadas pela lei, uma pena maior ou menor, mais ou menos rigorosa, conforme as circunstâncias do caso concreto, assim impondo a pena necessária e suficiente, a pena proporcional, de acordo com a maior ou menor culpabilidade do réu.

Na imposição da pena, o juiz realiza a individualização, considerando o indivíduo que concretamente praticou um crime igualmente concreto. Cada condenação é uma situação particular. Cada indivíduo é diverso do outro. Cada crime é diferente do outro.

Consequentemente, após a condenação, somente poderá operar aquela pena individualizada, aquela pena concretamente imposta, pois, somente assim serão observados o sentido e a essência do princípio individualizador. A criminalização secundária, materializando-se com a imposição e a execução da pena, é sempre a criminalização de um indivíduo, que realizou uma conduta particularizada. Na etapa de criminalização secundária generalidades e abstrações não podem mais ter lugar.

Diferenciações fundadas na espécie abstrata do crime, como estabelece a Lei 13.964/2019 ao alongar prazos para a progressão em relação a todo e qualquer condenado pela prática, por exemplo, de crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça ou de crime “hediondo” ou equiparado, impedem que o juiz considere a situação

concreta do condenado. Essa situação concreta acaba indevidamente substituída pela abstração configurada pela natureza do crime.

Assim como a maior ou menor gravidade de um crime abstratamente considerado é dada pelo desvalor expresso nos limites mínimo e máximo das penas cominadas, a partir da consideração da natureza e da dimensão da afetação do bem jurídico que delimita a regra criminalizadora, a maior ou menor gravidade de um crime efetivamente praticado estará revelada pela dimensão da pena concretamente aplicada, a combinar aquele desvalor abstrato que dá os limites para sua graduação ao desvalor advindo da consideração dos fatos e das circunstâncias objetivas e subjetivas presentes na conduta concretamente realizada. É assim que o Código Penal corretamente estabelece os parâmetros a serem observados na determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade a partir da quantidade da pena concretamente aplicada, como também para a suspensão condicional da execução dessa mesma pena privativa de liberdade ou para sua substituição por penas restritivas de direitos.

A execução da pena não diz respeito ao passado retratado no fato configurador do crime lesivo ao bem jurídico. Esse passado interessa tão somente à fase de conhecimento do processo, sendo ali reproduzido em sua instrução e conduzindo, diante da demonstração da existência do crime e da responsabilização de seu autor, à sentença ou ao acórdão condenatórios. A execução, como é de sua própria natureza, é algo que, ao contrário, se projeta para o futuro, orientando-se pelos fins que teoricamente deverão ser atingidos com o cumprimento daquela pena imposta no pronunciamento condenatório.

Com a condenação definitiva, inaugura-se nova etapa da criminalização secundária, em que já deixados para trás os passos anteriores no caminho seguido pelo estado para fazer valer seu poder punitivo, da mesma forma que, na fase de conhecimento já fora deixado para trás o passo prévio dado na etapa de criminalização primária (a abstrata definição das condutas criminalizadas), a interessar apenas em suas funções de dar a conhecer o desvalor das condutas criminalizadas e estabelecer limites à aplicação da pena. Nessa nova etapa da criminalização secundária, materializada na execução, o reconhecimento da prática do crime já é algo definitivamente assentado. Agora, só o que interessa, para a atuação do poder punitivo, é a pena a ser executada.

Distinções entre condenados, na execução, só podem se fundar, assim, na dimensão da pena concretizada na condenação. A maior ou menor quantidade da pena imposta é que demonstra a maior ou menor gravidade da conduta concretamente realizada pela qual foi responsabilizado o condenado, permitindo o tratamento diferenciado unicamente a partir dessa dimensão.

Quem foi condenado a 6 anos de reclusão pela prática de um crime “x” encontra-se na mesma posição de quem foi condenado a pena de igual dimensão pela prática de um crime “y”, nada importando quais sejam as espécies desses crimes ou que bens jurídicos tenham sido atingidos. Quando se cuida do reconhecimento de direitos a quaisquer institutos relativos à execução da pena, essas espécies de crimes e esses bens jurídicos atingidos são inteiramente irrelevantes. A natureza abstrata do crime praticado ou do

bem jurídico atingido não é um diferencial considerável nessa fase. Tratamentos diferenciados entre condenados, fundados nessa natureza, além de vulnerarem o princípio individualizador, revelam uma distinção discriminatória inteiramente incompatível com o conteúdo do princípio da isonomia.

E os prazos alongados para a progressão, estabelecidos pela comentada Lei 13.964/2019, atingem exatamente os maiores contingentes de nosso superlotado sistema carcerário: os condenados por roubo (crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça) e por “tráfico” das arbitrariamente selecionadas drogas tornadas ilícitas (crime equiparado a “hediondo”), que chegam a praticamente 60% dos quase 800.000 presos brasileiros.

Cabe mencionar, finalmente, que a Lei 13.964/2019 ainda introduziu a regra do § 9º ao artigo 2º da Lei 12.850/2013 (a lei que trata das ditas “organizações criminosas”), a dizer que

“O condenado expressamente em sentença por integrar organização criminosa ou por crime praticado por meio de organização criminosa não poderá progredir de regime de cumprimento de pena ou obter livramento condicional ou outros benefícios prisionais se houver elementos probatórios que indiquem a manutenção do vínculo associativo.”

A condenados por condutas que constituem meros atos preparatórios, ou menos que isso, o legislador pretende sonegar a progressão de pena, se houver elementos que indiquem a “manutenção do vínculo”, vale dizer: se houver elementos que levem à conclusão da prática de *outras* condutas, no que se verifica uma evidente antecipação de pena.

XI. CONCLUSÃO

A análise aqui empreendida da Lei 13.964/2019 pretendeu fixar-se nos equívocos penais ali perpetrados, tanto em sua dimensão técnico-dogmática quanto na político-criminal. Muito haveria a ser dito, ainda, acerca de seus equívocos criminológicos, que atestam o desconhecimento científico e a persistência, entre nós, de um positivismo etiológico e seletivo, e processuais, que subvertem o sistema do processo penal brasileiro.

A apontada permanência mais longa na prisão de um enorme contingente de condenados logo repercutirá no agravamento do já massivo encarceramento constatado no Brasil, assim fortalecendo os efeitos criminógenos do cárcere, efetivamente sugerindo que o apelido da Lei 13.964/2019 seja mudado de “Lei Anticrime” para Lei “Pró-Crime”.

XII. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASHOLT, Martin. *Verjährung im Strafrecht. Zu den theoretischen, historischen und dogmatischen Grundlagen des Verhältnisses von Bestrafung und Zeit in §§ 78 ff. StGB*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Robert. *Falência da pena de prisão*. São Paulo: Ed. RT, 1993.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal: parte geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- EIDAM, Lutz. Aktuelle Überlegungen zur Strafbarkeit des agent provocateur. In: SALIGER, Frank. *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C.F. Müller, 2017.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- GROPP, Walter. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 4. ed. Berlim/Heidelberg: Springer, 2015.
- HEILBORN, Paul. *Agent provocateur*. Berlim: Julius Springer, 1901.
- IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel. *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa: consideración especial a las restricciones ético-sociales*. Granada: Comares, 1999.
- JAKOBS, Günther. Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 97, p. 751 ss., 1985.
- MITSCH, Wolfgang. *Straflose Provokation strafbarer Taten. Eine Studie zu Grund und Grenzen des Straffreiheit des agent provocateur*. Lübeck: Verlag Max Schmidt-Römhild, 1986.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. Prólogo. In: FLETCHER, George P. *En defensa propia (sobre el caso Goetz y sus implicaciones legales)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- POMARES CINTAS, Esther. Delitos de acción. La antijuridicidad (I). In: ZUGALDÍA ESPINAR, José M. (Org.); PÉREZ ALONSO, Esteban J. (Coord.). *Derecho penal: parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 6. ed. Munique: Beck, 2014.
- ROXIN, Claus. Die sozialetischen Einschränkungen des Notwehrrechts. Versuch einer Bilanz. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n. 93, p. 68 e ss., 1981.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht – Allgemeiner Teil – Band I – Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*. München: Verlag C. H. Beck, 2006.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Munique: Beck, 2003. t. II.
- STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*. 5. ed. Colônia/Berlin/Munique: Carl Heymanns, 2004.

- TAVARES, Juarez. A situação carcerária no Brasil. In: TAVARES, Juarez; PRADO, Geraldo. *O direito penal e o processo penal no Estado de direito: análise de casos*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- VON HIRSCH, Andreas. *Deserved criminal sentences*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2017.
- VON HIRSCH, Andrew; ASHWORTH, Andrew. *Proportionate Sentencing. Exploring the Principles*. Oxford (UK): Oxford University Press, 2005.
- ZILIO, Jacson. *Legítima defensa: las restricciones ético-sociales a partir de los fines preventivos y garantísticos del derecho penal*. Buenos Aires: Didot, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Pacote Anticrime" (Lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo, de Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques – *Re-Pro* 303/291-314 (DTR\2020\3821);
- O legado tecnicista no pacote anticrime, de Felipe Lazzari da Silveira e Rodrigo Oliveira de Camargo – *RBCCrim* 168/19-36 (DTR\2020\7307); e
- Whistleblowing no pacote anticrime, de Eduardo Cambi e Gustavo Carvalho Kichileski – *RT* 1006/201-229 (DTR\2019\35533).

O SINUOSO PERCURSO DO DIREITO PENAL ESPANHOL PARA SUPERAR A DOCTRINA *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

THE CRIMINAL SPANISH LAW SINUOUS PATH TO OVERCOMING THE SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST DOCTRINE

RODRIGO JOSÉ LEAL

Doutor em Direito pela Universidade de Alicante e Professor de Direito Penal da FURB, financiadora
dessa pesquisa.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6995462838504340>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3644-7838>].

rleal145@gmail.com

Recebido em: 19.10.2020

Aprovado em: 25.03.2021

Última versão do autor: 20.04.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Internacional

RESUMO: Este artigo analisa a evolução da legislação criminal da Espanha sobre a polêmica questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. A pesquisa teve como objeto a posição dos códigos penais e da doutrina, em face do controvertido tema no espaço do sistema penal espanhol, que sempre esteve atrelado ao princípio da imputação penal da pessoa física. Após breves referências à legislação vigente até 2010, o estudo dedica maior atenção à Reforma Penal daquele ano, que introduziu a responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico espanhol. Em 2015, apenas cinco anos depois, visando aperfeiçoar o ordenamento jurídico-penal e atender às exigências do Direito Penal europeu, o legislador espanhol, pela segunda vez, reformou o Código Penal, por meio da Lei Orgânica 1/2015, para ajustar as regras do princípio da responsabilidade da pessoa jurídica e introduzir o sistema da "Compliance Corporate" no

ABSTRACT: This article analyzes the evolution of criminal law in Spain on the controversial issue of criminal liability of legal entities. The research had as object of the penal codes and of the doctrine, in face of the controversial subject of the Spanish penal system, which has always been linked to the principle of criminal accusation against the private individual. After brief references to the legislation in effect until 2010, the study focuses on the Penal Reform of that year, which introduced the criminal liability of the legal entity into the Spanish legal system. In 2015, just five years later, aiming to improve the legal-penal order and meet the requirements of European Criminal Law, the Spanish legislator, for the second time, reformed the Penal Code, through Organic Law 1/2015, to adjust the rules of the principle of corporate responsibility and introduce the "Corporate Compliance" system in Spanish Criminal Law. However, there are still

Direito Penal espanhol. Mesmo assim, continuam as dificuldades de interpretação e aplicação desse polêmico instituto de direito penal, no âmbito do sistema jurídico da civil law.

PALAVRAS-CHAVE: Crime – Pessoa jurídica – Responsabilidade criminal – Pena criminal – *Compliance*.

difficulties in interpreting and applying this controversial criminal law institute, within the scope of the civil law legal system.

KEYWORDS: Crime – Legal person – Criminal liability – Criminal penalty – *Compliance*.

SUMÁRIO: 1. Sistema penal codificado espanhol: do Código Penal de 1822 ao Código Penal de 1995. Quase dois séculos de afirmação da doutrina *societas delinquere non potest*. 1.1. Códigos Penais espanhóis do século XIX. 1.2. Códigos Penais espanhóis de 1928, 1932 e de 1944. 2. Código Penal espanhol de 1995 e a manutenção da regra *societas delinquere non potest*. 2.1. Nova ordem política e necessidade de reforma do sistema penal. 2.2. Código Penal de 1995 e as "consequências acessórias" como sanções cominadas à pessoa jurídica. 2.3. A intensa polêmica doutrinária sobre a natureza jurídica das "consequências acessórias". 3. Projetos de reforma do Código Penal espanhol de 1995 e as propostas de abandono do brocardo *societas delinquere non potest*. 3.1. Projeto de reforma do ano de 2007. 3.2. Projeto de reforma de 2009. 3.2.1. Críticas ao Projeto de Reforma de 2009. 4. A Lei Orgânica de 5/2010: fim da secular doutrina *societas delinquere non potest* na Espanha?. 4.1. Fatores determinantes da reforma. 4.2. Anotações pontuais sobre as regras da responsabilidade criminal da pessoa jurídica. 4.3. Boa parte da doutrina assumiu posição de ostensiva crítica ao texto da reforma de 2010. 4.4. Resistência da jurisprudência à mudança de paradigma: os tribunais continuaram resistindo à ideia de se punir as empresas acusadas da prática de crimes. 5. A Reforma de 2015 do Código Penal: enfim, o abandono da regra *societas non delinquere potest*. 5.1. As razões para uma nova reforma. 5.2. Alterações relativas à regra *societas delinquere potest*. 5.3. Modelo híbrido de responsabilidade penal da pessoa jurídica. 5.4. Responsabilidade criminal por deficiência ou omissão do devido controle organizacional: o modelo espanhol de compliance. 5.5. Críticas ao modelo espanhol de compliance. 6. Considerações finais. 7. Referências. Legislação.

1. SISTEMA PENAL CODIFICADO ESPANHOL: DO CÓDIGO PENAL DE 1822 AO CÓDIGO PENAL DE 1995. QUASE DOIS SÉCULOS DE AFIRMAÇÃO DA DOUTRINA *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

1.1. Códigos Penais espanhóis do século XIX

Na grande onda do movimento codificado que teve início no começo do século XIX, por influência dos códigos napoleônicos, a Espanha conheceu o seu primeiro Código Penal em 1822. Seguindo a orientação da época, o código adotou o tradicional princípio *societas delinquere non potest*. No entanto, Bernardo Del Rosal Blasco informa que esse estatuto penal prescrevia a medida de dissolução “de cofradías y corporaciones similares”.

Esse primeiro estatuto penal teve curta duração e acabou substituído pelo Código de 1848, que também previa a possibilidade de se aplicar medida de dissolução de “asociaciones ilícitas”.¹

Em 1870, surge um novo Código Penal na Espanha, que manteve a estrutura punitiva voltada à pessoa física. No ano de 1884, foi apresentado projeto de reforma do Código Penal então vigente (1870), visando aprovar norma que permitisse a punição de dirigentes que cometessem crimes por conta de uma entidade ou personalidade jurídica, sociedade ou empresa. O art. 25, do denominado de *Proyecto Silvela*, foi considerado por Silvina Bacigalupo “una verdadera novedad en esta materia no sólo por la doctrina española de la época, sino también por la alemana”.² Porém, essa proposta de alteração da legislação codificada não prosperou por força da orientação doutrinária que predominou, desde aquela época até o começo deste século, na península ibérica.³

Assim, pode-se dizer que, na Espanha, durante a vigência dos três códigos aprovados no século XIX, a questão da responsabilidade criminal da pessoa jurídica permaneceu, apenas, no plano das ideias e propostas teóricas de uma corrente minoritária da doutrina penal espanhola.

1.2. Códigos Penais espanhóis de 1928, 1932 e de 1944

Da mesma forma, o Código Penal de 1928 se manteve fiel à doutrina contrária à responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Tanto que o artigo 44 determinava expressamente que “la responsabilidad criminal por los delitos o falta es individual”. Bernardo

1. Bernardo Del Rosal Blasco esclarece, ainda, que, “en la Constitución de España de 1869, la disolución ya no era contemplada como medida, sino como una verdadera pena, disponiendo, así, en su art. 19 que “a toda asociación, cuyos miembros delinquieren por los medios que la misma le proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca, sometiendo incontinenti los reos al juez competente. Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado, podrá ser disuelta por una ley”. In: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. [delrosal@ua.es]. Síntese Histórica dos Códigos Penais Espanhóis do Século XIX – mensagem pessoal. Mensagem recebida por Rodrigo José Leal, em 12.10.2020, às 15h e 47min.
2. O art. 25 do Proyecto Silvela tinha a seguinte redação: “Son responsables criminalmente: Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social” (BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 259).
3. Cabe assinalar que o dispositivo penal em referência não responsabilizava, propriamente, em termos criminais, a pessoa jurídica, e sim seus dirigentes. Silvina Bacigalupo escreve textualmente que é preciso “reconocer hoy que el Proyecto de Silvela lo único que hacía era establecer la aplicación de posibles medidas a una persona jurídica, pero que ello no significa en ningún caso el reconocimiento por éste de una efectiva responsabilidad penal de la persona jurídica” (Ob. cit., p. 261).

Del Rosal Blasco entende, no entanto, que o Código trouxe importante inovação ao cominar medidas de segurança como a suspensão, a dissolução e até o fechamento temporário ou definitivo de uma pessoa jurídica, que tivesse servido de meio para execução dos delitos.⁴

Mesmo assim, o Direito Penal espanhol continuou vinculado à tradição jurídica europeia continental e, principalmente, ibérica de rejeição da responsabilidade penal de uma entidade coletiva.⁵

O Código Penal de 1928 teve vida efêmera. Foi logo substituído pelo Código Penal de 1932 e este pelo Código Penal de 1944. Esses diplomas mantiveram a orientação legislativa fiel ao princípio da *societas delinquere non potest* e, portanto, contrária ao estabelecimento de um controle penal claro e definido em face de ações cometidas por uma entidade coletiva.⁶

O Código Penal de 1944 vigorou até 1995 e, a exemplo da legislação anterior, admitia a aplicação de medidas acessórias tais como suspensão, dissolução e privação de direitos e privilégios contra uma pessoa coletiva. Mas, a regra da responsabilidade penal individual perdurou durante a sua vigência, haja vista o teor dos artigos 176 e 238 desse diploma penal.⁷

Dessa forma, até o final do século passado, o Direito Penal espanhol manteve-se firmemente entrincheirado ao lado da corrente contrária à responsabilidade criminal da pessoa jurídica.⁸

4. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. [delrosal@ua.es]. Ob. cit.

5. O texto do art. 44 estava assim redigido: “Pero, cuando los individuos que constituyan una entidad o persona jurídica, o formen parte de una Sociedad, Corporación o Empresa de cualquier clase, cometieren algún delito con los medios que las mismas les proporcionaren, en términos que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social, o en beneficio de la misma entidad, los Tribunales, sin perjuicio de las facultades gubernativas que pertenecen a la Administración, podrán decretar en la sentencia la suspensión de las funciones de la entidad o persona jurídica, Sociedad, Corporación o empresa, o su disolución o supresión, según proceda”. Texto extraído do estudo preliminar feito por Quintiliano Saldaña. MESTRE, Aquiles. *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Trad. de César Camargo y Marín. Madrid: Gongora, s/d. p. 24.

6. SOUZA, João Castro e. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*. Coimbra: Editora Coimbra, 1985, p. 44.

7. João Castro e Souza cita exemplos de medidas acessórias previstas para as pessoas coletivas no ordenamento jurídico espanhol daquela época: artigo 265 do Código Penal de 1944; artigo 201 do Código de Justiça Militar, os artigos 12, 14 e 15 da Lei das Associações, de 30 de junho de 1887 entre outros. Ibidem, p. 44-45.

8. Ver: Bacigalupo SAGESSE, Silvina. Ob. cit., p. 263. Ver, também, BARBERO SANTOS, Marino. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas? In: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de; BARBERO SANTOS, Marino. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 72.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

2. CÓDIGO PENAL ESPANHOL DE 1995 E A MANUTENÇÃO DA REGRA *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*

2.1. *Nova ordem política e necessidade de reforma do sistema penal*

Com a derrubada do regime franquista, de caráter nitidamente fascista e com a implantação de um Estado Democrático de Direito, o Código Penal sancionado durante a II Guerra Mundial – armado de um conjunto de normas repressivas de maior rigor e de restrição à liberdade individual – mostrava-se incompatível com o projeto político espanhol de construção de um Estado de bem-estar social e de garantias da liberdade.

Daí, a necessidade de um novo Código Penal, cujo texto viesse sancionado com o expurgo das normas de matiz político-jurídica fascista do Código Penal de 1944. E, ao mesmo tempo, que incorporasse as novas propostas de um Direito Penal moderno e garantidor dos princípios constitucionais penais, que fundamentam o sistema punitivo do Estado Democrático do final do século passado e início do século 21.

Após um período de quinze anos de fracassadas tentativas para substituir o Código Penal de 1944, que já não correspondia à nova ordem política, social e jurídica da Espanha pós-franquista, a Espanha conheceu, enfim, um novo Código Penal. Sancionado pela Lei Orgânica 10/1995, entrou em vigor em 24 de maio de 1996.⁹

2.2. *Código Penal de 1995 e as “consequências acessórias” como sanções cominadas à pessoa jurídica*

No que diz respeito ao tema aqui examinado e com a denominação de “consequências acessórias”, o legislador espanhol de 1995 inseriu no texto do artigo 129 do atual Código Penal uma série de medidas a serem aplicadas contra uma pessoa jurídica. O dispositivo legal em tela prescrevia uma série de sanções aplicáveis à pessoa jurídica em geral (empresa comercial ou industrial, associação ou fundação), tais como: fechamento ou dissolução temporária ou definitivamente suspensão das atividades, proibição de realizar futuras atividades e intervenção para garantir direitos de credores ou trabalhistas.¹⁰

A norma em referência colocava, no espaço do poder discricionário do juiz penal, uma ampla gama de medidas que podiam ser tomadas contra uma pessoa jurídica, como o fechamento, a dissolução, a suspensão de suas atividades ou a proibição de realizar atividades ou negócios com o poder público, sempre com vista “a prevenir la continuidad en la actividad delictiva”.

Conforme Adán Nieto Martín, a entrada em vigor do Código Penal espanhol de 1995 teria criado três espécies de medidas repressivas para sancionar as pessoas jurídicas: as sanções denominadas de “consequências acessórias”; a medida repressiva de sofrer os

9. Bacigalupo SAGESSE, Silvina. Ob. cit., p. 262-276.

10. Conforme: Bacigalupo SAGESSE, Silvina. Ob. cit., p. 270-277.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

efeitos penais de uma conduta praticada por uma pessoa física; e as medidas destinadas especificamente aos delitos de tráfico de drogas.¹¹

É preciso assinalar que essas medidas penais já existiam no Direito Penal espanhol, embora com outras denominações e dispersas nos textos do Código Penal anterior e de leis especiais. É a lição colhida da obra de Bernardo Del Rosal Blasco e Ignacio Pérez Valero, quando escreveram que o novo dispositivo codificado, na verdade, não criou medidas repressivas desconhecidas do sistema punitivo anterior, pois “muitas delas já existiam” no ordenamento jurídico, “embora dispersas”, na legislação penal.

Assim, concluem esses penalistas que a inovação trazida pelo art. 129 ficou por conta da unificação desse conjunto de medidas sancionatórias num único dispositivo do Código Penal e da mudança de nomenclatura.¹²

Não cabe, no âmbito deste trabalho, analisar os tipos e os casos de aplicação dessas “consequências acessórias”, mas apenas examinar a natureza jurídica de tais medidas legais destinadas a sancionar e a restringir, temporária ou definitivamente, o funcionamento de um ente corporativo civil ou empresarial.

2.3. *A intensa polêmica doutrinária sobre a natureza jurídica das “consequências acessórias”*

No âmbito da doutrina espanhola, não foi surpresa a intensa polêmica acerca da natureza jurídica das “consequências acessórias” prescritas no texto do artigo 129 do Código Penal de 1995, se penal, administrativa ou civil. O processo hermenêutico conduziu a doutrina a firmar as mais diversas posições acerca do sentido jurídico-penal da norma em referência. Portanto, não foram poucas nem pequenas as divergências entre os autores que estudaram e que produziram inúmeros trabalhos acadêmicos sobre a questão.¹³

11. Nieto Martín, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008. p. 33-34.

12. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; PÉREZ VALERO, Ignacio. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español. In: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; HURTADO POZO, José; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 29. Silvina Bacigalupo também reconhece que “la novedad reside en la *regulación con carácter general* y bajo la denominación expresa de ‘*consecuencias accesorias*’, ya que algunas de estas medidas ya se encontraban en el Código derogado” (Bacigalupo SAGESSE, Silvina. Ob. cit., p. 277).

13. Apenas para demonstrar o grande interesse que o tema despertou na doutrina espanhola, ver, entre outros, os seguintes trabalhos publicados por autores espanhóis, após a vigência do Código Penal de 1995: Miró LliNARES, Fernando. Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código Penal (al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial). In: SOLER PASCUAL, Luis Antonio (Dir.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos: especial referencia a los consejos de administración – actuar en nombre de otro*. Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial, Madrid, n. 91, 2006, p. 243-248; Silva Sánchez, Jesús-María. El actuar en lugar de otro en el

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Conforme assinalou Adán Nieto Martín, os desencontros foram tantos no plano doutrinário que surgiram “soluciones inimaginables” acerca da natureza jurídica das “consequências acessórias” previstas no artigo 129 do Código Penal espanhol.¹⁴

Parte da doutrina espanhola manteve uma firme expectativa no sentido de que o Código Penal de 1995, finalmente, viria para positivar a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Em consequência, alguns autores estavam convencidos de que as “Consequências Acessórias” previstas, à época, no art. 129, eram efetivamente penas de natureza criminal.

Foi a posição assumida por José Miguel Zugaldía Espinar, ao escrever que a única forma de se garantir o respeito aos princípios constitucionais, que fundamentam o sistema sancionador do Estado Democrático, na aplicação dessas medidas legais, conduz obrigatoriamente à hermenêutica de que as “consequências acessórias” são penas de natureza criminal.¹⁵

Código Penal español. In: García Cervera, Percy (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. 1ª. reimp. Mendoza: Cuyo, nov. 2005, p. 132-133; Granados Pérez, Carlos. Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal. In: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles (Dir.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado y derecho comunitario. Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial*, Madrid, n. 115, 2007, p. 146-147; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Prólogo de Klaus Tiedemann. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2003. p. 209-215; Cancio Meliá, Manuel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al código penal español de 1995*. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2006. p. 7-8; DE Toledo y Ubieto, E. Octavio. Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del Código Penal español: con especial referencia al principio *societas delinquere non potest*. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, año VII-VIII, n. 12, 2002, p. 357-358; Zugaldía Espinar, José Miguel. Vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el moderno derecho penal. In: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; HURTADO POZO, José; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001. p. 250-254; GARCÍA ARÁN, Mercedes. Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el código penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007. In: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles (Dir.). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado y derecho comunitario. Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial*, Madrid, n. 115, 2007. p. 250 e ss. Ver, também, o extenso rol de trabalhos acadêmicos citados por: NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *Responsabilidad penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 33, nota de página 38. E, ainda, por DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; PÉREZ VALERO, Ignacio. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español, ob. cit., p. 24, nota de página 2.

14. Nieto Martín, Adán. *Sistemas Penales Comparados: responsabilidad penal de las personas jurídicas*. *Revista Penal*, año 9, n. 17, enero de 2005. p. 226.
15. Zugaldía Espinar, José Miguel. Ob. cit. p. 252-253. Acompanha esta posição doutrinária: Bacigalupo SAGESSE, Silvina. Ob. cit., p. 286.

A corrente doutrinária majoritária, no entanto, entendeu que as “consequências acessórias” não podiam ser consideradas como medidas de segurança em seu sentido propriamente penal. Era a posição defendida por José Cerezo Mir, para quem as “consecuencias acesorias” são medidas de caráter administrativo e não medidas de segurança de Direito Penal, “pues las personas jurídicas no han realizado ni podían realizar una acción u omisión típica y antijurídica”.¹⁶

Dessa forma, apesar da divergência doutrinária, pode-se afirmar que a promulgação do Código Penal de 1995 não alterou a tradição do direito espanhol, que permaneceu fechado à ideia de se atribuir capacidade penal às pessoas jurídicas.

3. PROJETOS DE REFORMA DO CÓDIGO PENAL ESPANHOL DE 1995 E AS PROPOSTAS DE ABANDONO DO BROCARDO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTES*

3.1. Projeto de reforma do ano de 2007

Se o Código Penal de 1995 manteve o princípio *societas delinquere non potest*¹⁷, a verdade é que a corrente favorável à mudança de paradigma passou a sustentar que a Espanha havia perdido a grande oportunidade de se adequar às exigências de um novo tempo penal. Argumentavam que o Direito Penal espanhol ficara impedido de cumprir as diretivas jurídicas da União Europeia, que preconizavam a necessidade de punir criminalmente as entidades corporativas que viessem a praticar ações consideradas delituosas, especialmente, nas áreas econômico-financeira e ambiental.

Na opinião de Ascensión Ruiz, a primeira proposta de inserir a regra da capacidade criminal das sociedades em geral no ordenamento jurídico espanhol ocorreu em 2006. A autora estava se referindo à proposta que constava do Anteprojeto de 2007, de reforma do Código Penal.¹⁸ Conforme anotou José Muñoz Lorente, a proposta apresentava um grande

16. CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Ed. RT; Lima: ARA Editores, 2007. p. 445-446.

17. Cabe registrar a opinião diversa de José Miguel Zugaldía Espinar que entendia que: “el Cp. español de 1995 ha derogado la fórmula tradicional *Societas delinquere non potest* y ha consagrado justamente la contraria (*Societas delinquere potest*) mediante el establecimiento de un sistema que tiene cuatro características fundamentales” (Zugaldía Espinar, José Miguel. La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara, 2005. p. 454).

18. RUIZ, Ascensión García. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Espanha: o novo artigo 31 bis do código penal e sua aplicação aos delitos ecológicos. Trad. de Débora Souza de Almeida. *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano XVII, n. 99, ago.-set. 2016. p. 199.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

avanço no sentido de se instaurar, no Direito positivo espanhol, a regra de “una auténtica responsabilidad penal de la persona jurídica”.¹⁹

Também Silvina Bacigalupo escreveu que, pela primeira vez desde 1995, a questão da responsabilidade penal da pessoa jurídica foi discutida de forma clara e objetiva, na Espanha. Destacou, ainda, que o projeto não deveria ser entendido como “una teoría de la ‘dehumanización’, sino que solo se trata de un cambio de perspectiva del conocimiento”.²⁰

3.2. Projeto de reforma de 2009

O Anteprojeto de 2007 acabou sendo substituído pelo Projeto de Lei número 52-1, de 27 de novembro de 2009, cuja Exposição de Motivos deixava evidente seu propósito normativo de disciplinar, de forma pormenorizada, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Destacava, ainda, que são

“numerosos los instrumentos jurídicos internacionales (Convenios, Decisiones Marco...) que demandaban una respuesta penal clara para las personas jurídicas sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente”.²¹

Como se vê, a Exposição de Motivos estava comprometida com o firme objetivo de introduzir a regra da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico espanhol. Carlos Gómez-Jara, ao se manifestar sobre o tema, ponderou que, modernamente, as pessoas jurídicas reúnem todos os elementos próprios da capacidade penal.²²

19. IMUÑOZ LORENTE, José. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995. *La Ley Penal – Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, año IV, n. 40, jul.-ago. 2007. p. 26.

20. Bacigalupo SAGESSE, Silvina. La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del código penal de 2006 (art. 31 bis). In: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles (Dir.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado y derecho comunitario. *Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial*, Madrid, n. 115, 2007, p. 229 e 232.

21. ESPAÑA. *Proyecto de Ley Núm. 52-1, de 27 de noviembre de 2009*. Modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. p. 3-4. Disponível em: [www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-01.PDF]. Acesso em: 18.08.2020.

22. Para o autor, na conduta da pessoa jurídica, podem estar presentes: “la acción, ya que ahora la persona jurídica tiene la capacidad de organización de las conductas de muchas personas; el dolo, porque ha desaparecido el concepto volitivo y ahora se tiene un conocimiento organizativo, y la culpabilidad, ya que es básica la cultura empresarial, ya que hay capacidad de organización” (LÓPEZ AGÚNDEZ, José M^a. La reforma penal debe aclarar bien los actos del directivo. IV Observatorio de Derecho Penal y Delitos Económicos. *La Ley*, 19.05.2009. Disponível em: [http://estaticos.expansion.com/estaticas/documentos/juridico/informes/2009/penal_economico.pdf]. Acesso em: 18.08.2020.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

No entanto, o Projeto/2009 manteve o texto do art. 129 do Código Penal, com as “consecuencias accesorias” para denominar as sanções de natureza penal aplicáveis às pessoas jurídicas. E, de forma contraditória e incompreensível, a Exposição de Motivos fazia referência à capacidade penal da pessoa jurídica.²³

3.2.1. Críticas ao Projeto de Reforma de 2009

Diante do desencontro entre o texto da Exposição de Motivos, que fazia referência explícita em favor da responsabilidade penal da pessoa jurídica e o art. 129, mantendo as “consequências acessórias” como sanções às empresas e demais entes coletivos, a doutrina espanhola não se omitiu em discutir essa incongruência e muitas foram as críticas.

Ao examinar o Projeto, Antonio del Moral assinalou que restavam problemas de interpretação porque “donde antes se hablaba de consecuencias accesorias ahora se les llama penas y el 129 sigue estando ahí, aplicable en cualquier caso”. E arrematou para dizer que “se quiere incrustar en nuestro sistema algo que exige plantear todas las cosas”.²⁴

José Manuel Maza, por sua vez, advertiu, à época, que a função preventiva do Código Penal espanhol de 1995 não teria como ser cumprida, pois com a punição criminal do ente coletivo, os autores individuais – verdadeiros responsáveis – acabariam escapando do controle penal.²⁵

Mesmo assim, após intensa discussão e algumas alterações, o Projeto acabou por ser aprovado pelo parlamento espanhol para se transformar na Lei Orgânica 5/2010, de 22.06.2010, que alterou o texto do Código Penal espanhol em vigor desde 1995.

Portanto, não há dúvida de que a regra da capacidade penal da pessoa jurídica ingressou no sistema penal espanhol envolta num clima de crítica e descrença quanto à efetividade da proposta.

4. A LEI ORGÂNICA DE 5/2010: FIM DA SECULAR DOUTRINA *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST* NA ESPANHA?

4.1. Fatores determinantes da reforma

Com o Código Penal reformado pela Lei Orgânica 5/2010, a regra da capacidade penal dos entes coletivos estava, enfim, consagrada no ordenamento jurídico espanhol.

23. ESPAÑA. Ob. cit., p. 19.

24. LÓPEZ AGÚNDEZ, José M^a. Ob. cit.

25. “El Código Penal cumple una función de prevención, lo que no puede funcionar con la persona jurídica; no se puede hacer política criminal con ella; el problema es que si hay responsable persona jurídica los verdaderos responsables se van de rositas” (LÓPEZ AGÚNDEZ, José M^a. Ob. cit.).

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

A Exposição de Motivos procurou justificar a necessidade do novo diploma legal, fazendo referência aos diversos atos normativos internacionais que recomendavam o controle jurídico-penal sobre determinadas ações dos entes coletivos, principalmente, as atividades empresariais com maior potencial de lesividade aos bens jurídicos protegidos (sistema fiscal e tributário, ordem econômico-financeira e o ambiente).

O item VII do texto expositivo não deixa dúvida quanto ao objetivo de ajustar o sistema penal espanhol às diretrizes jurídicas supranacionais, especialmente, da UE, afirmando que são

“numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, tráfico de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...)”.²⁶

Com base nesse texto expositivo oficial, a doutrina penal espanhola reconhece que, no tocante ao tema aqui estudado, a Reforma de 2010 foi uma clara resposta aos reclamos do direito penal europeu.

Para Ascensión García Ruiz, a Lei Orgânica 5/2010 reformou o Código Penal com a finalidade de adequar o ordenamento penal espanhol a diversos instrumentos normativos emanados da UE. No caso do tema aqui estudado, a reforma respondeu à necessidade de se estabelecer

“um novo título de responsabilidade penal, o das pessoas jurídicas, abandonando o velho aforismo *societas delinquere non potest* (herdeiro das ideias iluministas e incorporado às legislações penais após a Revolução Francesa), e substituindo-o por um novo princípio: *societas delinquere et puniri potest*”.²⁷

José Miguel Zugaldía Espinar, autor espanhol dos mais referidos sobre esse tema, reitera essa opinião e assevera que a responsabilidade penal da pessoa jurídica, no ordenamento jurídico-penal espanhol, nasceu de propostas da União Europeia. O autor destaca que a Espanha foi um dos últimos países europeus a romper com a velha regra e indica o

26. ESPAÑA. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: [www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_005_2010.pdf]. Acesso em: 28.07.2020.

27. RUIZ, Ascensión García. Ob. cit., p. 197.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

exemplo da Áustria, da Bélgica, da Dinamarca, da Noruega e de Portugal, que já haviam adotado normas penais para responsabilizar a pessoa jurídica.²⁸

Caminhando pelos meandros dessa mesma linha de pensamento, José de la Cuesta Arzamendi afirma que a ruptura do princípio do *societas delinquere non potest*, pelo legislador espanhol de 2010, constituiu decisão fundamental de política-criminal que se inscreveu na linha de importantes exemplos do Direito Penal comparado europeu que, nas últimas décadas, têm reconhecido a necessidade de se responsabilizar criminalmente a pessoa jurídica.²⁹

Para González Cussac o giro de orientação no ordenamento jurídico-penal espanhol deve ser atribuído a razões político-criminais e às astronômicas fraudes ocorridas nos anos 2000, nos EUA. Segundo o autor, esses graves fatos evidenciaram o fracasso do modelo de “autorregulação”, a debilidade do sistema tradicional de responsabilidade individual no seio de complexas estruturas societárias, assim como o das múltiplas construções jurisprudenciais precedentes.³⁰

Bernardo del Rosal Blasco defendeu a Reforma de 2010 como “la novedad más relevante” que teria sofrido a legislação penal do seu país. Prognosticou que, no caso específico das personas jurídicas, deveria ocorrer uma importante transformação nos “tradicionales criterios de imputación y atribución de la responsabilidad criminal, con unas consecuencias y una trascendencia que, por el momento, no es fácil valorar”.³¹

-
28. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Societas delinquere potest* (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de junio). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, v. 7, n. 76, nov. 2010, p. 6. O autor informa que, desde a Recomendação 88, de 20 de outubro de 1988, do Comitê de Ministros dos Estados Membros do Conselho Europeu, vários foram os protocolos de convênios para que os países integrantes do bloco introduzissem, em seus ordenamentos jurídicos internos, a responsabilização penal das pessoas jurídicas, especialmente para combater crimes de tráfico de drogas, crimes ambientais, crimes contra crianças e crimes de terrorismo.
29. O autor considera a mudança de paradigma como recurso fundamental para a luta contra a criminalidade da empresa, no plano da criminalidade econômica ou da corrupção e como instrumento de combate a “tramas organizadas”. In: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 26, 2013. p. 149. Artigo também publicado em: DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. *Revue Électronique de l'AIDP/ Electronic Review of the IAPL/Revista Electrónica de la AIDP*, 2011.
30. O autor cita estudo de Bernardo del Rosal Blasco para se referir às fraudes bilionárias praticadas por grandes empresas do capitalismo americano, como a *Worlcom* (107 bilhões \$); *Enron* (63'3 bilhões \$); *Adelphia* (24'4 bilhões \$); *Global Crossing* (25'5 bilhões \$). In: GONZÁLEZ CUSSAC, José L. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. Trad. Paulo César Busato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, ano 25, jun. 2017. p. 42.
31. Del Rosal Blasco, Bernardo. *Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídica en la ley orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. Alicante: Inédito, 2010. p. 2.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Como veremos adiante, cinco anos depois, o autor reconheceu que a esperada e necessária “transformação” acabou não se concretizando na prática forense.

Finalizando, fica evidente que um dos objetivos a Reforma Penal de 2010 foi o de inserir, no texto do Código Penal de 1995, um conjunto de normas prescritivas da responsabilidade criminal dos entes jurídicos.

4.2. *Anotações pontuais sobre as regras da responsabilidade criminal da pessoa jurídica*

Não é propósito deste trabalho analisar, nos seus detalhes e com o necessário aprofundamento, as normas promulgadas pela Lei Orgânica 5/2010 de acerca da responsabilidade penal dos entes corporativos. Mesmo assim, é oportuno citar o texto do novo art. 31bis, com a seguinte redação:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.³²

Como se observa, cumprindo a proposta mencionada na Exposição de Motivos, o dispositivo foi taxativo em prescrever duas hipóteses de responsabilidade criminal da pessoa jurídica. No primeiro caso, a imputação decorreria de crimes praticados pelos representantes e administradores em geral, desde que a infração fosse praticada em “em nome ou por conta das mesmas e sempre seu proveito”. A segunda hipótese refere-se aos crimes praticados por funcionários subalternos, cujas ações delitivas não tiverem sido devidamente controladas pela empresa. Trata-se aqui, da responsabilidade por deficiência de controle preventivo sobre ações eventualmente criminosas dos empregados da empresa.

Na fixação da responsabilidade penal da pessoa jurídica, a Lei Orgânica 5/2010 adotou um critério de dupla via de imputação. É o que se verifica do texto da sua Exposição de

32. A Reforma acrescentou ao art. 31 diversos outros parágrafos, a fim de ajustar ou enquadrar a regra da responsabilidade criminal da pessoa jurídica ao Direito Penal espanhol e que podem ser consultados em: ESPAÑA. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: [www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_005_2010.pdf]. Acesso em: 28.07.2020.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Motivos, que se refere a uma responsabilidade por crimes praticados em seu nome ou por sua conta ou em seu proveito e responsabilidade decorrente do dever empresarial de estrito controle sobre as ações delituosas de seus dirigentes e empregados. A doutrina consultada corrobora essa leitura do texto legal.³³

Embora defensor da Reforma nesse tema, Bernardo Del Rosal, já nos primeiros momentos de vigência da nova lei, reconheceu que a nova regra levantaria sérios problemas de ordem prática e que caberia à doutrina e à jurisprudência a complexa tarefa de enfrentá-los para apresentar a necessária solução. Entre eles estava o conceito “de atuar em proveito da pessoa jurídica”, contido no referido artigo 31 *bis*. Conforme anotou, a questão estaria em definir se o conceito de “atuar em proveito da pessoa jurídica” deveria ser entendido como elemento objetivo ou subjetivo do tipo penal.³⁴

Dessa forma, a Lei Orgânica 5/2010 prescreveu expressamente o rol das penas aplicáveis às pessoas jurídicas. Estão elas descritas no artigo 33.7, com a nova redação que lhe foi dada pela Reforma Penal. O amplo arco sancionatório começa com a pena de multa, “por cotas ou proporcional”. Segue, com a pena de dissolução, de suspensão, de proibição de futuras atividades, proibição de obter subvenção ou ajuda pública e, ainda, a intervenção judicial a fim de garantir direitos trabalhistas ou de credores.³⁵

Como se pode notar, a Reforma 5/2010 armou o texto do Código Penal espanhol de 1995 de regras expressas sobre a imputação penal e das necessárias medidas repressivas para sancionar a pessoa jurídica pela prática de uma infração penal.

4.3. *Boa parte da doutrina assumiu posição de ostensiva crítica ao texto da reforma de 2010*

No entanto, aprovada a Reforma, sua aplicação aos casos concretos suscitou uma série de questionamentos. A doutrina penal espanhola continuou dividida, com boa parte dos autores questionando a efetividade da proposta normativa aprovada. A verdade é que grande parte dos penalistas havia se manifestado contra a mudança de paradigma

33. “Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados”. In: ESPAÑA. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ob. cit., p. 04, da exposição de motivos.

34. Del Rosal Blasco, Bernardo. Algunas reflexiones sobre la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, 2011, p. 173-77.

35. ESPAÑA. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Anterior/r26-lo10-1995.11t3.html#a33]. Acesso em: 09.08.2020.

ou, ao menos, feito severas críticas ao projeto de reforma. Assim, mesmo diante do novo direito promulgado, a resistência continuou forte, na trincheira da doutrina fiel ao brocardo *societas non delinquere potest*.

Na visão de Jesús-María Silva Sánchez, a Reforma de 2010 foi introduzida sem ter sido precedida de um estudo empírico capaz de avaliar a viabilidade de se introduzir um sistema penal, suplantando suposições doutrinárias de cunho político-criminal que aponstavam para as dificuldades de se implantar, na Espanha, um sistema de responsabilidade penal da pessoa jurídica.³⁶

Referindo-se à Reforma Penal de 2010, Víctor Gómez Martín tece severas críticas à utilização do Direito Penal, como instrumento para se criar uma cultura empresarial comprometida com a atividade negocial pautada na licitude e nos mandamentos da lei penal. Para o autor, transformar o Direito Penal, com suas normas restritivas de direitos e liberdades, numa “suerte de nueva cultura de los negocios, ya es algo mucho más cuestionable”. Destacou, ainda, que “una cosa es ofrecer incentivos a la empresa para que se responsabilice socialmente, y otra que deba ser sometida al yugo del Derecho penal si no lo hace”.³⁷

Bernardo Del Rosal Blasco, que havia se manifestado francamente favorável à proposta, assumiu uma posição pouco otimista quanto à viabilidade da reforma num ordenamento jurídico tradicionalmente estruturado para punir a pessoa física. No momento da promulgação da Reforma, anotou que era preciso aguardar para ver “si la jurisprudencia va a ser capaz de encauzar y, en su caso, corregir, pero dada la vigente situación de nuestro sistema de justicia criminal no se puede ser, al respecto, muy optimista”.³⁸

Nessa linha de incerteza jurídica quanto à punição criminal de pessoas jurídicas, Alfonso Galán Muñoz destacou que, mesmo após a aprovação da Lei Orgânica 5/2010, boa parte da doutrina espanhola manteve-se fiel ao princípio *societas delinquere non potest*. Segundo o autor, por mais que alguns preceitos do Código Penal fizessem expressa referência à responsabilidade criminal e às penas cominadas à pessoa coletiva, muitos autores continuaram entendendo que essas normas eram inaplicáveis por serem inadequadas ou impróprias, “cuando no, como un simple error derivado del ‘diletantismo’ del legislador penal”.³⁹

36. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2013. p. 248-249.

37. Gómez Martín, Víctor. Falsa alarma: *societas delinquere non potest*. In: ALONSO, Miguel Ontiveros (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 217.

38. Del Rosal Blasco, Bernardo. *Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la ley orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*, ob. cit., p. 26.

39. O autor ressaltou, ainda, que essa situação de incerteza jurídica, em grande parte, decorria da “escasa y en algunos casos errática aplicación que ha tenido el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas por parte de los operadores jurídicos durante estos últimos años” (GALÁN

4.4. *Resistência da jurisprudência à mudança de paradigma: os tribunais continuaram resistindo à ideia de se punir as empresas acusadas da prática de crimes*

O prognóstico pouco otimista de Bernardo del Rosal Blasco, sobre a Reforma Penal que introduziu a responsabilidade penal da pessoa jurídica no seu país, parece ter se confirmado. De fato, a regra da responsabilidade penal da pessoa jurídica, apesar de prevista no Código Penal reformado, encontrou enorme dificuldade para ser aplicada aos casos concretos.

Cinco anos após a entrada em vigor da Lei Orgânica 5/2010, Bernardo Del Rosal Blasco ressaltou que somente duas empresas haviam sido condenadas criminalmente, na Espanha. A primeira empresa – um bar e restaurante, de Barcelona – foi em 2014, com uma pena de multa no valor de seis euros diários, por delito contra o meio ambiente.⁴⁰

Como se vê, uma condenação a um estabelecimento comercial que, na legislação fiscal brasileira, seria classificado como microempresa, o que pode ser um indicador de que a teia da justiça criminal só enreda os pequenos. Por outro lado, o valor irrisório da pena pecuniária pode servir para argumentar que, para sancionar empresas com penas monetárias tão insignificantes, seria melhor deixar essa atribuição sancionatória com os órgãos administrativos de fiscalização.

A segunda condenação teria ocorrido também em 2014, por crimes contra a saúde pública. As empresas foram condenadas às penas de “disolución, multa y prohibición de realizar actividades comerciales en España por tiempo máximo de hasta cinco años”.⁴¹

Duas condenações, apenas, em cinco anos é pouco, quase nada. Demonstra, que a Reforma Penal de 2010 não conheceu a efetiva aplicação das suas normas relativas à responsabilidade criminal da pessoa jurídica.

No mesmo sentido, Pascual Cadena, destacou que chamava a atenção o fato de que mais de 80% das decisões dos tribunais inferiores, com base na LO 5/2010, foram no sentido de rejeitar a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, seja por decreto de absolvição, seja porque a infração imputada só podia ser praticada pela pessoa física, seja porque se fazia retroagir a lei penal a casos que não podia. Esse fato, “era muestra de la profunda ignorancia e incertidumbre con el que los profesionales del Derecho habían recibido el sistema”.⁴²

MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 67-68 e sua nota de rodapé 97).

40. A pequena empresa – um bar ou restaurante – foi condenada por causar barulho para a vizinhança (arts. 325.1, *in fine*, e 326, b) e), do Código Penal espanhol). Del Rosal Blasco, Bernardo. Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykynson, 2015, p. 82, nota de rodapé 2.

41. Idem.

42. Conforme escreveu Alfonso Galán Muñoz, “llama la atención el hecho de que revisando las primeras resoluciones emitidas por la jurisprudencia menor referida a dicho sistema se aprecie

Após tanta discussão, avanços e recuos, a lei reformadora do Código Penal de 1995 caiu no quase que completo vazio da prática judiciária. Demonstra, também, que não basta a devida promulgação para que o mandamento contido na lei positivada deixe o espaço abstrato da norma a fim de realizar a sua efetiva e indispensável função de controle das condutas humanas e, modernamente, das condutas dos entes coletivos ou corporativos. Para que essa função de controle seja efetiva, é preciso que a norma positivada seja objetiva e atenda à regra da taxatividade.

É preciso, também, que a nova lei seja material e formalmente recepcionada pelo sistema normativo em que for inserida. Enfim, é preciso que, na prática judiciária, a norma seja considerada exequível para que o operador jurídico seja, jurídica e politicamente, motivado a aplicá-la. E, como se constata, a doutrina e a jurisprudência espanholas parecem resistir a vestir a toga da regra da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

A verdade é que a Lei Orgânica 5/2010, com lacunas, pontos obscuros e duvidosos, acabou por criar um clima de insegurança jurídica. Além disso, a cultura jurídico-penal de resistência à responsabilidade criminal dos entes coletivos, transformou a importante inovação jurídica num enorme desafio, que os protagonistas da justiça criminal espanhola não lograram ou não mostraram vontade em superá-lo.

5. A REFORMA DE 2015 DO CÓDIGO PENAL: ENFIM, O ABANDONO DA REGRA *SOCIETAS NON DELINQUERE POTEST*

5.1. *As razões para uma nova reforma*

Como vimos acima, as severas críticas levantadas pela doutrina e a posição relutante dos tribunais, especialmente, da Corte Suprema, mostraram que era preciso sanar as omissões e as incongruências, apontadas pelos operadores jurídicos, no texto da Lei Orgânica de 2010. Enfim, era preciso uma nova reforma para ajustar, mais uma vez, o texto codificado às exigências da regra da responsabilidade criminal da pessoa jurídica e, assim, concretizar a necessária efetividade na esfera da prática judiciária espanhola.

Em seu preâmbulo, a Exposição de Motivos justifica a necessidade de uma nova lei de reforma, afirmando que o transcurso do tempo e as novas demandas sociais evidenciam a necessidade de levar a cabo determinadas modificações da nossa norma penal.

que el 15% de los casos enjuiciados estaban referidos a delitos de lesiones, en lo que no cabía la aplicación de dicho sistema por no tener expresamente prevista su aplicación, tal y como vimos exigía expresamente el art. 31 bis 1 CP, mientras que un 36 % se referían a faltas, donde tampoco se podría aplicar y un 30% de los casos planteados terminase además en absolución por haber tratado de aplicar retroactivamente en perjuicio de reo sus prescripciones a casos realizados antes de la entrada en vigor del la LO 5/2010” (Ob. cit., p. 68 e sua nota de rodapé 97).

Acrescenta, ainda que grande parte da reforma está também orientada a dar “cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España”.⁴³

Novamente, a necessidade de se enquadrar no modelo jurídico da União Europeia é levantada para justificar a proposta de nova reforma do Código Penal. Ascensión Ruiz lembra que o debate sobre a conveniência de se abandonar o princípio *societas delinquere non potest* na doutrina espanhola não era recente, devido aos compromissos do seu país com a União Europeia. E reconhece que “sem dúvida, a enorme pressão neste sentido, por parte da comunidade internacional, influiu nesta tomada de postura”.⁴⁴

Em sua Parte III, a Exposição de Motivos reconhece, também, que a reforma procura aperfeiçoar as normas que estabelecem a regra da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, introduzida no ordenamento jurídico espanhol pela “Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del ‘debido control’, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”.⁴⁵ Dessa forma, fica evidente que os autores da nova reforma entenderam que era preciso sanar as deficiências apresentadas pelas normas vigentes desde 2010 sobre a capacidade penal da pessoa jurídica no direito espanhol, a fim de que o modelo se tornasse exequível na prática forense.

A doutrina consultada admite que o ajuste era indispensável e que, finalmente, a regra da capacidade penal das empresas e das sociedades em geral ganhou o indispensável contorno normativo, no direito espanhol. Nessa linha de pensamento, Miguel Morales Hernández é enfático ao afirmar que “la LO 1/2015, consolidó firmemente la apuesta del legislador por la exigencia de responsabilidad criminal de las personas jurídicas”.⁴⁶

43. “En general, se revisa el régimen de penas y su aplicación, se adoptan mejoras técnicas para ofrecer un sistema penal más ágil y coherente, y se introducen nuevas figuras delictivas o se adecuan los tipos penales ya existentes, con el fin de ofrecer una respuesta más adecuada a las nuevas formas de delincuencia; del mismo modo se suprimen aquellas otras infracciones que, por su escasa gravedad, no merecen reproche penal. Gran parte de la reforma está también orientada a dar cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España” (ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439]. Acesso em: 06.10.2020, Preâmbulo, I).

44. RUIZ, Ascensión García. Ob. cit., p. 199.

45. ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ob. cit., Preâmbulo, III.

46. MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas em el delito corporativo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 3.ª Época, n. 19, enero 2018, p. 329. Disponível em: [http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24420/19262]. Acesso em: 06.10.2020. Na nota de rodapé n. 4, da p. 329, Morales Hernández cita penalistas que compartilham da sua posição doutrinária: RODRÍGUEZ ALMIRÓN, F. J. La responsabilidad de las personas jurídicas a raíz de la jurisprudencia reciente de Tribunal Supremo. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 6/2017, parte Jurisprudencia, 29 de noviembre de 2017, p. 1. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. *Criminalidad de empresa: la responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Embora tenha manifestado restrições pontuais à Reforma de 2015, Alfonso Galán Muñoz considera que o atual sistema espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas representou um avanço, pois buscou “llevar a la construcción de un mecanismo jurídico eficaz a la hora de involucrar a dichas entidades en la prevención de delitos y que las sancione, en caso de que no lo hagan, de una forma fundamentada y proporcionada a la gravedad de su infracción”.⁴⁷

E, assim, 20 anos após a sua promulgação, o Código Penal conheceu a sua segunda reforma “orgânica”, que introduziu uma série de alterações no texto codificado. Com a nova lei “orgânica”, diversas e importantes questões penais foram objeto de mudança no ordenamento penal espanhol.

Considerando que o propósito desse artigo é de analisar a evolução cronológica acerca da legislação criminal da Espanha sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, não cabe aqui investigar e analisar, de forma detalhada, as alterações que a Reforma de 2015 operou nas regras que já estabeleciam a capacidade criminal dos entes coletivos. Portanto, faremos apenas breves referências sobre algumas das mudanças ali prescritas.

5.2. Alterações relativas à regra *societas delinquere potest*

Os autores da proposta legislativa advertem que, diversas foram as inovações ou “mejoras técnicas” promovidas pela Reforma de 2015, nas normas que dispõem sobre a capacidade penal, os crimes e as penas para “ofrecer un sistema penal más ágil y coherente referentes ao ente jurídico”. (Exposição de Motivo, Preâmbulo, I).⁴⁸ Na verdade, a Reforma procurou ajustar o conjunto de normas dispostas no extenso art. 31, às exigências da doutrina, da jurisprudência e, como já ficou dito, das diretivas supranacionais, especialmente, aquelas emanadas dos órgãos normativos da União Europeia.

A nova lei procurou dar uma descrição mais aperfeiçoada, um contorno descritivo mais preciso aos tipos penais comuns às atividades empresariais. Conforme escreveu Carlos Manuel Cuevas Oltra, a Reforma manteve os dois títulos de imputação que já existiam em sua redação originária, “pero ampliando notablemente el correspondiente a uno de ellos, referido a los representantes legales y ‘administradores’ de hecho o derecho”.⁴⁹

p. 16-17 e 37-40. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 28. ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)*. In: MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M (Dir.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España*. Cizur Menor: ARANZADI, 2015. p. 219-220.

47. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. Ob. cit., p. 293.

48. ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ob. cit., Preâmbulo, I.

49. CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. El “debido control” en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 3.^a Época, n. 18, jul. 2017. p. 14.

Dessa forma, o art. 31bis, parágrafo primeiro, alínea *a*, descreve as hipóteses em que a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada pela prática de um crime cometido em seu benefício por seus diretores ou representantes legais ou, ainda, por aqueles estejam autorizados a decidir em nome do ente corporativo.⁵⁰ São os casos em que a responsabilidade da empresa decorre da própria responsabilidade do autor atuando em nome da sociedade ou como seu representante legal.

A nova redação acrescentou circunstâncias fáticas e legais a essa primeira parte descritiva do dispositivo, a fim de explicitar e ampliar o arco das hipóteses de responsabilidade da empresa pelo crime praticado por seus dirigentes ou representantes legais. Assim, nota-se que, em relação ao texto legal de 2010, houve uma ampliação do entorno de pessoas que, por suas ações, podem gerar responsabilidade penal para as pessoas jurídicas.

A segunda hipótese de responsabilidade criminal corporativa está descrita no art. 31bis, parte 1, alínea *b* e ocorre nos casos de crimes cometidos por funcionários subalternos sujeitos à autoridade de dirigentes ou representantes da empresa. O dispositivo estabelece que a infração deve ser praticada por ordem de superior, em proveito da empresa e, ainda, que os dirigentes tenham incorrido em grave violação dos deveres de vigilância e controle da sua atividade.

Cabe anotar que essa segunda parte do art. 31, bis, sofreu um acréscimo mínimo, em comparação com a redação que lhe foi dada pela Reforma de 2010. Pelo texto atual, só há responsabilidade da empresa pelo crime praticado por funcionário subalterno, se ficar comprovada uma grave violação dos deveres de vigilância, por parte dos seus dirigentes.⁵¹

Como assinalou Carlos Cuevas Oltra, nesses casos, a nova lei restringe a responsabilidade criminal da empresa à comprovação de uma “omisión grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad”.⁵²

Disponível em: [<http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24458/19307>]. Acesso em: 06.10.2020.

50. O art. art. 31bis, está assim redigido: “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables: a. ‘de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma’” (ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ob. cit.).
51. O novo dispositivo do CP espanhol está assim redigido: “b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso” (ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Ob. cit.).
52. CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. El “debido control” en la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ob. cit., p. 14.

Comentando o teor desse parágrafo, Javier Fernández Teruelo escreve que a norma tem um caráter limitador e visa afastar a responsabilidade criminal da entidade corporativa da esfera dos “actos individuales (delictivos) que nada tengan que ver con el objeto social ni con las tareas que, como empleado de la entidad, tenga encomendadas”.⁵³

Obviamente, nem todos os crimes são imputáveis à pessoa jurídica. A Reforma de 2015 manteve a orientação anterior de estabelecer os casos expressos em que as empresas poderão ser responsabilizadas criminalmente. Trata-se, portanto, de uma lista fechada de tais crimes. No entanto, diferentemente do Direito Penal brasileiro, que só admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica para os crimes ambientais, na Espanha, são 26 as infrações espalhadas pelo texto codificado, que podem ser imputadas às empresas.

5.3. *Modelo híbrido de responsabilidade penal da pessoa jurídica*

Apesar do extenso texto normativo, a Reforma Penal de 2015 manteve a posição da lei anterior e optou por não explicitar o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica adotado pelo direito espanhol. Em consequência, a doutrina tem se debruçado sobre essa questão.

O entendimento fortemente majoritário defende que, no seu país, a regra vigente não corresponde ao modelo puro de heterorresponsabilidade, vicarial ou de responsabilidade pelo ato praticado por outro, no caso, a pessoa física dirigente ou empregada que, por conexão direta ou indireta, transfere culpa à pessoa jurídica. Também não coincide com o modelo de autorresponsabilidade ou da culpa por ato próprio. Mas, sim, um modelo híbrido ou misto, na medida em que se mesclam e se incorporam variantes dos dois sistemas de responsabilidade criminal.

A doutrina consultada parece convergir para dizer que o modelo espanhol de responsabilidade criminal da pessoa jurídica requer a ação da pessoa física para a qual deve ter contribuído uma omissão das obrigações legais pelo ente corporativo. Assim, torna-se necessária a intervenção da pessoa física para fundamentar a responsabilidade da pessoa jurídica que, como veremos adiante, deve ter se omitido no seu dever de atuação preventiva para evitar eventuais e previsíveis ações criminosas. É o tipo de responsabilidade criminal por defeito ou “desorganização” da entidade corporativa.

Javier Fernández Teruelo entende que o modelo espanhol vigente de responsabilidade penal das pessoas jurídicas se estrutura sobre um duplo critério de transferência “o doble vía de imputación”. Anota o autor que, “para activar el hecho de conexión, el delito tiene que haberse cometido ‘por cuenta’ de la persona jurídica (‘de las mismas’) y exigen

53. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, La Rioja, v. 21, mar. 2019. P. 2. Disponível em: [http://criminnet.ugr.es/recpc/21/recpc21-03.pdf]. Acesso em: 06.10.2020.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

que el comportamiento delictivo de la persona física se lleve a cabo en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica”.⁵⁴

Dessa forma, pode-se dizer que o sistema espanhol parte da premissa de que a ação da pessoa física constitui elemento necessário para fundamentar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, quando essa tiver se omitido em atuar com infração ao dever de controle e de prevenção ao delito praticado. É o que a doutrina tem adjetivado de responsabilidade por deficiência ou desorganização corporativa, na sua obrigação de prevenção para evitar o delito empresarial.

5.4. Responsabilidade criminal por deficiência ou omissão do devido controle organizacional: o modelo espanhol de compliance

Além dos casos de imputabilidade criminal em face da pessoa jurídica, a mudança mais significativa e discutida na doutrina diz respeito às normas que isentam a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, quando essa dispuser de um sistema e de órgãos internos que visem prevenir a prática de crimes.

Conforme foi citado anteriormente, a própria Exposição de Motivos destacou que, na hipótese de responsabilidade criminal da pessoa jurídica, vigente no país desde 2010, a nova reforma tinha como uma das finalidades “delimitar adecuadamente el contenido del ‘devido control’, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”. Como se vê, a proposta legislativa reformadora procurou sanar controvérsias e, ao mesmo tempo, deixar evidente que a capacidade penal dos entes corporativos só deve ocorrer no caso de omissão às regras de um devido controle de prevenção contra eventuais e previsíveis crimes, que venham a ser cometidos por dirigentes, representantes legais ou funcionários da empresa.

Assim, com a nova redação dada ao art. 31bis, parágrafo 2º, o sistema de *compliance* foi introduzido no Código Penal espanhol, para fins de exclusão da responsabilidade da pessoa jurídica em face de crimes cometidos por seu pessoal de direção, comando ou representação da empresa. De um modo geral, pode-se dizer que só haverá responsabilidade penal da empresa se ficar demonstrado que os órgãos de administração se omitiram na implantação e na execução de modelos de organização e de gestão, que incluam medidas de vigilância e controle idôneas para a prevenção de delitos ou “para reducir de forma significativa el riesgo”.

Em seguida e de forma largamente descritiva e detalhista, o extenso texto estabelece quatro hipóteses em que a entidade corporativa poderá ficar isenta de responsabilidade criminal.⁵⁵

54. FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Ob. cit., p. 2.

55. O novo dispositivo está assim redigido: “2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones: 1.ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

No caso das pequenas empresas, o parágrafo 3º dispõe que a função de supervisão do devido controle de prevenção a eventuais crimes “podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración”. Como se vê, a lei leva em consideração o custo de implantação e execução de um programa de controle e prevenção contra delitos empresariais.

Em seguida, o parágrafo 4º do art. 31bis aponta a hipótese de exclusão de responsabilidade da pessoa jurídica por crime cometido por funcionário subalterno. A isenção de imputabilidade só ocorrerá se, antes da prática do delito, a sociedade tiver “adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

Já o parágrafo 5º, prescreve de forma detalhada os diversos requisitos a serem cumpridos pelos modelos de organização e gestão empresarial das medidas de vigilância e controle “idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”. Diante da dificuldade de se exercer um efetivo controle penal contra a ação delitiva das empresas e, principalmente, das consequências sociais e econômicas de condenações a graves penas criminais como a dissolução, a interdição ou o fechamento, parece-nos que o legislador espanhol de 2015 procurou enfatizar a importância maior da prevenção e prescrever a repressão como última e dolorosa alternativa penal.

O art. 31ter, parágrafo 1º, também recebeu nova redação para prescrever que, no caso de crime cometido por seus funcionários em geral, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não será afastada, “aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.⁵⁶ Nesse caso, prevalece a regra da autonomia da responsabilidade do ente corporativo.

Como se observa, o extenso texto do art. 31bis e seus parágrafos, incisos e alíneas introduziu o sistema de *compliance* no ordenamento penal espanhol, para fins de exclusão

con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.ª la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.ª los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.ª no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.ª En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. In: ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, BOE n. 281, de 24 de noviembre de 1995. Código Penal español. Disponível em: [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.11t2.html#a31b]. Acesso em: 19.08.2020.

56. ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, BOE 281, de 24 de noviembre de 1995. Código Penal español. Ob. cit.

de crime em favor da pessoa jurídica. Segundo esse dispositivo, a pessoa jurídica ficará isenta de responsabilidade criminal quando, entre outras condições, dispuser de órgãos internos que visem a prevenir a prática de crimes. Com a adoção da regra da *compliance*, procura-se assegurar que a atividade empresarial se desenvolva num ambiente de respeito à lei e ao direito para, com isso, identificar e prevenir eventuais condutas ilícitas que possam ser praticadas por administradores e empregados.

Na doutrina, Carlos Cuevas Oltra considera essa causa de isenção de responsabilidade criminal uma das mudanças mais relevantes trazidas pela segunda reforma geral do Código Penal espanhol. Referindo-se ao dispositivo em tela, o autor ressalta a empresa precisa cumprir os requisitos estabelecidos na lei, a fim de ser beneficiada pela nova excludente de criminalidade. Ou seja, só ocorrerá a isenção de responsabilidade penal se o conselho de administração da empresa tiver adotado e executado, com eficácia e antes da prática do crime, um conjunto de “medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.⁵⁷

Galán Muñoz compartilha dessa opinião ao afirmar que, com a nova regra, quanto mais a pessoa jurídica se cercar de uma organização interna capaz de evitar a prática de crimes, maior será a possibilidade de ter a sua responsabilidade criminal excluída por crimes eventualmente praticados por seus funcionários. Para o autor, buscou-se estimular a criação de uma cultura capaz de construir uma prática empresarial marcada pela ética entre os agentes da atividade negocial.⁵⁸

A jurisprudência da Suprema Corte parece se encaminhar para respaldar essa posição doutrinária. Após a Reforma Penal de 2015, a primeira decisão de reconhecimento da capacidade penal da pessoa jurídica, pelo Tribunal Supremo da Espanha, ocorreu em fevereiro de 2016. A Corte confirmou sentença de tribunal inferior, que havia condenado três empresas por crimes contra a saúde pública (tráfico de drogas) e falsificação de documento público. Entre outros, o principal fundamento da condenação repousou na comprovação de que as empresas haviam descumprido o dever de implantar um plano de prevenção e vigilância contra possíveis crimes. Para o Tribunal a inexistência desse plano, exigido por lei, demonstrava a ausência de uma cultura de respeito ao direito, como fonte de orientação da atividade das empresas.⁵⁹

Em síntese, pode-se dizer que, com a Reforma de 2015, o modelo de responsabilidade penal da pessoa jurídica denominado “Compliance Corporate” foi introduzido no sistema jurídico espanhol. A partir da Reforma, o modelo de responsabilidade penal das

57. CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. Ob. cit., p. 15. Nas páginas seguintes, o autor desenvolver um extenso esclarecedor estudo sobre “El ‘debido control’ como parámetro de responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

58. GALÁN MUÑOZ, Alfonso. Ob. cit., p. 72.

59. STS 154/2016, 29.02.2016. Recurso de Cassação 10011/2015. Sobre essa decisão do Tribunal Supremo, ver: MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Ob. cit., p. 332.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

sociedades em geral assenta-se na premissa da sua omissão em implantar e manter um eficiente programa de prevenção e de controle de crimes que possam ser praticados no espaço das suas atividades.

5.5. *Críticas ao modelo espanhol de compliance*

Apesar da aprovação de um conjunto de normas para viabilizar a prática da responsabilidade penal das corporações em geral, parece que continuam as dificuldades anteriores à Reforma de 2015. Ao analisar a regra da *compliance* prescrita pela Lei Orgânica 1/2015, o penalista brasileiro Paulo César Busato pondera que a *compliance* trouxe à reflexão a pergunta sobre quais são os efeitos que têm ou que devem ter a auto-organização de uma pessoa jurídica para com a sua responsabilização criminal. Destaca o autor brasileiro que, quando se transfere a alguém “la definición del alcance de la responsabilidad penal, se le quita, automáticamente, al Estado, esta herramienta”.

O penalista brasileiro não deixou de criticar a diferença que se estabeleceu em matéria de responsabilidade criminal entre o ente moral e a pessoa física, ressaltando que o ordenamento jurídico-penal espanhol proporciona um tratamento jurídico-penal mais benéfico para as pessoas jurídicas do que para as pessoas físicas. Arremata Busato que

“se pretende la creación de una estructura jurídica de privilegio para la corporación a coste de los intereses de las personas individuales y que se pretende poner de rodillas a los conductores del aríete penal, siempre que este se apunte hacia el Leviatan corporativo”.⁶⁰

Não se pode esquecer que o sistema de *compliance*, atualmente tão difundido nos ordenamentos jurídico-penais de vários países, já sofreu um forte “desencanto” de efetividade, por ter servido, em muitos casos, como uma “máscara” para aparentar a correção no modo operacional da empresa sem, no entanto, gerar a desejada cultura ética da atividade empresarial. É a advertência de Bernd Schünemann, ao afirmar que a prática da maximização dos lucros como finalidade da empresa, concentrado cada vez mais num resultado a curto prazo, “amortiguó enormemente el anterior entusiasmo respecto de la efectividad del concepto Compliance”.⁶¹

Foi observada, também, a dificuldade para se conceituar, de forma juridicamente adequada, a natureza jurídica da nova causa de exclusão de responsabilidade, já que nos últimos séculos foi construída uma sólida teoria da responsabilidade criminal fundamentada

60. BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 144-145.

61. Schünemann, Bernd. La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal. In: ALONSO, Miguel Ontiveros (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. p. 513.

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

na culpa individual e não coletiva. Assim, o Ministério Público encontrará séria dificuldade para, *a posteriori*, imputar ou isentar de responsabilidade penal a pessoa jurídica. É o que se colhe do estudo realizado por Enrique Agudo, Manuel Vallejo e Ángel Pérez.⁶²

Como se vê, a doutrina penal espanhola ainda discute pontos obscuros ou polêmicos do sistema espanhol de responsabilidade penal dos entes corporativos. O modelo adotado após duas reformas do Código Penal de 1995 ainda suscita dúvidas e divergências que deverão ser enfrentadas e solucionadas pelos tribunais.

No entanto, a mudança de cultura jurídico-penal para introdução da capacidade criminal dos entes morais parece se consolidar cada vez mais em países da Europa continental, transformando o modo como o direito penal tem sido pensado e praticado.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código Penal espanhol de 1822 manteve a secular tradição do princípio *societas delinquere non potest*. A mesma orientação quanto à capacidade penal, foi observada pelos estatutos penais que lhe sucederam.

Por sua vez, embora o Código Penal de 1995 tenha prescrito a possibilidade de se aplicar “medidas acessórias” às empresas, o seu texto original não foi suficiente para romper com o velho axioma *societas delinquere non potest*.

Logo após a promulgação do texto penal codificado, verificou-se a necessidade de o Direito Penal espanhol acompanhar as tendências do Direito Penal contemporâneo e, principalmente, de se adequar às diretivas emanadas da União Europeia e, em consequência, adotar a regra da capacidade penal da pessoa jurídica. Assim, após algumas tentativas, o Código Penal de 1995 foi alterado pela Lei Orgânica 5/2010, de 22 de junho, a fim inserir a regra da responsabilidade penal dos entes corporativos no sistema penal espanhol.

Apesar da expressa referência ao princípio da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, tanto a doutrina quanto os tribunais resistiram em admitir que as normas aprovadas pela Reforma de 2010 eram insuficientes para responsabilizar as empresas por crimes cometidos por seus dirigentes ou empregados.

Diante das críticas levantadas, uma nova Reforma foi promovida por meio da Lei Orgânica de 2015, para ajustar, mais uma vez, o texto codificado às exigências da regra da responsabilidade criminal da pessoa jurídica e, assim, concretizar a necessária efetividade na esfera da prática judiciária espanhola.

62. Para os autores, “los modelos de organización que cumplen los presupuestos legales operarán a modo de excusa absolutoria, como una causa de exclusión personal de la punibilidad y no de supresión de la punibilidad, reservadas estas últimas causas para comportamientos post delictivos o de rectificación positiva, como los contemplados en las circunstancias atenuantes del art. 31 quáter” (AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique; VALLEJO, Manuel Jaén; PERRINO PÉREZ, Ángel Luis. Ob. cit. p. 119).

LEAL, Rodrigo José. O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 59-90. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

A Exposição de Motivos justificou a necessidade de uma nova lei de reforma, diante do transcurso do tempo e das novas demandas sociais. Acrescentou, ainda, que grande parte da reforma se devia à necessidade de “cumplimiento a los compromisos internacionales adquiridos por España”.

Para atender às exigências da doutrina e da jurisprudência, a Reforma de 2015 operou diversas alterações no texto das normas dispostas no extenso art. 31, a fim dar uma descrição mais aperfeiçoada, um contorno descritivo e mais preciso aos tipos penais comuns às atividades empresariais.

Dessa forma, o art. 31bis, parágrafo primeiro, alínea *a*, descreve as hipóteses em que a pessoa jurídica poderá ser responsabilizada pela prática de um crime cometido em seu benefício por seus diretores ou representantes legais ou, ainda, por aqueles estejam autorizados a decidir em nome do ente corporativo. A nova redação acrescentou circunstâncias fáticas e legais a essa primeira parte descritiva do dispositivo, a fim de explicitar e ampliar o arco das hipóteses de responsabilidade da empresa pelo crime praticado por seus dirigentes ou representantes legais. Nota-se que, em relação ao texto legal de 2010, houve uma ampliação do entorno de pessoas que, por suas ações, podem gerar responsabilidade penal para as pessoas jurídicas.

A segunda hipótese de responsabilidade criminal corporativa está descrita no art. 31bis, parte 1, alínea *b* e sofreu mínima alteração no anterior. Ocorre nos casos de crimes cometidos por funcionários subalternos sujeitos à autoridade de dirigentes ou representantes da empresa. O dispositivo estabelece que a infração deve ser praticada por ordem de superior, em proveito da empresa e, ainda, que os dirigentes tenham incorrido em grave violação dos deveres de vigilância e controle da sua atividade.

A doutrina consultada reconhece que, na Espanha, prevalece um modelo híbrido ou misto, na medida em que se mesclam e se incorporam variantes dos dois sistemas de responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Trata-se de um modelo que requer a ação da pessoa física para a qual deve ter contribuído uma omissão das obrigações legais por parte do ente corporativo.

Também reconhece que a mudança mais significativa, trazida pela Reforma de 2015, refere-se às normas que estabelecem a isenção de responsabilidade criminal da pessoa jurídica, quando essa dispuser de um eficiente sistema de prevenção e controle da prática de crimes no âmbito da sua atividade empresarial. Trata-se da adoção, pelo direito espanhol, do modelo conhecido por “corporate compliance”, para isentar de responsabilidade criminal a empresa que revele uma cultura de respeito à lei e ao direito.

Por sua vez, a jurisprudência da Suprema Corte parece firmar entendimento no sentido de que o descumprimento do dever legal de implantar um plano de prevenção e vigilância contra possíveis crimes constitui o fundamento essencial para se imputar a responsabilidade de um crime a uma empresa. Para o Tribunal a inexistência desse plano exigido por lei é indicativo da ausência de uma cultura de respeito ao direito, como fonte de orientação da atividade das empresas.

7. REFERÊNCIAS

- Bacigalupo SAGESSE, Silvina. La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del código penal de 2006 (art. 31 bis). In: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles (Dir.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado y derecho comunitario. *Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial*, Madrid, n. 115, p. 199-233, 2007.
- Bacigalupo SAGESSE, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.
- BARBERO SANTOS, Marino. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas? In: ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de; BARBERO SANTOS, Marino. *A reforma penal: ilícitos penais econômicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BUSATO, Paulo César. *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- Cancio Meliá, Manuel. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas consideraciones sobre el significado político-criminal del establecimiento de responsabilidad criminal de la empresa. In: MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al código penal español de 1995*. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2006.
- CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: Ed. RT; Lima: ARA Editores, 2007.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dirs.). *Nuevas tendencias en política criminal: una auditoría al código penal español de 1995*. Montevideo-Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2006.
- CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. El “debido control” en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 3.^a Época, n. 18, p. 13-38, jul. 2017. Disponível em: [<http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24458/19307>]. Acesso em: 06.10.2020.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 26, p. 107-150, 2013.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. *Revue Électronique de l'AIDP/ Electronic Review of the IAPL/Revista Electrónica de la AIDP*, 2011.
- DE Toledo y Ubieto, E. Octavio. Las consecuencias accesorias de la pena de los artículos 129 y similares del código penal español: con especial referencia al principio *societas delinquere non potest*. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, año VII-VIII, n. 12, p. 339-388, 2002.

- DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. Algunas reflexiones sobre la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español. p. 171-206. *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 171-206, 2011.
- Del Rosal Blasco, Bernardo. *Reflexiones de urgencia sobre la responsabilidad penal de las personas jurídica en la ley orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal*. Alicante: Inédito, 2010.
- Del Rosal Blasco, Bernardo. Responsabilidad penal de personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención. In: MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykinson, 2015.
- Del Rosal Blasco, Bernardo. [delrosal@ua.es]. Síntese Histórica dos Códigos Penais Espanhóis do Século XIX – mensagem pessoal. Mensagem recebida por Rodrigo José Leal, em 12.10.2020, às 15h e 47min.
- Del Rosal Blasco, Bernardo; HURTADO POZO, José; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- Del Rosal Blasco, Bernardo; PÉREZ VALERO, Ignacio. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el código penal español. In: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; HURTADO POZO, José; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilância y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, La Rioja, v. 21, mar. 2019. Disponível em: [<http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-03.pdf>]. Acesso em: 06.10.2020.
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso. *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes. Las consecuencias aplicables a las personas jurídicas en el código penal vigente y en el proyecto de reforma de 2007. In: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles (Dir.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado y derecho comunitario. *Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial*, Madrid, n. 115, p. 237-279, 2007.
- Gómez-Aller, Jacobo Dopico (Dir.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009: una reflexión colectiva*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- Gómez Martín, Víctor. Falsa alarma: *societas delinquere non potest*. In: ALONSO, Miguel Ontiveros (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas:*

- fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José L. O modelo espanhol de responsabilidade penal das pessoas jurídicas do CP de 2010. Trad. Paulo César Busato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 132, ano 25, p. 39-60, jun. 2017.
- Granados Pérez, Carlos. Análisis jurisprudencial de la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito penal. In: GARCÍA GARCÍA, María Ángeles (Dir.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas: derecho comparado y derecho comunitario. *Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial*, Madrid, n. 115, p. 125-156, 2007.
- LÓPEZ AGÚNDEZ, José M^a. La reforma penal debe aclarar bien los actos del directivo. IV Observatorio de Derecho Penal y Delitos Económicos. *La Ley*, 19.05.2009. Disponível em: [http://estaticos.expansion.com/estaticas/documentos/juridico/informes/2009/penal_economico.pdf]. Acesso em 18.08.2020.
- MESTRE, Aquiles. *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Trad. de César Camargo y Marín. Madrid: Gongora, s/d.
- Miró LLINARES, Fernando. Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del Código Penal (al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial). In: SOLER PASCUAL, Luis Antonio (Dir.). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos económicos: especial referencia a los consejos de administración - actuar en nombre de otro. *Consejo General del Poder Judicial, Escuela Judicial*, Madrid, n. 91, p. 187-263, 2006.
- MORALES HERNÁNDEZ, Miguel Ángel. Los criterios jurisprudenciales para exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas em el delito corporativo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 3.^a Época, n. 19, p. 327-368, enero 2018. Disponível em: [<http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24420/19262>]. Acesso em: 06.10.2020.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo (Dir.). *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*. Madrid: Dykynson, 2015.
- MUÑOZ LORENTE, José. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de ley de 2007 de reforma del Código Penal de 1995. *La Ley Penal – Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, año IV, n. 40, p. 26-45, jul.-ago. 2007.
- NIETO MARTÍN, Adán. Sistemas Penales Comparados: Responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Penal*, año 9, n. 17, p. 225-228, enero 2005.
- NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.
- NÚÑEZ CASTAÑO, Elena. *Responsabilidad penal en la empresa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

- Ramón RIBAS, Eduardo. La respuesta del derecho penal moderno al delito: del derecho penal de doble vía ¿al derecho penal de cinco vías? In: Faraldo Cabana, Patricia (Dir.). *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- RUIZ, Ascensión García. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas na Espanha: o novo artigo 31 bis do Código Penal e sua aplicação aos delitos ecológicos. Trad. Débora Souza de Almeida. *Revista Síntese – Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano XVII, n. 99, ago.-set. 2016.
- SANZ GAITE, María Antonia. Estructura de imputación. p. 111-122. In: Gómez-Aller, Jacobo Dopico (Dir.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma del Código Penal de 2009: una reflexión colectiva*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2012.
- Schünemann, Bernd. La responsabilidad penal de las empresas: para una necesaria síntesis entre dogmática y política criminal. In: ALONSO, Miguel Ontiveros (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Silva Sánchez, Jesús-María. El actuar en lugar de otro en el Código Penal español. In: García Caverro, Percy (Coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*. 1ª. reimp. Mendoza: Cuyo, nov. 2005.
- Silva Sánchez, Jesús-María. *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2013.
- SOUZA, João Castro e. *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “direito de mera ordenação social”*. Coimbra: Editora Coimbra, 1985.
- SOUZA, João Castro e. La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico. In: REYNA ALFARO, Luis Miguel (Coord.). *Nuevas tendencias del derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Ara, 2005.
- SOUZA, João Castro e. *Societas delinquere potest* (análisis de la reforma operada en el Código Penal español por la LO 5/2010, de 22 de Junio). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, Madrid, v. 7, n. 76, p. 5-16, nov. 2010.
- SOUZA, João Castro e. Vigencia del principio *societas delinquere non potest* en el moderno derecho penal. In: DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; HURTADO POZO, José; SIMONS VALLEJO, Rafael. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. 2. ed. Navarra: Aranzadi, 2003.

LEGISLAÇÃO

- ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, BOE n. 281, de 24 de noviembre de 1995. Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=19951124]. Acesso em: 18.08.2020.
- ESPAÑA. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de novembro, BOE n. 281, de 24 de noviembre de 1995. Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444&tn=1&p=20100626]. Acesso em: 18.08.2020.
- ESPAÑA. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: [www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_005_2010.pdf]. Acesso em: 18.08.2020.
- ESPAÑA. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Disponível em: [www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-3439]. Acesso em: 06.10.2020.
- ESPAÑA. Proyecto de Ley Núm. 52-1, de 27 de noviembre de 2009. Modifica La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal. Disponível em: [www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/BOCG/A/A_052-01.PDF]. Acesso em: 18.08.2020.

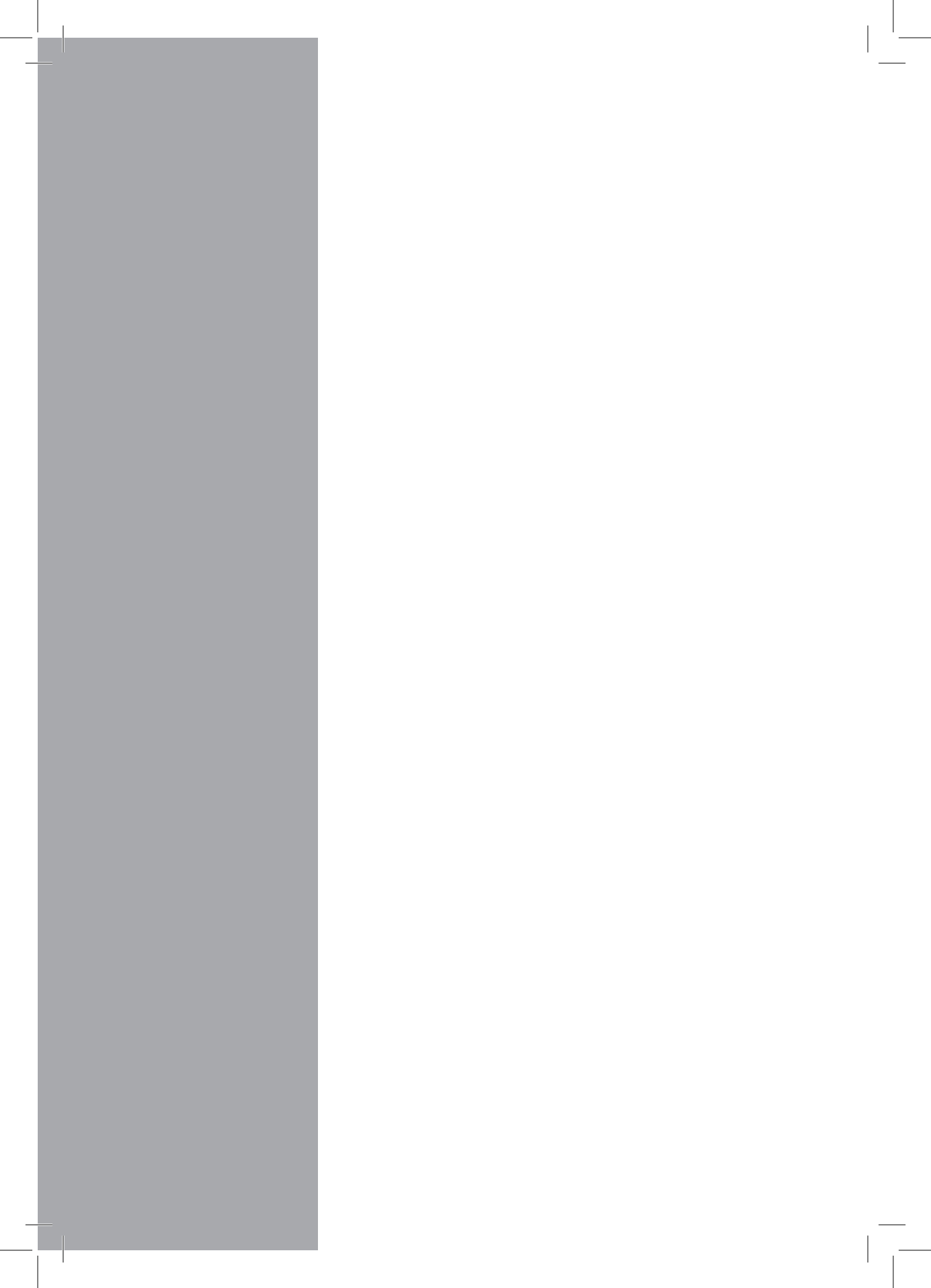
PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Considerações sobre a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, de Rodrigo Iennaco de Moraes – RT 813/447-472 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/1185-1197 (DTR\2003\437);
- Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado, de Luís Augusto Sanzo Brodt e Guilherme de Sá Meneghin – RT961/245-273 (DTR\2015\13359); e
- Responsabilidade penal das pessoas jurídicas: reflexões em torno de sua "dogmática" e sobre o sistema da reforma de 2010 do CP espanhol, de Juan Carlos Carbonell Mateu e Paulo César Busato – RBCCrim 133/37-67 (DTR\2017\1842).



Criminologia



A DESNATURALIZAÇÃO DO PUNITIVISMO PENAL E A RESSIGNIFICAÇÃO DA OFENSA SOB A ÉGIDE RESTAURATIVA

*THE DENATURALIZATION OF PENAL PUNITIVISM AND THE RESIGNIFICATION
OF THE OFFENSE UNDER THE AEGIS OF RESTORATION*

DANIEL SOARES DE JESUS PINHEIRO

Mestre em Direito pela Universidade La Salle (2019). Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela
UniRitter Laureate International Universities (2018). Advogado.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8103829586878993>].

ORCID: 0000-0003-2221-669X

soarespinheiroadv@gmail.com

Recebido em: 10.07.2020

Aprovado em: 25.03.2021

Última versão do autor: 23.04.2021

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Estudos sobre políticas públicas de resposta aos conflitos sociais envolvendo condutas criminalizadas abrangem, no cenário brasileiro, a abordagem do encarceramento. Isso ocorre porque a prisão é socialmente compreendida como regra aplicável ao praticante do comportamento social definido como crime. No entanto, existem formas de resolução desses conflitos sociais diversas da prisão, e existem movimentos, tais como o abolicionismo penal e o minimalismo, que rejeitam total ou parcialmente o modelo que adota a prisão. Neste artigo buscou-se responder se a adoção da justiça restaurativa promove a desnaturalização do punitivismo penal ou se essa desnaturalização é condição para a adoção da justiça restaurativa. Estabeleceram-se como objetivos a análise crítica do direito penal e a demonstração da relevância da desnaturalização do punitivismo penal e da resignificação da ofensa. Dessa forma, assuntos como as relações de poder entre ofensores e suas vítimas, e entre o Estado, as vítimas e os ofensores puderam ser tratados.

ABSTRACT: Studies on public policies for responding to social conflicts involving criminalized conduct include, in the Brazilian scenario, the incarceration approach. This is because prison is socially understood as a rule applicable to the practitioner of social behavior defined as a crime. However, there are ways of resolving these social conflicts other than prison, and there are movements, such as penal abolitionism and minimalism, that totally or partially reject the model that adopts prison. This article sought to answer whether the adoption of restorative justice promotes the denaturalization of penal punitivism or whether this denaturalization is a condition for the adoption of restorative justice. The objectives were the critical analysis of criminal law and the demonstration of the relevance of the denaturalization of penal punitivism and the resignification of the offense. In this way, issues such as power relations between offenders and their victims, and between the State, victims and offenders could be dealt with.

PINHEIRO, Daniel Soares de Jesus. A desnaturalização do punitivismo penal e a resignificação da ofensa sob a égide restaurativa.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 181. ano 29. p. 93-116. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

PALAVRAS-CHAVE: Punitivismo – Ofensor – Vítima – Justiça restaurativa.

KEYWORDS: Punitivism – Offender – Victim – Restorative justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desnaturalização do punitivismo penal. 3. Ressignificação da ofensa. 3.1. Do concreto ao sofrimento, do aço à angústia. 4. Égide restaurativa. 5. Considerações finais. 6. Referências. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

“Se as pessoas realmente soubessem o quão fragilmente a prisão, assim como as outras partes do sistema de controle criminal, as protegem – de fato, se elas soubessem como a prisão somente cria uma sociedade mais perigosa por produzir pessoas mais perigosas –, um clima para o desmantelamento das prisões deveria, necessariamente, começar já” (MATHIESEN, 1997, p. 275).

Estudos¹ criminológicos sobre políticas públicas de resposta aos conflitos sociais envolvendo condutas criminalizadas abrangem no cenário brasileiro, obrigatoriamente, a abordagem do encarceramento. Isso ocorre porque a prisão é socialmente compreendida como regra aplicável ao autor do comportamento social definido como crime.

No entanto, não obrigatoriamente a resposta adequada às condutas criminalizadas será a prisão. Existem formas de resolução desses conflitos sociais diversas da prisão, e existem movimentos, tais como o abolicionismo penal e o minimalismo, que rejeitam total ou parcialmente o modelo que adota a prisão.

A pesquisa apresentada neste artigo científico foi realizada entre os anos de 2017 e 2019. Nela se buscou compreender o olhar da magistratura criminal da Justiça estadual gaúcha sobre a justiça restaurativa². Essa pesquisa possuiu três etapas: a primeira compreendeu o estudo da magistratura brasileira a partir da teoria sociológica de Pierre Bourdieu; a segunda compreendeu o estudo da justiça restaurativa e a crítica do direito penal; e a terceira compreendeu a análise do modo como magistrados criminais da Justiça estadual gaúcha, que não estavam inseridos em programas de justiça restaurativa, enxergavam a justiça restaurativa.

A etapa da pesquisa apresentada neste artigo foi a segunda: o estudo da justiça restaurativa e a crítica do direito penal. Essa etapa da pesquisa forneceu subsídio para a

1. O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.
2. Tanto sobre os programas de justiça restaurativa implementados no âmbito do Poder Judiciário quanto sobre os princípios de justiça restaurativa.

compreensão da naturalização do punitivismo penal, e assim reforçou o olhar crítico sobre o direito penal, contribuindo para responder se a adoção da justiça restaurativa promove a desnaturalização do punitivismo penal ou se essa desnaturalização é condição para a adoção da justiça restaurativa.

Ao se constatar a existência da naturalização do punitivismo, buscou-se fundamentos doutrinários que contribuíssem para a sua desnaturalização. Então, ao confrontar obras bibliográficas da criminologia crítica com obra que reproduz a lógica do direito penal, foi possível verificar que a análise histórica sobre o direito penal é essencial nos discursos críticos. Realizou-se, dessa forma, uma busca por elementos históricos que amparassem a necessidade social de ressignificar a ofensa.

Tendo como objetivos a análise crítica do direito penal e a demonstração da relevância da desnaturalização do punitivismo penal e da ressignificação da ofensa, assuntos como as relações de poder entre ofensores e suas vítimas, e entre o Estado, as vítimas e os ofensores foram tratados.

Como o Estado está no centro dessas relações e é detentor majoritário do poder, projetos como os de justiça restaurativa, em tese, podem diminuir a atuação estatal.

2. DESNATURALIZAÇÃO DO PUNITIVISMO PENAL

“O crime não existe” (CHRISTIE, 2011, p. 20). Como explicar isso a sociedades que têm o direito penal como algo natural? Como ensinar isso em cursos de Direito dessas sociedades? Não é uma tarefa simples expor esse entendimento em uma das sociedades que mais prende pessoas. Dificuldade semelhante pode ser encontrada no ambiente acadêmico, pois o agente jurídico formado sob o ensinamento tradicional do direito penal tem o punitivismo penal como algo natural.

A formação do agente jurídico é predominantemente voltada a reforçar um sistema que institui o crime como um mal a ser combatido. Esse agente não seria capaz de adquirir naturalmente em sua formação jurídica o senso crítico em relação ao direito penal, então não conseguiria compreender como poderia o crime não existir. Para ele, apenas o crime pode explicar a violência que se percebe na sociedade, sobretudo nas metrópoles. Naturaliza-se o crime para atingir um objetivo específico: a naturalização da prisão, pois ela é vista socialmente como o único modelo legítimo de resolução de crimes (PALLA-MOLLA, 2009, p. 175).

Embora a criminalização de condutas e a utilização da prisão como resposta às práticas dessas condutas possam ser vistas simplesmente como método adequado de resolução dos conflitos sociais, deve-se levar em conta que para dar solução aos conflitos a criminalização e a prisão acabam aumentando consideravelmente a conflituosidade.

A seleção criminalizadora não seria capaz de oferecer qualquer solução, mas apenas distinção, o que “[...] ocorre já mediante a diversa formulação técnica dos tipos penais e a espécie de conexão que eles determinam com o mecanismo das agravantes e das

atenuantes (é difícil, como se sabe, que se realize um furto não 'agravado')" (BARATTA, 2013, p. 176).

Enquanto a formação tradicional do agente jurídico permanece desenvolvendo profissionais desprovidos de senso crítico sobre o direito penal, existe doutrina desenvolvida por pesquisadores que concluíram em seus estudos a falência do sistema criminal. Pallamolla (2009, p. 29), por exemplo, afirma que a justiça criminal é um "[...] modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, como a suposta função intimidadora das penas e a ressocialização e, portanto, encontra-se falido [...]".

O entendimento de Pallamolla é oposto ao de Nucci (2013, p. 406-408), que afirma que o direito penal não está falido. Um dos prováveis motivos para essa oposição é a consideração que Pallamolla faz à história. Percebe-se que a autora não observou apenas a contemporaneidade, ela analisou o passado histórico para concluir que a justiça criminal está falida.

É possível que a ausência de senso crítico contribua para a reprodução naturalizada do direito penal. Desnaturalizar o crime e a prisão parece ser medida essencial para aquisição de senso crítico do direito penal.

As pessoas têm ciência de que as prisões brasileiras são desumanas, não é difícil identificar a origem da população carcerária, e os agentes jurídicos são capazes de muito bem descrever as deficiências do sistema penal, mas todas essas evidências parecem não ser suficientemente convincentes para se tratar o direito penal como falido.

Os críticos do direito penal, por outro lado, tendo conhecimento do direito penal tradicionalmente ensinado nos cursos de Direito, repudiam a reprodução naturalizada dos efeitos historicamente produzidos por ele.

Desse modo, a crítica do direito penal pode ser iniciada com o resgate de sua história. Não se trata de realizar uma reconstrução histórica do direito penal, mas de encontrar elementos históricos que possam sustentar a afirmação de que ele está falido.

É provável que a história do direito penal contribua para demonstrar que, opostamente ao que é ensinado na formação jurídica tradicional, ele nunca se prestou para a solução de conflitos, mas sempre à distinção social.

Cabe estabelecer o ponto de partida dessa abordagem. Com auxílio de Gros (2001, p. 15) é possível perceber que "não é necessário procurar as raízes ou as origens da penalidade pública no regulamento das ofensas entre famílias, nessas exações que se infligem para recuperar a sua honra insultada [...]". A vingança pública, que se estabelece com o direito penal, não pode ser compreendida como uma derivação da vingança privada, pois o terreno da vingança pública não está na ira de uma família que sofreu insulto, mas sim no sentimento de repulsa coletiva a um sacrifício (GROS, 2001, p. 16).

O poder punitivo conhecido hoje surgiu de necessidades de corpos políticos e da Igreja de intervir em determinadas interpretações religiosas (ANITUA, 2008, p. 52). Aparentemente a vingança pública derivou-se da vingança divina, pois seus fundamentos derivam da religião.

A evolução histórica da utilização da concepção de vingança segue a seguinte ordem: vingança divina, vingança privada e vingança pública. Pela semelhança percebida entre a vingança divina e a vingança pública é possível estabelecer que essa última em relação à vingança privada foi um retrocesso, e não um avanço. Afirma-se, então, que “o castigo público, ao mesmo tempo que garante a ordem exterior das existências pela repressão, imita a cólera justa de Deus contra os pecadores” (GROS, 2001, p. 26).

Anitua (2008, p. 38) entende que as práticas punitivas da vingança pública foram, talvez, os elementos de maior importância na substituição do exercício de justiça e poder locais. Nesse sentido, para que a vingança pública adquirisse o seu espaço, os conflitos que antes eram resolvidos por outros métodos (vingança privada), passaram a ser por ela resolvidos.

É importante esclarecer que existiram formas diversas de exercício do poder ao longo da história. Cabe lembrar: o poder punitivo do Estado possibilita a aplicação da pena de prisão, isso ocorre porque o poder está concentrado nele, mas nem sempre esse foi o modelo adotado socialmente. Conforme Pietro Costa (2010, p. 128), “a cultura medieval tem um forte sentido de poder porque tem um forte sentido das diferenças e das hierarquias”. O período mencionado por Costa corresponde ao período em que se utilizava a vingança privada e onde o poder era mais bem distribuído.

As mudanças sociais mencionadas não ocorreram em um breve espaço de tempo, mas sim durante longo período que envolve a história da Idade Média e da Idade Moderna. Para Huizinga (1985, p. 6) a Idade Média ocorreu entre os séculos XIV e XV. Gauer (2018, p. 91) entende que “o termo modernidade volta-se para a compreensão de uma época histórica que se estende do século XVI ao século XVIII”. No entanto, não existe um consenso em relação a esses períodos, podendo ser encontrada na doutrina a periodização da Idade Média do século II ao XIX³.

Portanto, a abordagem histórica que está sendo feita do direito penal tem como ponto de partida a transição da vingança privada para a vingança pública, da distribuição do poder para a concentração do poder, do feudalismo para o absolutismo, ou seja, da Idade Média para a Idade Moderna, mesmo que não exista consenso a respeito do período em que essa transição ocorreu. Todavia não foi apenas a forma de resolução dos conflitos que

3. Augras (1991, p. 265-266), ao realizar entrevista com o historiador Jacques Le Goff, em janeiro de 1992, perguntou se ele “[...] costuma afirmar que a Idade Média começa no século II e acaba no século XIX. Por que o século XIX?” O historiador a respondeu afirmativamente, pois segundo ele “a periodização dos historiadores é essencialmente fundamentada na história das sociedades ocidentais. Por ocidentais, entendo também as sociedades geradas pelo Ocidente, como é o caso, é claro, das sociedades americanas. A dominação dos conquistadores foi tal que, ainda que alguns elementos indígenas tenham sobrevivido, a marca essencial dessas sociedades é uma marca ocidental. Digo que as sociedades ocidentais sofreram choques determinantes no decorrer do século XIX. [...] Não nego que tenha havido, entre o século III e o século XIX, mudanças importantes o bastante para que se considerem subperíodos. Há a Antiguidade tardia, depois a Idade Média propriamente dita, Tempos Modernos, que na verdade é um período com características novas. Mas creio que, fundamentalmente, as estruturas profundas permanecem até o início do século XIX”.

mudou de um período para o outro, mas, principalmente, as relações de poder na sociedade. A pesquisa realizada por Achutti (2016, p. 49) demonstra que na Europa, durante o século XIII “[...] produziu-se uma mudança significativa nas relações de poder entre os homens, a partir do ‘confisco do conflito à vítima’ e do surgimento do Estado como principal afetado pelas condutas delituosas”.

Houve uma razão para que essa mudança ocorresse, e ela não é explicada através da suposta forma melhor e mais segura de resolução de conflitos mencionada por Nucci (2013, 77-78). Essa razão é explicada por Pech (2001, p. 146) ao afirmar que a concentração de poder no Estado tratava mais de estabelecer a hierarquia existente entre ele e o privado, do que de combater a violência da vingança privada.

A forma de governo capitalista é outro aspecto que contribui ao estudo da reprodução naturalizada do direito penal. Anitua (2008, p. 37-38) entende que “Estado e capitalismo estão intrinsecamente unidos, já que constituem dois aspectos de uma nova forma de exercício do poder [...]”. Nesse novo diagrama, o poder punitivo, talvez, tenha sido o mais importante.

O Estado, assim como o indivíduo, buscava o dinheiro (ANITUA, 2008, p. 72). Nessa disputa pelo dinheiro ganharia quem detinha maior poder, e, em simultâneo, adquiria maior poder quem acumulasse mais dinheiro, pois uma coisa não estava dissociada da outra. Na busca pelo poder, o Estado não apenas retirou das pessoas a possibilidade de resolução de seus conflitos, ele ainda tomou para si a autonomia que elas possuíam para tratar esse ou aquele assunto como ofensas. O Estado penal centralizado, ao reivindicar o poder de quantificar e de executar as penas, adquiriu, conseqüentemente, o poder de qualificar infrações e de mensurar a sua gravidade (PECH, 2001, p. 146).

Foi em meio a esse acúmulo de dinheiro e poder que o Estado fez surgir os seus funcionários, e os fez surgir para manter e aumentar o seu próprio poder. A magistratura e as forças policiais não fogem à regra, esses cargos públicos também surgiram para essa finalidade (ANITUA, 2008, p. 39). Um dos primeiros funcionários estatais foi o inquisidor, ele era um agente que exercia o poder punitivo em nome do Estado e tinha a importante missão de perseguir as bruxas (ANITUA, 2008, p. 57-62). O direito penal daquela época poderia ser definido pela insensatez da caça às bruxas.

Na origem do direito penal, o poder, e não o conflito, foi a verdadeira preocupação do Estado. Com isso, diversas consequências foram produzidas: a criação de inimigos internos, a exclusão do outro, a marginalização, o controle urbano e a imposição do medo são apenas alguns exemplos (ANITUA, 2008, p. 37-123). O Estado ainda teve de decidir “[...] se pretendia concentrar para distribuir mais equitativamente ou se, pelo contrário, para manter, de uma melhor maneira, a distribuição assimétrica. Esta última alternativa foi a escolhida [...]” (ANITUA, 2008, p. 73).

E a consequência dessa escolha, de certa forma, pode ser observada e reproduzida até hoje com as desigualdades sociais.

Em meio à modernidade a penalidade passou por uma crise que fez surgir duas exigências ao direito penal, uma foi a segurança jurídica, e a outra a igualdade perante a lei.

Essas exigências passaram a limitar as decisões dos juízes, tornando-as mais racionais (PECH, 2001, p. 147-148). Essa crise ocorreu em meio ao Iluminismo, mas, ao contrário do que afirmou Nucci (2013, 79), não foi exatamente para combater o reinante arbítrio judiciário, pois o Estado teria enxergado a oportunidade de estender e consolidar o seu poder, preferindo o apoio da burguesia e da intelectualidade reformista.⁴ A igualdade perante a lei não conseguiria desconstituir as desigualdades entre os homens, apenas as reforçaria.

Em suma, a origem do direito penal (i) se relaciona com a vingança divina; (ii) não foi uma evolução da vingança privada; (iii) concentrou o poder no Estado; (iv) retirou da vítima a autonomia de resolver seus conflitos e de avaliar as ofensas sofridas; e (v) evidenciou a desigualdade social. Apesar disso, tenta-se com o direito penal justificar a utilização da pena, possivelmente para encobrir os verdadeiros motivos para os quais ela foi criada.

Alguns conceitos foram atribuídos à pena e compreendiam a “[...] expiação, reabilitação, regeneração, retorsão, educação, restauração, reforma, reestruturação, vingança, reconhecimento, defesa, luto das vítimas, melhoria, segurança, exemplariedade...” (GROS, 2001, p. 12). Portanto, sob a perspectiva histórica, ao direito penal pouco interessa a solução dos conflitos sociais, pelo contrário, é possível atribuir-lhe a responsabilidade por uma grave forma de reprodução da conflituosidade: a distinção existente entre os agentes sociais.

3. RESSIGNIFICAÇÃO DA OFENSA

Desnaturalizar o punitivismo penal passa, necessariamente, pela mudança da percepção da ofensa como infração penal para uma percepção em que ela é a relação entre o ofensor e a sua vítima. O delito não possui realidade ontológica, ele não é o objeto da política penal, mas sim o produto (HULSMAN, 1989, p. 97). Enquanto a sociedade permanecer enxergando o Estado como sujeito passivo da ofensa, será impossível compreender

-
4. Quanto a essa preferência, Dal Ri Júnior e Castro (2008, p. 266-267) explicam que “a eliminação do conjunto dos poderes intermediários autônomos em favor da construção de meios administrativos que possibilitassem ao monarca a consecução das suas tarefas de reforma e modernização será desejada por ele e por todos os interessados no desenvolvimento das atividades econômicas. Assim, a racionalização da administração pública e o bem-estar social produzido por este processo (identificado geralmente com a produção de bens materiais) permitiram ao discurso iluminista se conciliar com esta demanda que vem do trono, mas também de setores sociais politicamente inferiores do Antigo Regime. As esperanças de burgueses e setores intelectuais relativas à implementação de reformas acabam recaindo sobre a figura do príncipe e este, por sua vez, começa a perceber nesse apoio uma base importante para a consolidação e extensão de seu domínio no plano interno (dissolvendo os poderes intermediários que o obstaculizavam), bem como para o desenvolvimento de reformas destinadas a promover o fortalecimento institucional do Estado com relação a seus concorrentes externos”.

a complexidade que ela possui. Por outro lado, compreender de fato a ofensa exige conhecer a vítima: ela deve ser, essencialmente, uma pessoa de carne e osso, que possui emoções e expressa sentimentos (GARAPON, 2001, p. 309-310).

A ofensa tem um poder de criar uma relação involuntária entre a vítima e o ofensor, relação essa que possui relevante influência estatal. É possível compreender tal relação a partir da compreensão das diferenças e das semelhanças existentes entre essas partes, vítima e ofensor, e entre elas e o Estado.

A semelhança entre a vítima e o ofensor não se encerra em sua constituição biológica humana, mas vai além. Primeiramente se constata que sobre ambas as partes é posta aquela lógica penal surgida na modernidade. Ocorre que, apesar de ambas as partes estarem sob a lógica penal, uma será extremamente desprezada⁵ pelo direito penal, enquanto a outra será excessivamente perseguida⁶ pelo mesmo direito.

As pessoas possuem a tendência de enxergar os atos criminosos como excepcionais, elas os veem como se fossem muito diferentes daqueles que não são definidos como criminosos. Sob a lógica convencional do punitivismo penal, o comportamento criminoso é a causa mais importante desses atos, pois os infratores seriam uma categoria especial de pessoas (HULSMAN, 1989, p. 87). Quando a relação de ofensa entre essas pessoas e os seus ofensores é levada à apreciação do sistema penal, mais uma semelhança entre eles pode ser observada: ambos os lados (vítima e ofensor) não conseguirão influenciar no destino da ofensa que os relacionou (ACHUTTI, 2016, p. 121). Nesse sentido “las partes tienen muy poca influencia en el curso de los acontecimientos una vez que la cuestión ha sido definida como criminal y como tal es tratada por el sistema” (HULSMAN, 1989, p. 89).

Ambas as partes, “tanto a vítima quanto o ofensor são privados de poder pelo processo penal, com consequências danosas a ambos” (Zehr, 2008, p. 54). Aparentemente a lógica penal permaneceu inalterada desde a modernidade, visto que o poder permanece concentrado no Estado. Não se nega que o direito penal passou por significativas alterações, mas a lógica continua inalterada.

Em grande parte do mundo, e também no Brasil, ocorreu uma alteração drástica nas formas de controle social, elas foram influenciadas por uma ideologia neoliberal⁷ (GUI-

5. Segundo Zehr (2012, p. 25) “não raro as vítimas se sentem ignoradas, negligenciadas ou até agredidas pelo processo penal. Isto acontece em parte devido à definição jurídica do crime, que não inclui a vítima”.

6. Para Zehr (2012, p. 27) “O sistema de justiça penal se preocupa com responsabilizar os ofensores, mas isto significa garantir que recebam a punição que merecem”.

7. Lima e Pereira (2018, p. 4-5) entendem que “o neoliberalismo surge como uma crítica daquilo que considerava uma atuação exacerbada do Estado na vida social e econômica, sobretudo porque é nesse período do pós-Segunda Guerra Mundial que se desenvolve, com maior fôlego, o capitalismo dos monopólios e a consequente ampliação das funções do Estado nos países centrais [...] Baseada nas ideias do livre mercado/livre iniciativa que origina a teoria econômica clássica, o neoliberalismo prega que o Estado deve se afastar ao máximo da regulação econômica, pois,

MARÃES, 2007, p. 233-238). Para Guimarães (2007, p. 233-238) essas alterações influenciaram as dinâmicas sociais, as ações sociais do Estado se tornaram prejudiciais, e, em simultâneo, a desigualdade se tornou um valor positivo.

Esse Estado que tem se estabelecido sob a lógica do neoliberalismo pode ser considerado uma “[...] inversão ou antítese do Estado social, haja vista que as elites dominantes – defensoras dos interesses do capital – são o seguimento protegido, com uma profunda transferência de fundos públicos para as mesmas [...]” (GUIMARÃES, 2007, p. 239). A garantia do Estado neoliberal, segundo Guimarães (2007, p. 239), é a eliminação das políticas democráticas em prol da maioria da população. O poder estatal é reafirmado por essa ideologia, mas não apenas ele, a distinção entre os agentes sociais é posta como elemento central na sociedade e recebe *status* positivo.

Nessa desigualdade social residem diferenças entre a vítima e o seu ofensor, perceptíveis diferenças de classe, de gênero, de etnia, de crença... Ou seja, o sistema “[...] siempre consiguió su clientela en los sectores con más desventajas y aún lo sigue haciendo” (HULSMAN, 1989, p. 89-90). Portanto, se a política neoliberal aumenta a desigualdade social, e se o sistema penal retira sua clientela da parcela populacional mais afetada por essa desigualdade, chega-se ao resultado inevitável: um círculo vicioso que, aumentando a clientela do sistema penal, aumentam os conflitos sociais e, consequentemente, aumenta a quantidade de vítimas.

Se por um lado a vítima e o ofensor são semelhantes na falta de autonomia em relação ao Estado, por outro ela e o ofensor se tornam diferentes quando, estando inseridos em um contexto ideológico neoliberal, a desigualdade social é reforçada. A ofensa, notadamente, apresenta-se como uma relação de poder em que, em determinados momentos, ambas as partes são perdedoras. Tais questões, poder e autonomia, “[...] são centrais ao fenômeno do crime e da justiça, pois são vivenciadas tanto pela vítima como pelo ofensor” (ZEHR, 2008, p. 51).

O poder é expresso de formas diferentes antes, durante e após a ofensa, e o Estado evidencia ser dele o poder absoluto através das punições (GUIMARÃES, 2007, p. 296). Mas não é apenas o poder punitivo do Estado que merece atenção. Existem mais duas relações de poder que precisam ser tratadas, a que surge primeiro é a relação entre o futuro ofensor e o Estado, e, posteriormente, entre a vítima e o seu ofensor.

A relação entre a vítima e o seu ofensor trata da autonomia que ele retira dela por ocasião da ofensa, pois “para sermos inteiros precisamos estar no controle de nossas vidas e destinos. De súbitos privados disso, de forma arbitrária e assustadora, a experiência nos desumaniza intensamente” (ZEHR, 2008, p. 51-52). Essa é a razão que faz a vitimização uma experiência tão traumática, cuja ferida é a ausência de um sentido de poder pessoal, que o direito penal não consegue tratar (ZEHR, 2008, p. 51-52).

somente através da atuação livre dos mercados que, naturalmente, alcançar-se-ia o bem-estar social na qual os indivíduos poderiam atuar com plena liberdade para realizar suas escolhas”.

Já a relação de poder entre o futuro ofensor e o Estado ocorre antes mesmo que a ofensa tenha se consumado. Ao ofensor também é denegado um sentido de poder pessoal.

Para entender como isso ocorre é necessário analisar o passado do ofensor e compreendê-lo antes mesmo da prática ofensiva. É provável que os rapazes que se tornarão ofensores sejam agentes que vivenciaram a denegação de um sentido de poder. Cria-se, dessa forma, um sentimento em meio a distinção que lhes foi imposta: o sentimento de ter a própria masculinidade afetada, “[...] já que masculinidade e poder são frequentemente equiparados. Uma forma de satisfazer essa sede de autonomia e de reagir à sensação de estar sendo ‘vitimizado’ pela sociedade é encontrando uma outra vítima para dominar” (ZEHR, 2008, p. 52).

É possível contextualizar a denegação de poder entre o futuro ofensor e o Estado sob o enfoque neoliberal, pois se espera que os futuros ofensores sejam pessoas oriundas da parcela social afetada pela desigualdade social. De fato, os pátios das prisões mostram que realmente os ofensores compõem essa parcela social.

A desigualdade social, como fruto das escolhas do Estado, será o primeiro elo que o relaciona ao ofensor. Toma-se o exemplo apresentado por Christie (2011, p. 110): o projeto e a construção de um grande *shopping center* em uma cidade pequena gerará empregos e crescimento econômico. Por outro lado, haverá aumento das ocorrências de furto e a pequena cidade já não será a mesma. Uma das alternativas é, obviamente, aumentar o controle social através de políticas públicas, o que colocará a desigualdade social que já existe em maior evidência. Ou, a pobreza pode ser vista como “[...] um fenômeno relativo. Reduza a riqueza dos ricos, e os pobres não serão tão pobres” (CHRISTIE, 2011, p. 110).

Escolher a alternativa de reduzir a riqueza dos ricos teria como intensão a diminuição da desigualdade social, no entanto, seria improvável que um Estado neoliberal a adotasse. Talvez diminuir consideravelmente a pobreza dos pobres produza efeito equivalente a alternativa anterior, mas certamente a adoção dessa medida pelo Estado seria menos provável.

Inevitavelmente a inclinação punitivista do Estado o levaria a escolher alternativas que evidenciam as diferenças, aumentando a distinção entre os agentes sociais e elevando cada vez mais a segregação. No final das contas, no modelo posto, a vítima e o ofensor, apesar de suas diferenças sociais, são mais semelhantes do que poderiam pensar, ambos são privados do poder e da autonomia de decidirem o destino da ofensa que os relaciona.

3.1. *Do concreto ao sofrimento, do aço à angústia*

Enquanto para compreender a ofensa é necessário desfazer a ilusão de que ela é uma infração penal, para compreender a prisão se faz necessário considerar que ela é o resultado imutável da lógica do direito penal. Por esse motivo a prisão acaba se tornando o principal alvo da crítica do direito penal, independentemente da abordagem que se realize sobre ela.

Consideraram-se neste trabalho duas abordagens da prisão que pareceram as mais adequadas: (i) ela comporta o significado do espaço físico onde é instalada, com isso a prisão deixa de ser simplesmente o resultado da sentença condenatória ou, em muitos casos, da decisão interlocutória e se torna um conglomerado de concreto e aço, organizado (ou propositalmente desorganizado) de forma insalubre; e (ii) a prisão se personifica nos corpos a ela submetidos, com isso ela deixa de ser simplesmente a decisão do magistrado e se torna o sofrimento, a pena e a angústia nos corpos dos condenados.

É importante destacar que, por mais que se comprove que a pena de prisão é desumana, há um apelo público, e até mesmo institucional por ela. Esperam que ela, não sendo capaz de ressocializar o ofensor, ao menos será capaz de lhe afastar do restante da sociedade.⁸ Entende-se, então, que “a pressão da opinião pública, muitas vezes gerada e amplificada pelos meios de comunicação de massa, aponta no sentido de uma maior eficácia, tendo como paradigma preferencial a chamada política de ‘tolerância zero’”⁹ (AZEVEDO, 2002, p. 61). Com essa política, que é uma característica marcante no modelo neoliberal, o peso da distinção entre os agentes sociais é reforçado e “a identificação racial é evidentemente perceptível na atividade policial” (SHECAIRA, 2009, p. 173).

Nas cidades brasileiras o critério para identificação de suspeitos seleciona os negros, os pobres e os favelados como predispostos ao crime (SHECAIRA, 2009, p. 173). Nitidamente se desfaz o fundamento de que o direito penal é aplicável a todos, pois o agir seletivo na escolha dos suspeitos considera mais o suposto infrator do que a própria norma.

O processo penal, pretendendo desprezar as diferenças entre as pessoas, com a finalidade de tratar ofensores de forma igual, passa a tratar desiguais igualmente, isso ignora desigualdades políticas, sociais e de gênero, e contribui para reforçá-las (PALLAMOLLA, 2009, p. 70). A mesma desigualdade que é considerada para a identificação dos suspeitos de práticas criminosas será desconsiderada por ocasião do processo que os condenará à prisão, pois nesse processo os suspeitos serão tratados como se as posições sociais que ocupam fossem idênticas a de qualquer outra pessoa.

-
8. O apelo público vai de encontro com o que pode ser extraído do conceito de pena apresentado por Andreucci (2008, p. 87), para ele “[...] a pena é uma sanção afliitiva imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao autor de infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, cujo fim é evitar novos delitos”.
 9. Para Shecaira (2009, p. 166) “tolerância zero é uma frase usada em um variado contexto. Pode se referir a uma política criminal ou policial. Pode-se tratar da política do empregador com um gerente flagrado no cometimento de um assédio moral contra um funcionário subalterno. Pode revelar a postura que os pais terão com os filhos em função de suas atitudes. A frase virou parte do vocabulário oficial de agentes públicos, líderes de opinião, imprensa e – principalmente – políticos. O sentido é quase sempre o mesmo: haverá um endurecimento das relações a partir de agora. Da Austrália aos Estados Unidos. Do Brasil ao Japão. Da França à África do Sul. Sempre o sentido será o popular slogan dos políticos que falam sobre a dureza com que combaterão o crime”.

No processo penal o Estado se omite à distinção que ele mesmo reforça, de modo que “somente no espaço da justiça retributiva o Estado se faz presente, constatando-se, portanto, que a práxis estatal e econômica denega aos excluídos a dignidade humana, a qualidade de seres humanos” (GUIMARÃES, 2007, p. 242). Mais uma vez é ratificada a constatação de que a criminalização reforça a distinção e não traz solução aos conflitos sociais. Segundo Christie (2011, p. 156) “a ministração de dor é a espinha dorsal da punição, mesmo em países nos quais não se pratica a tortura ou a pena de morte. Com o encarceramento, não tiramos a vida, mas partes dela”. Para Garapon (2001, p. 265) o sofrimento não deve ser o parâmetro de justificação da pena.

Não haveria como mensurar o sofrimento da vítima, sendo impossível retribuir a mesma quantidade de sofrimento ao ofensor. O sofrimento que a vítima vivencia com a ofensa fornece um fundamento inseguro “[...] à pena, enquanto ela é ao mesmo tempo a experiência mais comum à humanidade, mas também a mais incomunicável” (GARAPON, 2001, p. 264).

Dessa forma, a pena de prisão não seria uma medida apenas desproporcional para resolução de conflitos sociais, mas a razão do processo de formação de criminosos, e isso pode se constatar no concreto e no aço que delimita o espaço físico dos presídios. Tal constatação se torna perceptível quando, ao observar a prisão, consegue-se enxergar que “[...] a detenção provoca reincidência; a prisão fabrica delinquentes em razão das condições a que submete os apenados; a prisão favorece a organização de delinquentes solidários entre si e hierarquizados [...]” (PALLAMOLLA, 2009, p. 31). Mesmo para além dos muros do presídio o ex-detento estará, irreversivelmente, ligado ao crime, seja pelo seu passado, seja pelo estado de miséria que sua família pode se encontrar, seja pela necessidade de retribuir a solidariedade recebida de alguma organização criminosa durante o cumprimento da pena.

No caso da prisão, a solidariedade prestada por organizações criminosas pode ser compreendida, sem prejuízo de seu sentido, como uma relação de poder que é estabelecida entre os próprios detentos: eles se identificam e hierarquizam através da norma que fundamentou suas condenações, estupradores, ladrões, assassinos, traficantes, todos possuem o seu lugar na hierarquia (SILVA, 2015, p. 35). Além dessa hierarquia há uma demarcação de territórios nas prisões, neles, conforme destaca Silva (2015, p. 35), os detentos se dividem pelas suas semelhanças socioculturais, desde os religiosos até os produtores de engenhocas feitas de sucatas.

A relação de poder que se estabelece no interior das prisões não está limitada a elas, pois não deixa de existir para além delas. A hierarquia entre os detentos se estende para o ambiente externo das prisões, e isso possibilita a instauração de outra relação de poder, mas dessa vez entre eles e a comunidade.¹⁰ A relação entre esses dois grupos (comuni-

10. Segundo Pimenta (2015, p. 93) nessa relação “a convivência próxima com pessoas diretamente envolvidas com atos violentos ou delituosos implica regras e práticas de sociabilidade que emergem das relações desiguais de poder e dominação exercidas por esses grupos sobre a comunidade.

dade e detentos, ex-detentos ou futuros detentos) se dá através do reconhecimento, o que não diminui a desigualdade de poder entre eles (PIMENTA, 2015, p. 94). O reconhecido pode ser um fator de risco, pois, segundo Pimenta (2015, p. 94), o morador da comunidade conhece aqueles que praticam infrações, mas isso não impede que ele se torne vítima ou testemunha desses infratores, neste último caso, podendo ficar sujeito aos castigos impostos a um delator.

“O morador da comunidade” poderia simplesmente ser substituído por “o negro”, pois, segundo Vieira (2016), três de cada quatro pessoas entre os brasileiros mais pobres são negros. Cerqueira et al. (2017, p. 32), por sua vez, afirmam que “de cada 100 pessoas que sofrem homicídio no Brasil, 71 são negras. Jovens e negros do sexo masculino continuam sendo assassinados todos os anos como se vivessem em situação de guerra”. Essas informações indicam que as principais vítimas da violência são também aquelas mais prejudicadas pela distinção entre os agentes sociais. Apesar disso, afirma-se que o rico é quem sente mais medo, ele se cerca com muros, rodeia-se com segurança privada e investe em tecnologia, tudo para não se tornar a vítima de uma violência que, comparada à realidade do pobre, improvavelmente se tornaria (PEREIRA; COSTA, 2014, p. 2315-2326).

A prisão não é tão diferente das comunidades pobres, os muros que a cercam são de concreto e aço, os que cercam as comunidades são simbólicos¹¹. Evidentemente, entre essas populações atingidas pela desigualdade social, entre a prisão e a comunidade, “entre o cárcere e a favela não há diferença qualitativa entre seus ocupantes, tão somente quantitativa, em razão mesmo do espaço disponível em ambos os espaços de segregação” (GUIMARÃES, 2007, 303).

A crítica do direito penal poderia se estender por incontáveis páginas.¹² No entanto, enfatizou-se a origem histórica do direito penal e a sua pena característica devido ao conteúdo que tais temas proporcionam à pesquisa: o reforço e o desenvolvimento da desigualdade social. Diferentemente do que se ensina nos cursos de direito, e se reproduz

Em primeiro lugar, saber quem é quem e qual é o papel de cada um torna-se um requisito fundamental para a manutenção da estabilidade das relações sociais em territórios onde há maior exposição à violência. Segundo, é possível observar uma importante relação de associação entre redes sociais e criminosos como estratégia de proteção. Em outras palavras, estabelecer relações sociais, dentro de determinados parâmetros, é uma forma de obter o status de pertencimento junto a esses grupos enquanto membro da comunidade e, desse modo, ser excluído de possíveis situações de risco”.

11. Lobosco (2013, p. 29-45) relata a construção de muros em torno de favelas cariocas, de concreto, que impedem que a cidade formal seja contrastada com a favela; e simbólicos, com a segregação socioeconômica de seus habitantes. Para o autor “ainda que muitas vezes se apresentem travestidas de preocupações mais nobres, como a melhoria do espaço da própria favela, não é difícil perceber que a preocupação real de grande parte das intervenções operadas nas favelas se propõe, na verdade, a uma melhoria da qualidade espacial da cidade formal, entendida como manchada por aglomerações precárias, sujas e desordenadas” (2013, p. 32).
12. Ler Baratta (2013), Christie (2011), Hulsman (1989), e Larrauri (1992).

socialmente, o sistema posto não foi, e dificilmente será, capaz de dar solução aos conflitos sociais enquanto operar através da distinção.¹³

4. ÉGIDE RESTAURATIVA

Uma consequência importante da ressignificação da ofensa é a apropriação do discurso crítico do direito penal, e criticar o direito penal é apontar seus erros e conseguir perceber que ele não diminui a violência, pois ele é a própria violência, e que ele não será capaz de resolver os conflitos sociais, apenas reforçará a desigualdade que ele mesmo criou. A função da crítica é exclusivamente essa: apontar o problema, e não dar a solução (LARRAURI, 1992, p. 240). No entanto, a ressignificação da ofensa contribuirá também para a produção de uma nova pretensão social: resolver conflitos de forma diversa da tradicional, pois, tanto no âmbito comunitário quanto no institucional, parece ser fundamental a busca por caminhos que possam atender às necessidades e aos verdadeiros interesses da sociedade (COSTA, Y., 2005, p. 112).

Alternativa de caminho a ser seguido é o abolicionismo¹⁴. O bom abolicionista seria aquele que tem o sistema penal como objeto de estudo e, como objetivo, a destruição de seu objeto de estudo (BOVINO, 1999, p. 47). No entanto, “[...] o abolicionismo, em sua forma pura, não é uma posição alcançável. Não podemos abolir totalmente o sistema penal” (CHRISTIE, 2011, p. 130). O abolicionismo aparentemente está muito distante de uma realidade possível. Mesmo assim, é cabível realizar “[...] uma distinção analítica entre dois tipos de posturas abolicionistas” (HULSMAN, 1997, p. 197).

Primeiramente se pode tratar sobre “[...] uma postura abolicionista que nega a legitimidade de atividades desenvolvidas na organização cultural e social da justiça criminal” (HULSMAN, 1997, p. 197). Esse seria o movimento social do abolicionismo, semelhante aos movimentos contra discriminação racial e de gênero (HULSMAN, 1997, p. 197).

13. O direito penal eleva a prisão ao patamar de indispensável à sociedade, o agente jurídico desprovido de senso crítico, por sua vez, reforça a necessidade da prisão, construindo assim uma imagem da justiça. Ela, a justiça, “[...] é retratada como uma deusa vendada que segura uma balança. Portanto, seu foco está na isonomia do processo, não nas circunstâncias de fato. O processo penal visa ignorar diferenças sociais, econômicas e políticas, procurando tratar todos os ofensores como se fossem iguais perante a lei. Como o processo busca tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo desigualdades em nome da igualdade” (ZEHR, 2008, p. 76).

14. Sucintamente “[...] o abolicionismo propõe um novo olhar sobre o sistema de justiça penal, propõe uma descriminalização, uma desencarcerização, uma desestigmatização, além de lançar novas alternativas para a solução dos problemas jurídico-criminais, afirmando que, em nenhuma hipótese, o sistema penal da forma que é concebido poderá prevenir e reprimir a criminalidade, pelo contrário rouba os conflitos de seus intervenientes e, gera violência sob a própria égide estatal” (KULLOK, 2014, p. 78).

É possível tratar de outra postura abolicionista, nela, “[...] não necessariamente a justiça criminal, mas uma maneira de olhar para a justiça criminal é abolida” (HULSMAN, 1997, p. 197). Essa forma de abolicionismo se refere a valores acadêmicos, ela visa re-provar as leituras essenciais da justiça criminal e do crime, então a abolição seria da linguagem tradicional da justiça criminal, dando lugar a uma linguagem crítica, expondo essa justiça “[...] como um problema público em vez de uma solução para problemas públicos” (HULSMAN, 1997, p. 197-198).

A adoção dessa segunda forma de abolicionismo confrontaria a formação tradicional dos agentes do campo jurídico, e possivelmente uma tendência de diminuição gradativa da punitividade penal poderia surgir. Isso seria uma relevante conquista para a sociedade brasileira, já que “[...] uma pequena população prisional no país é sintoma da presença de algumas sagradas qualidades contidas na abolição da tortura e da pena de morte” (CHRISTIE, 2011, p. 156). Mais do que uma conquista, a redução do direito penal quando a ofensa é ressignificada se torna uma obrigação, “[...] se nós acreditamos nos valores da bondade e do perdão, devemos manter o sistema penal reduzido, com o uso intencional da dor no menor nível possível” (CHRISTIE, 2011, p. 157).

Enquanto alguns criminólogos desenvolvem a perspectiva abolicionista, os adeptos do minimalismo se distinguem ou ao menos se esforçam para isso (LARRAURI, 1992, p. 192). Para Christie (2011, p. 131) “o minimalismo proporciona alternativas”. Andrade (2006, p. 168), por sua vez, entende que o minimalismo se trata de movimento reformista que age “[...] sob o signo despenalizador do princípio da intervenção mínima, do uso da prisão como última *ratio* e da busca de penas alternativas a ela [...]”.

Minimalismo e abolicionismo, ao mesmo tempo que acusam a falta de legitimação do sistema penal, são reforçados por ela. Diante desse cenário, enquanto o abolicionismo protagoniza a abolição do direito penal e sua “[...] substituição por formas alternativas de resolução de conflitos, o minimalismo defende, associado ou não à utopia abolicionista, sua máxima contração” (ANDRADE, 2006, p. 169).

As teorias abolicionista ou minimalista, quando é possível adotá-las e desenvolvê-las na sociedade, “[...] oferecem ferramentas de trabalho preciosíssimas para ser apropriadas cotidianamente, na prática do sistema, em todos os níveis, e na militância societária, para conter violência e proteger direitos humanos [...]” (ANDRADE, 2006, p. 177). Sem dúvidas as ideias abolicionistas foram relevantes “[...] em razão de apresentarem críticas as formas de reação ao delito de caráter punitivo e, também impulsionarem reformas no sistema penal” (PALLAMOLLA, 2009, p. 44).

Uma dessas reformas que, a muito custo, tenta se implementar de forma efetiva, é a justiça restaurativa, e ela surgiu “[...] como modelo diretamente ligado às proposições abolicionistas [...]” (PALLAMOLLA; ACHUTTI, 2014, p. 84).¹⁵

15. Afirmar-se que “[...] a compreensão do ideário da justiça restaurativa não dispensa, quer para o esclarecimento daquilo que os une, quer para o esclarecimento daquilo que hoje os distingue, um voltar de olhos para o pensamento abolicionista. [...] a ideia de que a proposta restaurativa

A justiça restaurativa não possui um conceito fechado, pelo contrário, ele é aberto e fluido, modificando-se tanto quanto suas práticas (PALLAMOLLA, 2009, p. 54).¹⁶ A ausência de conceituação não diminui a relevância do tema: para as sociedades que substituíram os métodos comunitários e tradicionais de resolução de conflitos pelo sistema penal retributivo, a justiça restaurativa “[...] oferece uma estrutura apta a reexaminar e, por vezes, reativar tais tradições” (ZEHR, 2012, p. 15).

Mesmo sem possuir conceito definido, a justiça restaurativa já é considerada em muitas localidades “[...] um sinal de esperança e um rumo para o futuro” (ZEHR, 2012, p. 14). Apesar disso, há alguns anos no Brasil a justiça restaurativa não era conhecida e o espaço acadêmico disponível a ela era insatisfatório (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 196).

Com o crescimento da justiça restaurativa, cresce também a necessidade de se observar as suas metas e princípios, evitando, assim, que se perambule por caminhos desconhecidos (ZEHR, 2012, p. 17). Diante da impossibilidade de conceituar a justiça restaurativa, e reconhecendo a necessidade surgida com o crescimento de suas práticas, pareceu ser mais adequado tratar da justiça restaurativa sem ter que limitá-la a um conceito específico.

A desnaturalização do punitivismo penal, alcançada pela difusão do senso crítico sobre o direito penal, poderia conduzir a programas como os que adotam o termo “justiça restaurativa”. Programas que alcançam resultados restaurativos podem conduzir à ressignificação da ofensa e, assim, à aquisição de senso crítico sobre o direito penal. Mas, por vezes esse termo “justiça restaurativa” é adotado com um significado confuso e rarefeito, afastando-a de seus princípios (ZEHR, 2012, p. 16). Esse afastamento pode criar uma percepção distorcida sobre a justiça restaurativa, inviabilizando a produção de resultados restaurativos e impossibilitando a ressignificação da ofensa a partir da experiência erroneamente denominada restaurativa. Em razão disso e das diversas ideias equivocadas sobre a justiça restaurativa, é necessário abordar o que ela de fato não é (ZEHR, 2012, p. 18).

Primeiramente, a justiça restaurativa não estabelece como principal objetivo alcançar o perdão ao ofensor, tampouco ela pretende que se chegue em uma reconciliação (ZEHR, 2012, p. 18). Ela não inclui a reconciliação nem o perdão como objetivo, pois nem sempre a relação entre a vítima e o ofensor existirá como um ilícito penal, “em segundo lugar, mesmo que tal relação tivesse existido, deve ser reconhecida aos sujeitos do conflito a liberdade de não pretender retomá-la através de uma qualquer reconciliação” (SANTOS, 2014, p. 173).

tem na sua origem um patrimônio de ideias de inspiração abolicionista, ainda que a certo passo comece a trilhar um caminho próprio, por vezes até aberto à custa do reconhecimento das limitações daquele abolicionismo penal (SANTOS, 2014, p. 62).

16. Eximindo-se de questionamentos a respeito da falta de conceituação, neste trabalho se entende que “o primeiro esclarecimento que se deve fazer quando se inicia uma reflexão sobre o conceito de justiça restaurativa é o de que *ele não existe*, pelo menos de forma relativamente solidificada e pacífica quanto àqueles que seriam os seus elementos essenciais” (SANTOS, 2014, p. 153).

Justiça restaurativa pode não ser uma mediação, embora essa possa alcançar alguma meta restaurativa. É presumível que em uma mediação as partes estejam em igualdade, apresentando nível ético idêntico, pois muitas vezes irão dividir responsabilidades (ZEHR, 2012, p. 19). Apesar disso, há entendimento contrário no sentido de que, aparentemente, cada vez mais se evidencia a possibilidade de “entrelaçamento de aspectos da mediação e justiça restaurativa” (PALLAMOLLA, 2009, p. 107).

Mesmo que Zehr (2012) não enxergue aspectos da justiça restaurativa na mediação, ele reconhece que ela pode atender alguma meta restaurativa, portanto, considerando que tal justiça tem conceito aberto, é possível recepcionar como uma de suas práticas a mediação. Com essa perspectiva é possível reconhecer a mediação como uma das mais utilizadas práticas de justiça restaurativa, “também é a prática restaurativa que possui mais tempo de aplicação, excedendo, em alguns países, vinte anos de utilização (a exemplo dos EUA, Canadá e Europa)” (PALLAMOLLA, 2009, p. 107).

A justiça restaurativa não visa à redução das ofensas em série nem à reincidência. Logicamente esses resultados podem ocorrer, mas não estão incluídos no objetivo principal dela (ZEHR, 2012, p. 19). No entanto, ao mesmo tempo que existe a preocupação em não valorizar demais esse resultado, reconhece-se que a justiça restaurativa facilita que ele ocorra ao encorajar o ofensor a deixar de cometer delitos (PALLAMOLLA, 2009, p. 53).

Além disso, é necessário considerar que a aplicação do direito penal se faz acompanhar de “[...] um índice de reincidência que provoca a impossibilidade de ressocialização do condenado pelo atual sistema carcerário” (BONACCORSI; CAMARGO, 2017, p. 470-471). Portanto, ao ressignificar a ofensa, programas que se afastam do punitivismo penal, como a justiça restaurativa, trazem esperança de resultados melhores do que os apresentados pelo direito penal.

A justiça restaurativa não pode ser reduzida a um programa nem a um projeto específico (ZEHR, 2012, p. 20). Isso é possível porque, como já mencionado, ela possui um conceito aberto e fluido, tornando sua aplicação versátil, permitindo que seja utilizada em mais de uma fase do processo criminal e produzindo efeitos diferentes em cada uma dessas fases (PALLAMOLLA, 2009, p. 90-97).

A justiça restaurativa não foi criada para ser aplicada a ofensas de menor potencial ofensivo, nem para ser utilizada apenas com ofensores primários (ZEHR, 2012, p. 21). Ao analisar o artigo 16 do Projeto de Lei 7.006, de 2006¹⁷, verifica-se que ele é falho ao condicionar o encaminhamento do conflito para a justiça restaurativa “[...] à personalidade e aos antecedentes do ofensor, bem como às circunstâncias e consequências do crime ou contravenção penal” (PALLAMOLLA, 2009, p. 186). Essa previsão construiria barreiras aos ofensores reincidentes, também impediria que aqueles que empregaram violência em seus delitos tenham acesso aos programas de justiça restaurativa (PALLAMOLLA, 2009, p. 186). Além disso, a falta de regulamentação da justiça restaurativa e previsão do artigo 1º

17. O referido projeto propõe alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei 9.099/1995, facultando o uso da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal.

do Projeto de Lei 7.006, de 2006¹⁸, são um “[...] risco de que sejam encaminhados à justiça restaurativa apenas casos de bagatela” (PALLAMOLLA, 2009, p. 179).

A justiça restaurativa não é alternativa ao aprisionamento, pois, se levada a sério, o aprisionamento reduziria e o significado das prisões mudaria (ZEHR, 2012, p. 23). Isso significa que a justiça restaurativa pode ser implementada com o direito penal ainda em aplicação. Deve-se considerar que “do ponto de vista ético, uma sociedade com pequena quantidade de inflicção de dor é, portanto, preferível a uma com grande quantidade” (CHRISTIE, 2011, p. 156). A redução do aprisionamento não significa a sua abolição, talvez a sociedade ainda não esteja preparada para uma mudança tão significativa, e algumas situações ainda exigirão o emprego da prisão, mas ela deve ser vista como exceção e não como regra (CHRISTIE, 2011, p. 160).

Se a justiça restaurativa pode ser implementada com o direito penal ainda em aplicação, ela não pretende substituir o processo penal (ZEHR, 2012, p. 22). Os programas de justiça restaurativa podem ser empregados de forma complementar ao sistema penal, em fase policial ou pré-acusação; pós-acusação; na etapa do juízo; ou até mesmo na fase da punição (PALLAMOLLA, 2009, p. 99-101). Isso significa também que a justiça restaurativa não possui a pretensão de “[...] excluir toda e qualquer intervenção do Estado, mas sim de retirar seu lugar de ‘vítima primária’” (GIAMBERARDINO, 2015, p. 60).

De todas essas ponderações sobre o que a justiça restaurativa não é, a mais importante é a de que ela “[...] não é um mapa, mas seus princípios podem ser vistos como uma bússola que aponta na direção desejada. No mínimo, a Justiça Restaurativa é um convite ao diálogo e à experimentação” (ZEHR, 2012, p. 21).

A crítica do direito penal deixou em evidência as falhas desse direito. O abolicionismo e o minimalismo apresentaram propostas que aparentam estar distantes de uma realidade possível no momento. Há, porém, outro movimento que, assim como o abolicionismo, foi “[...] responsável pela construção de significativas ideias da justiça restaurativa” (PALLAMOLLA, 2009, p. 193).

Trata-se da vitimologia, que “apresentou críticas ao sistema de justiça criminal e revelou sua incapacidade para atender às necessidades das vítimas” (PALLAMOLLA, 2009, p. 193-194). No entanto, esse movimento em sua origem não apontou a necessidade de rever o espaço da vítima, “[...] o objetivo da vitimologia tradicional [...] é identificar a parcela de responsabilidade da vítima na ocorrência do crime [...]” (GIAMBERARDINO, 2015, p. 43).

Estudar vitimologia é importante “[...] como orientação na elaboração de políticas criminais envolvendo a pessoa da vítima, bem como, a partir de uma análise do comportamento da própria vítima, permite a adequada aplicação do direito penal” (ALBUQUERQUE FILHO; GONÇALVES, 2012, p. 374). Mas a atribuição de responsabilidade da vítima não foi a contribuição prestada pela vitimologia, pois a “[...] verificação de que delitos

18. “Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais” (artigo 1º do Projeto de Lei 7.006, de 2006).

ocorreram com a participação da vítima, será em princípio uma linha de análise pouco cultivada pela maioria dos defensores da justiça restaurativa” (SANTOS, 2014, p. 55).

Diante disso, é “[...] a *vitimologia geral*, mais centrada nas consequências que a infracção resultam para a vítima, terá sido um factor de inspiração” (SANTOS, 2014, p. 55). Compreendeu-se, desse modo, o motivo que teria levado a justiça restaurativa a buscar as suas fontes no abolicionismo e na *vitimologia*: ao buscar embasamento nesses movimentos ela “[...] amplia o círculo dos interessados no processo (aqueles que foram afetados ou têm uma posição em relação ao evento ou ao caso) para além do Estado e do ofensor, incluindo também as vítimas e os membros da comunidade” (ZEHR, 2012, p. 25). Sem dúvida ela também surge “[...] em razão do fracasso da pena privativa de liberdade para atingir os fins a que se propunha, em especial a ressocialização do apenado” (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 195).

A justiça restaurativa propicia uma inversão completa de papéis em relação ao direito penal, pois “fazer proceder toda a justiça das expectativas das vítimas leva a pôr em causa o elo que pareceria indissolúvel entre a justiça penal e a punição” (GARAPON, 2001, p. 254). A consequência não poderia ser outra: há um empoderamento das vítimas proporcionado pela justiça restaurativa (GARAPON, 2001, p. 255-256).

A inversão de papéis que a justiça restaurativa propõe “[...] parte de uma concepção muito antiga de delito, baseada no senso comum” (ZEHR, 2012, p. 31). Essa concepção se relaciona com o pressuposto de que todas as pessoas estão interligadas socialmente, havendo a necessidade de construir relações retas umas com as outras, com o meio ambiente e com o Criador, para os judeus isso significa *shalom*; maoris, *whakapapa*; navajos, *hozho*; para muitas tribos africanas, *ubuntu* (ZEHR, 2012, p. 31).

A partir dessa concepção a justiça restaurativa pode se relacionar com a vingança privada, e não com uma vingança repulsiva que lembraria a violência, pois “[...] o seu vocabulário é menos o da violência que o da dívida” (GARAPON, 2001, p. 263). O que aproxima a vingança privada à justiça restaurativa “[...] é a sua percepção comum do crime a partir do ponto de vista da vítima” (GARAPON, 2001, p. 264).

Propiciar aos envolvidos em conflitos sociais (vítima e ofensor) a oportunidade de diálogo e experimentação tem o poder de restaurar relações, mas, mesmo que a restauração não seja alcançada, a tentativa de restauração por si só pode contribuir para a ressignificação da ofensa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apresentado neste artigo é parte integrante de uma pesquisa realizada entre os anos de 2017 e 2019. Os resultados aqui apresentados corresponderam à segunda etapa da pesquisa e forneceram embasamento doutrinário para a compreensão do olhar da magistratura criminal da Justiça estadual gaúcha sobre a justiça restaurativa.

Buscando atingir os objetivos de analisar de forma crítica o direito penal e demonstrar a relevância da desnaturalização do punitivismo penal e da ressignificação da ofensa, foi possível responder se a adoção da justiça restaurativa promove a desnaturalização do punitivismo penal ou se essa desnaturalização é condição para a adoção da justiça restaurativa.

Ao abordar assuntos concernentes às relações de poder entre ofensores e suas vítimas, e entre o Estado, as vítimas e os ofensores, foi possível verificar que a desigualdade social e a histórica busca pelo dinheiro estão intrinsecamente associados.

Demonstrou-se que os desdobramentos dessas relações de poder não são naturais, mas propositalmente impostos. Durante o processo penal tanto o ofensor quanto a vítima são privados de qualquer sentido de poder. Durante a ofensa a vítima é despossada do sentido de poder sobre sua autonomia, sobre estar no controle de sua própria vida e destino. Antes mesmo da ofensa o ofensor teve denegado um sentido de poder, denegação essa que muitas vezes se relaciona com a dificuldade de acesso fundamental à dignidade humana.

Concluiu-se que a justiça restaurativa, por possuir conceito aberto, pode ser exercida através de diversas práticas, como nas práticas de mediações já aplicadas no Brasil. No entanto, atingir um resultado restaurativo, seja por programas de justiça restaurativa, seja por programas diversos que atinjam resultados restaurativos, não garantem a desnaturalização do punitivismo penal. Isso porque essa desnaturalização está mais relacionada com a aquisição de senso crítico do direito penal do que com possíveis resultados restaurativos.

Por outro lado, a aquisição de senso crítico pode ser facilitada pela ressignificação da ofensa, e essa ressignificação sim, pode ser alcançada por pessoas que tiveram experiências restaurativas. A ofensa, embora o direito penal tenha promovido o “confisco do conflito à vítima”, continua sendo uma experiência vivenciada comunitariamente e, principalmente, de forma individual pelas vítimas.

Dessa forma a adoção da justiça restaurativa pode promover a desnaturalização do punitivismo penal para pessoas que, tendo vivenciado experiências em programas restaurativos, conseguiram ressignificar a ofensa. No entanto, nem todas as pessoas vivenciam as experiências em programas restaurativos da mesma forma, de modo que em algumas situações podem ocorrer apelo por punições mais severas aos ofensores do que aquelas previstas no direito penal. Notadamente a reprodução naturalizada do punitivismo penal requer mais e mais a punição do ofensor. Nesse caso não há que se falar em ressignificação da ofensa, há apenas um sentimento de vingança e talvez uma comoção para que o Estado puna o mais severamente possível o ofensor.

Logicamente, para pessoas que enxergam com desnaturalidade o punitivismo penal, qualquer medida que busque se distanciar da prisão como resposta aos conflitos sociais será vista como mais adequada. A desnaturalização prévia do punitivismo penal pode favorecer a adoção de programas de justiça restaurativa, pois esse modelo de resolução de conflitos busca afastar da sociedade respostas que envolvam a prisão.

6. REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ALBUQUERQUE FILHO, José Antônio de; GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. A vitimologia e sua interface com os direitos humanos. In: MARANHÃO NETO, Arnaldo Fonseca de Albuquerque; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa de. *Direitos humanos e fundamentais: temas contemporâneos*. Recife: Bagaço, 2012.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, v. 27, n. 52, p. 163-182, 2006.
- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- AUGRAS, Monique. Uma entrevista com Jacques Le Goff. *Revista Estudos Históricos*, v. 4, n. 8, p. 262-270, 1991.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2013.
- BONACCORSI, Daniela Villani; CAMARGO, Júlia Lio Rocha. Justiça restaurativa: participação ou impunidade? In: VALOIS, Luis Carlos; SANTANA, Selma; MATOS, Taysa; ESPÍNEIRA, Bruno (Org.). *Justiça restaurativa*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.
- BOVINO, Alberto. Manual del buen abolicionista. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, n. 16, p. 47-50, 1999.
- CERQUEIRA, Daniel et al. *Atlas da violência 2017*. Rio de Janeiro: Ipea, 2017.
- CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- COSTA, Pietro. *Soberania, representação e democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.
- COSTA, Yasmim Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- DAL RI JÚNIOR, Arno; CASTRO, Alexander de. Iluminismo e absolutismo no modelo jurídico-penal de Cesare Beccaria. *Revista Sequência*, n. 57, p. 261-284, 2008.

- GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*. E a justiça será. Lisboa: Piaget, 2001.
- GAUER, Ruth Maria Chittó. A modernidade e seus impactos na crítica do direito penal. *DELICTAE: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 3, n. 4, p. 88-109, 2018.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.
- GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*. E a justiça será. Lisboa: Piaget, 2001.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- HUIZINGA, Johan. *O declínio da idade média*. Trad. Augusto Abelaira. 2. ed. Lisboa: Editora Ulisseia, 1985.
- HULSMAN, Louk. La criminología crítica y concepto de delito. In: HULSMAN, Louk et al. *Abolicionismo penal*. Trad. Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lillian Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. Trad. Maria Abramo Brant de Carvalho. In: PASSETTI, Edson; DA SILVA, Roberto Baptista Dias (Org.). *Conversações abolicionistas uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim – PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997.
- KULLOK, Arthur Levy Brandão. O abolicionismo penal segundo Louk Hulsmann. *Olhares Plurais*, v. 2, n. 11, p. 74-92, 2014.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1992.
- LIMA, Paloma Rávylla de Miranda; PEREIRA, Jordeana Davi. Crise capitalista, neoliberalismo e “questão social”: expressões de uma relação constantemente reinventada. *Anais do Encontro Internacional e Nacional de Política Social*, v. 1, n. 1, 2018.
- LOBOSCO, Tales. Muros físicos e simbólicos: fronteiras e territorialidade do espaço urbano informal. *Cadernos PPG-AU/FAUFBA*, v. 9, p. 29-45, 2013.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? Tradução Jamil Chade. In: PASSETTI, Edson; DA SILVA, Roberto Baptista Dias (Org.). *Conversações abolicionistas uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim – PEPG Ciências Sociais PUC/SP, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula; ACHUTTI, Daniel. Justiça Criminal e justiça restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. *Sistema Penal & Violência*, v. 6, n. 1, p. 75-87, 2014.
- PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia*. E a justiça será. Lisboa: Piaget, 2001.
- PEREIRA, Diego Oliveira; COSTA, Renata Almeida da. Criminalização, direito e sociedade: olhares dogmáticos e empíricos sobre a cultura do medo e do espaço urbano. *Anais do Congresso da ABRASD: Pesquisa em Ação – Ética e Práxis em Sociologia do Direito*, 2014.
- PIMENTA, Melissa de Mattos. Relações de poder e controle social em áreas de grande exposição à violência. *Civitas*, v. 15, n. 1, p. 84-104, 2015.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 165-176, 2009.
- SILVA, Marilene Rosa Nogueira da. Corpos encarcerados em cena. *Transversos*, v. 5; n. 5, p. 23-42, 2015.
- VIEIRA, Isabela. IBGE: negros são 17% dos mais ricos e três quartos da população mais pobre. *Agência Brasil*, 2016. Disponível em: [http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-12/ibge-negros-sao-17-dos-mais-ricos-e-tres-quartos-da-populacao-mais-pobre]. Acesso em: 06.03.2018.
- ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

LEGISLAÇÃO

- BRASIL. Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm]. Acesso em: 25.07.2018.
- BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 25.07.2018.
- BRASIL. Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm]. Acesso em: 03.08.2018.
- BRASIL. Projeto de Lei 7.006, de 10 de maio de 2006. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785]. Acesso em: 23.04.2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas relacionadas ao tema**

- "Limpando as lentes": o que é justiça restaurativa?, de Rosalina Moitta Pinto da Costa – *RT* 1023/279-299 (DTR\2020\15246); e
- Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência, de Selma Pereira de Santana e Tássia Louise de Moraes Oliveira – *RBCCrim* 136/235-263 (DTR\2017\6311).

OBSERVAÇÕES SOBRE O CONTEÚDO E A EXTENSÃO DO TERMO "CORRUPÇÃO", CONSTATE DO ART. 83º, Nº 1, DO TRATADO DE FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

NOTES ON THE CONTENT AND EXTENSION OF THE TERM "CORRUPTION", CONTAINED IN ART. 83 (1) OF THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION

Assista agora aos
comentários do autor
para este artigo



GABRIEL MARSON JUNQUEIRA

Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2018).
Professor de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito do Centro
Regional Universitário de Espírito Santo do Pinhal/SP. Membro do Ministério
Público do Estado de São Paulo.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7072990083275548>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-6626-6758>].

g_junqueira@yahoo.com

Recebido em: 27.12.2020

Aprovado em: 25.03.2021

Última versão do autor: 13.04.2021

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente trabalho procura contribuir para uma delimitação do conteúdo e da extensão do termo "corrupção", constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Após análise das finalidades da harmonização legislativa no espaço europeu, dos sentidos possíveis do termo "corrupção" e de algumas técnicas de interpretação do direito da União Europeia, conclui-se que a "corrupção" ali referida é a corrupção em sentido amplo. Assim, o termo abrange não apenas aquelas infrações que vêm sendo qualificadas, pelo legislador nacional, como tal e que envolvem suborno, mas também os crimes conexos, isto é, aqueles em que se verifica um desvio de poder, associado à obtenção de uma vantagem indevida (peculato, concussão, tráfico de influências etc.).

ABSTRACT: The present work seeks to contribute to a delimitation of the content and the extension of the term "corruption", in art. 83 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union. After analyzing the purposes of legislative harmonization in the European area, the possible meanings of the term "corruption" and some techniques for interpreting European Union law, it is concluded that the "corruption" referred to is corruption in the broad sense. Thus, the term covers not only those offenses involving bribery, but also related offenses, in which there is a misuse of power associated with improper advantage (embezzlement, concussion, influence peddling, etc.).

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção – União Europeia – Harmonização em matéria penal – Espaço de liberdade, segurança e justiça – Domínios de criminalidade.

KEYWORDS: Corruption – European Union – Harmonization in criminal matters – Area of freedom, security and justice – Areas of crime.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contextualização. 2.1. Contexto global. 2.2. Contexto europeu. 2.3. Finalidades da harmonização. 3. Sentidos possíveis do termo “corrupção”. 3.1. Considerações preliminares. 3.2. Sentidos jurídicos possíveis. 4. Inventário dos instrumentos normativos relevantes. 5. Técnicas de interpretação do direito da União. 6. Possíveis respostas ao problema posto. 6.1. Corrupção “tradicional?”. 6.2. Corrupção stricto sensu vs. corrupção lato sensu. 7. Considerações finais. 8. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

Na história do projeto europeu, o Tratado de Maastricht teve um papel muito importante, pois, entre outras questões – a exemplo da “criação” da União Europeia e do lançamento das bases para uma moeda única –, deixou evidente não estar a lógica da integração adstrita a aspectos de mercado e aduaneiros. Foi justamente no Tratado de Maastricht que o domínio penal surgiu como uma preocupação. Com efeito, como eram urgentes “medidas compensatórias” à livre circulação de pessoas e seu impacto na segurança interna dos Estados-Membros, a cooperação judiciária penal foi integrada no quadro da União Europeia¹.

Anos mais tarde, no Tratado de Amsterdam, a União assumiu o objetivo de se desenvolver enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ). São, assim, consagradas duas vias de construção desse *espaço*: a cooperação judiciária em matéria penal e a harmonização dos direitos penais internos. A harmonização, em que pese já admitida sob a égide do Tratado de Maastricht, de forma limitada, com o Tratado de Amsterdam, ganha “estatuto de autonomia”².

Na sequência, por meio do Tratado de Lisboa, esse estatuto de autonomia não apenas foi mantido, como houve significativa ampliação dos “domínios de criminalidade” passíveis de harmonização ao nível da União Europeia – afora outros avanços que serão referidos em momento oportuno. De um total de três “domínios”, à época da vigência do Tratado de Amsterdam – terrorismo, tráfico de drogas e criminalidade organizada –,

1. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 42-43.

2. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu...*, cit., p. 111.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

passa a ser possível, a partir de Lisboa, a aproximação em dez “domínios de criminalidade”³. Entre eles, um foi denominado, pelo legislador europeu, como “corrupção”, conforme art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).

O objetivo deste trabalho é contribuir, por meio de pesquisa bibliográfica, para uma delimitação do conteúdo e da extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do TFUE. Dito de outro modo, procuraremos descortinar se o vocábulo em causa diz respeito apenas à corrupção do setor público, ou se, em vez disso, abrange, também, v.g., a corrupção do setor privado, o tráfico de influência, o peculato, o abuso de poder, a concussão e, eventualmente, o enriquecimento ilícito.

O problema proposto nos parece importante, na medida em que a atuação do Parlamento Europeu e do Conselho em consonância com os “domínios da criminalidade” enumerados naquele dispositivo constitui “pressuposto de validade substancial” da diretiva a ser editada⁴. Ademais, a conformidade ou não com esses “domínios” pode, segundo cremos, vir a ser sindicada pelo Tribunal de Justiça (art. 19º, nº 3, do Tratado da União Europeia – TUE).

Na expectativa de dirimir a questão colocada, inicialmente, faremos uma breve menção à tendência atual de internacionalização da política de combate ao crime, em resposta à internacionalização do crime – tendo especial atenção com o fenómeno da corrupção. Na sequência, analisaremos, em breves linhas, o contexto europeu de integração, com o fim de elucidar em que cenário se insere o já referido art. 83º, nº 1, do TFUE. No momento seguinte, verificaremos o que se deve entender por harmonização dos direitos penais dos Estados-Membros e quais são as principais finalidades dessa via de construção do ELSJ. Ao depois, passaremos a uma análise dos sentidos possíveis do termo “corrupção”, hodiernamente. Em seguida, faremos um inventário dos instrumentos normativos internacionais e europeus relevantes para o enfrentamento do problema posto. E, por derradeiro, após breve referência a algumas técnicas de interpretação do direito da União Europeia, cuidaremos de verificar, uma a uma, as possíveis respostas à questão que motiva este trabalho.

3. Um dos propósitos – indiretos – do presente trabalho prende-se com a delimitação do alcance da expressão “domínios de criminalidade”. Ao longo do texto, cremos que nossa posição sobre esse aspecto ficará mais clara.
4. Nesse sentido, embora a propósito do Tratado de Amsterdam, CAEIRO, Pedro. A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (Org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1072.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1. Contexto global

Foi principalmente após a 2ª Guerra Mundial que se observou um aumento substancial do fluxo de pessoas e bens entre os países, além do surgimento de fenômenos de criminalidade grave e organizada⁵. Com a globalização, o crime se internacionalizou, isto é, hoje, os crimes e seus efeitos, não raras vezes, não respeitam as fronteiras físicas dos Estados⁶. As condutas podem se dividir em atos que se espalham pelos territórios de vários Estados, assim como pode ocorrer de a conduta ser praticada num canto do globo, mas as consequências terem de ser suportadas num Estado situado no outro – o que é particularmente evidente na criminalidade econômico-financeira. Donde a necessidade de, em resposta, internacionalizar, igualmente, os modelos de controle – prevenção e repressão – do crime⁷.

Do impacto da globalização no fenômeno criminal não escapou a corrupção. Tem-se, aí, prática de há muito reprimida. Em verdade, na Bíblia, uma passagem escrita no século XV a.C. já condenava o recebimento de vantagem ilícita por qualquer pessoa, nos seguintes termos: “Não aceite suborno, pois o suborno cega até os que têm discernimento e prejudica a causa dos justos” (Êxodo, 23:8). Ocorre que, com a globalização e, especialmente, a consequente atuação transnacional de empresas, a corrupção ganhou novos contornos, a exigir que seu combate seja feito em bases comuns⁸.

Dois estudos feitos recentemente, um pelo Fórum Econômico Mundial e o outro pela Transparência Internacional⁹, revelam ser a corrupção, hoje, um sério problema global. Países europeus como Espanha e Itália figuram, nos dois “barômetros da corrupção”, em situação bastante desconfortável, confirmando que a corrupção não constitui problema a ser enfrentado apenas pelos países em vias de desenvolvimento. Para essa direção já

5. Cf. CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: COSTA, José de Faria Costa; SILVA, Marco A. Marques da (Org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 441.

6. Não pretendemos, aqui, negar os benefícios trazidos pela globalização. Proporcionou ela significativos ganhos de qualidade de vida. Por outro lado, seu impacto no fenômeno criminal, outrossim, não pode ser esquecido. Daí ter, a nosso ver, caráter ambivalente.

7. Cf. COSTA, João Pedro Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo. In: CAEIRO, Pedro (Org.). *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 82.

8. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. Anotação ao art. 83º. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coord.). *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Editora Almedina, 2012. p. 436.

9. A esse respeito, ver <http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index/competitiveness-rankings/#series=GCI.A.01.01.02>, acessado em 05 de outubro de 2016, e https://www.transparency.org/whatwedo/publication/cpi_2015, acessado em 17 de novembro de 2016.

apontava, aliás, o Programa de Estocolmo, de 2009, que assumiu o combate à corrupção como uma das prioridades do programa de segurança e justiça da União Europeia.

Daí se falar, atualmente, numa “guerra global declarada à corrupção”, que passa, inclusive, pela edição de instrumentos normativos internacionais, afora as sucessivas (re)elaborações de normas internas, com o intuito de criminalizar novos comportamentos, recrudesce sanções ou eliminar determinados elementos de tipos penais, com vistas a facilitar condenações na seara criminal¹⁰.

Diante desse cenário, não nos causa espanto que a “corrupção” tenha figurado entre os “domínios de criminalidade” passíveis de harmonização ao nível da União Europeia (art. 83º, nº 1, do TFUE).

2.2. Contexto europeu

A internacionalização do crime, já preocupante em nível global, ostenta ares ainda mais dramáticos no âmbito europeu, com a progressiva integração entre seus Estados-Membros e a abertura de suas fronteiras internas. Por isso é que podemos afirmar que foi especialmente na União Europeia que “a territorialidade do direito penal, paradigmaticamente considerada como o reflexo da soberania (...), começou a denotar insuficiências para uma eficiente proteção dos bens jurídicos socialmente relevantes”¹¹.

Diante disso, era mesmo necessário trazer o domínio penal para o círculo de assuntos do projeto europeu de integração. O que foi feito, como já mencionado, via Tratado de Maastricht. Alguns anos depois, como também já visto, pelo Tratado de Amsterdam, a União assumiu o objetivo de se desenvolver enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça (ELSJ). Essa noção de *espaço*, “sem implicar a abolição dos territórios nacionais, ‘sobrepe-se’ a eles para sublinhar a pertença a um conjunto geográfico comum, no qual as fronteiras penais, tradicionalmente estanques se tornam cada vez mais porosas”¹².

A propósito, o fato de o legislador europeu ter se valido do vocábulo “espaço”, em vez de “território”, a nosso ver, não pode ser menosprezado. É que, segundo cremos, tem-se aí mais uma prova do caráter não estatal da União Europeia. A maior delas, todavia, decorre do fato de a União, diferentemente dos Estados, não ter capacidade jurídica genérica.

Como cediço, constitui apanágio de todo Estado possuir capacidade jurídica *genérica*¹³. A União, diversamente, só tem as atribuições que, de modo expresse ou implí-

10. Nesse sentido, SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 205-207.

11. COSTA, João Pedro Lopes, ob. cit., p. 81-82.

12. PINTO, Inês Horta. *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 223.

13. Cf. QUADROS, Canuto Joaquim Fausto de. Anotação aos arts. 4º e ss. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coord.). *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Editora

cito, lhe tenham sido atribuídas pelos Tratados. Nesse sentido, dispõe o art. 4º, nº 1, do TUE, que “as competências que não sejam atribuídas à União nos Tratados pertencem aos Estados-Membros”¹⁴. Eis, em linhas gerais, o conteúdo do princípio da atribuição ou da especialidade¹⁵.

O art. 5º do TUE, por sua vez, regula, primeiro, o critério de *repartição* entre as atribuições da União, de um lado, e dos Estados-Membros, de outro. Para tanto, volta a afirmar o princípio da atribuição. Depois, o mesmo cânon define os critérios do *exercício* das atribuições que ficam para a União, já pressupondo o respeito ao princípio da especialidade. Esses critérios, de *exercício* das atribuições que cabem à União, são dois: o princípio da subsidiariedade e o da proporcionalidade.

Pelo princípio da subsidiariedade, afora as matérias de competência exclusiva da União, essa só pode intervir se e na medida em que os objetivos visados não possam ser alcançados, de forma suficiente, pelos Estados-Membros (TUE, art. 5º, nº 3). Já consoante o princípio da proporcionalidade, ainda que se entenda que a intervenção da União é imperiosa – observado, pois, o princípio da subsidiariedade –, ela deve ficar limitada ao que for estritamente necessário para se alcançar os objetivos decorrentes dos Tratados (TUE, art. 5º, nº 4).

Em jeito de síntese, parece possível afirmar que a União só tenha atribuição quando os Estados-Membros a confirmem. Ainda que tenha sido conferida, a União só pode intervir se e na medida em que a atuação dos Estados-Membros se mostre insuficiente. Finalmente, ainda que tenha sido conferida a atribuição e que a insuficiência da atuação *nacional* esteja configurada, a União não pode exceder o estritamente necessário para alcançar os objetivos visados no caso concreto.

Por outro lado, hodiernamente, acreditamos ser inegável que a União Europeia é titular de uma “jurisdição penal autônoma”, com os poderes próprios de uma jurisdição prescritiva em matéria penal¹⁶. Com efeito, em que pese a União não gozar do poder de editar normas penais com eficácia imediata, condicionando prontamente os comportamentos dos cidadãos europeus, possui “competência para impor aos Estados-Membros o dever de editar normas primárias e respectivas regras de aplicabilidade”. Daí se falar em “meta-jurisdição”, no sentido de poder sobre o poder, ou seja, poder de determinar,

Almedina, 2012. p. 34. Para outras considerações sobre a natureza da União Europeia, ver RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu...*, cit., p. 31.

14. No mesmo sentido, o art. 5º, n. 2, do TUE, preceitua que “a União atua unicamente dentro dos limites das competências que os Estados-Membros lhe tenham atribuído nos Tratados”.
15. Cf. QUADROS, Canuto Joaquim Fausto de, ob. cit., p. 33. Interessante que o autor ora afirma que o TUE consagrou o princípio da especialidade, embora por vezes o tenha chamado de princípio da atribuição (p. 33), ora assevera que o segundo postulado é corolário do primeiro (p. 37). Neste trabalho, as expressões são usadas como sinônimas.
16. Cf. CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 180.

respeitadas certas condições, os poderes estatais que, por sua vez, determinam os sistemas jurídicos nacionais¹⁷.

Nessa linha, dispõe o art. 83, nº 1, do TFUE, que

“o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de diretivas adotadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça”.

Eis – a harmonização – uma das vias de construção do ELSJ, ao lado da cooperação judiciária penal. Como há obrigatoriedade, por parte dos Estados-Membros, de transposição legislativa das diretivas adotadas pela União, tem-se, a nosso ver, pelo menos um caminho aberto “à criação de um direito penal europeu, na acepção mais estrita do termo” (criado a nível europeu, criminalizando diretamente comportamentos, ou agravando sanções, sem necessidade de intervenção de qualquer instância nacional de transposição)¹⁸.

2.3. *Finalidades da harmonização*¹⁹

Como se sabe, harmonizar significa pôr elementos diferentes em harmonia, fazer concordar ou conciliar. Cremos ser possível conceituar harmonização como o processo

“de modificação recíproca das normas nacionais de vários Estados relativas aos princípios ou regras gerais do direito penal, aos tipos de crime, às consequências jurídicas do crime ou ao processo penal, na medida do necessário para que se tornem compatíveis entre si [...]”²⁰.

Em sentido próximo, Anabela Miranda Rodrigues sublinha que “harmonização implica uma atividade legislativa dos Estados-Membros, quer ‘adaptando’ [...] uma norma

17. Cf. CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia..., cit., p. 182-183.

18. ALCAIDE, Sandra E. Milheirão. Âmbito da competência material da (futura) Procuradoria Europeia. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012. p. 81.

19. ANDRE KLIP, *European Criminal law. An integrative approach*, Intersentia, 2009, p. 32, não vê as expressões “harmonização” e “aproximação” como sinônimas. Para ele, “*harmonisation provides a higher degree of integration and similarity than approximation. Approximation allows Member States more discretion in the choice of the means with which to comply with their obligations*”. Contudo, ao final, o próprio autor ressalva: “*However, neither the Treaties, nor the Court’s case law are explicit about the dividing line between harmonisation and approximation*”. Por fugir ao escopo deste trabalho, deixamos de desenvolver melhor o tema. Para uma análise crítica da harmonização, ver KLIP, *ob. cit.*, p. 37 e ss.

20. PINTO, Inês Horta, *ob. cit.*, p. 85.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

penal já existente, quer criando uma nova, quer, finalmente, prevendo a aplicação de penas [...]”²¹.

A harmonização, contudo, não é um fim em si mesma. Dito de outro modo, harmoniza-se para alcançar determinadas finalidades.

A primeira delas liga-se à necessidade de dar uma resposta mais eficaz e global a certas formas de criminalidade²². É que, diante da já referida internacionalização do crime, a atuação isolada de cada Estado-Membro pode não ser suficiente. Assim, há claro interesse em submeter “comportamentos criminosos idênticos a riscos de sanções semelhantes”, independentemente de terem sido praticados num ou noutro Estado-Membro – como se afirmou no denominado Livro Verde sobre a aproximação, o reconhecimento mútuo e a execução das sanções penais na União Europeia. Afora a preocupação de evitar que organizações criminosas escolham o local da ação ou do resultado de acordo com o sistema jurídico que ofereça menores riscos em termos de punição²³. Além disso, a harmonização em matéria penal parece ter o condão de melhorar a confiança recíproca entre os Estados-Membros da União Europeia, de modo a gerar condições mais favoráveis à cooperação judiciária. Afinal, no âmbito da cooperação judiciária, confiança “não se decreta”²⁴.

Para além dessa finalidade, consistente em melhorar a resposta a certas formas de criminalidade, outras poderiam ser mencionadas. Falamos aqui do estabelecimento de um nível mais homogêneo de proteção a bens jurídicos, de modo a favorecer a liberdade de circulação das pessoas e a segurança jurídica. Falamos, ainda, da promoção da igualdade no espaço europeu, uma vez que, em existindo uma cidadania europeia, fica cada vez mais difícil entender a disparidade de condutas proibidas. Assim como falamos de uma proteção mais coesa de bens jurídicos da União Europeia – v.g., o orçamento comunitário – e de outras políticas suas (agricultura, pesca, meio ambiente, transportes, concorrência, defesa dos consumidores etc.)²⁵.

Finalmente, ainda poderia ser mencionada uma finalidade mais simbólica, qual seja, a criação de um sentimento comum de justiça europeu, com respeito e preservação de diferenças entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais – afinal, não estamos diante de unificação, mas de harmonização²⁶.

21. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu...*, cit., p. 94.

22. Cf. PINTO, Inês Horta, ob. cit., p. 94.

23. Cf. PINTO, Inês Horta, ob. cit., p. 98. Fazemos referência, aqui, à preocupação de evitar que certos Estados funcionem como “paraísos” ou “santuários penais” (*safe havens*).

24. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu...*, cit., p. 203. No mesmo sentido, o Conselho Europeu de Tampere deixou consignada a necessidade, àquela altura, de um “maior reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a necessária aproximação da legislação [que] facilitarão a cooperação entre as autoridades e a proteção judicial dos direitos individuais” (§ 33).

25. Cf. PINTO, Inês Horta, ob. cit., p. 104-110.

26. Cf. PINTO, Inês Horta, ob. cit., p. 110-114.

Pois bem. Com a expectativa de termos elucidado aspectos importantes – sem, por outro lado, qualquer pretensão de esgotamento dos temas percorridos – do contexto em que se insere o problema trazido *ab initio*, bem assim descortinadas as principais finalidades da harmonização em matéria penal, devemos agora passar à verificação dos sentidos possíveis do vocábulo “corrupção”. Essa tarefa, que procuraremos cumprir no capítulo seguinte, parece-nos de grande importância para o presente trabalho. Constitui, decerto, etapa indispensável para nos aproximarmos de uma resposta adequada ao problema que nos propusemos a enfrentar.

3. SENTIDOS POSSÍVEIS DO TERMO “CORRUPÇÃO”²⁷

3.1. Considerações preliminares

Quando se fala em corrupção, o primeiro dado que se deve ter em mente, a nosso ver, é que se trata de termo polissêmico e não adstrito ao universo jurídico. Assim, “corrupção não é um conceito jurídico em si, mas um objeto que varia de acordo com o enfoque que lhe é dado”²⁸. Em outras palavras, há grande sobreposição de conceitos econômicos, políticos, sociais e culturais²⁹, o que dificulta sobremaneira a determinação do seu conteúdo e extensão.

Etimologicamente, a palavra “corrupção” deriva do latim *corruptus*, que pode significar “quebrado em peças”, ou, ainda, apodrecido ou pútrido³⁰. Já em termos sociológicos, segundo Fernando Filgueiras, seria possível pensar em corrupção como

“uma ação intencional por parte de uma autoridade, no interior de um sistema social, que tende a sobrepor seus interesses privados ao bem comum, tendo em vista uma estrutura normativa institucionalizada, a qual determina as fronteiras de uma ação aceita ou não aceita por parte do sistema.”³¹

Esse conceito, a nosso ver, apesar de ter o mérito de destacar a sobreposição de interesses privados ao bem comum, peca por desconsiderar a corrupção passível de ocorrer no

27. Este item, do presente trabalho, corresponde, em alguma medida, às considerações introdutórias que fizemos em *A prevenção da corrupção na Administração Pública: contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance*, Belo Horizonte, D’Plácido, 2019.

28. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 64, jan.-fev. 2007. p. 36.

29. Cf. DUYNE, Petrus C. van. Will ‘Caligula’ go transparent? Corruption in acts and attitudes. *Forum on Crime and Society*, New York, v. 1, n. 2, 2001. p. 75.

30. Cf. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, ob. cit., p. 36.

31. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015, p. 4.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

setor privado, ou seja, aquela que não diz com uma autoridade. Por tal razão, entendemos preferível o conceito mais amplo de Conrado Almeida Corrêa Gontijo, segundo o qual corrupção, nas ciências sociais em geral, aparece como “exercício desviado de poder”³².

Ultrapassado o sentido sociológico, ainda que tentemos restringir nossa análise ao universo jurídico, o problema continua complexo, desde logo por conta daquilo que J. J. Gomes Canotilho denominou, em prefácio de obra sobre a corrupção, de “efeito transvase” ou de “pulverização do crime típico ‘material’”. Para o autor, a corrupção, que sempre esteve ligada ao subornar alguém por dinheiro, sofre hoje do “efeito transvase”, isto é, por excesso de líquido ou por defeito do vaso jurídico que o contém, aquele transborda, à custa de dispersão dogmática e jurídica. Ainda na ótica do mesmo autor, tem ocorrido uma “pulverização do crime típico ‘material’”, passando a corrupção a incorporar vários tipos penais, como o tráfico de influência, o peculato e o abuso de poder³³.

Justamente por conta dessa dispersão dogmática e jurídica, no item seguinte, faremos uma tentativa de identificação dos diversos sentidos juridicamente existentes do termo “corrupção”, principiando – como recomenda a cautela – pela corrupção dita “tradicional”. Cumprida essa missão, tentaremos sistematizar esses sentidos todos, na expectativa de esclarecer o que há de comum e o que há de específico em cada categoria eventualmente identificada.

3.2. Sentidos jurídicos possíveis

Porque disperso o cenário, como apontado, pareceu-nos mais seguro iniciar a identificação dos sentidos jurídicos possíveis do vocábulo em causa por aquela corrupção a que poderíamos chamar de “tradicional”. Cuida-se da corrupção que envolve suborno de agente público nacional, de há muito punida nos mais diversos sistemas jurídicos. Já em Roma, puniam-se os magistrados, os procuradores, os oficiais e todos aqueles detentores de algum poder ou ministério público, acusados de corrupção. Também as Ordenações Filipinas de 1603 proibiam o recebimento de qualquer “dádiva” ou “presente” por todos os desembargadores, julgadores ou quaisquer oficiais da Justiça, bem como por todas as governanças de cidades, de vilas ou de lugares (livro V, título LXXI)³⁴.

A corrupção “tradicional” abrange as modalidades ativa e passiva. A corrupção ativa se caracteriza pela promessa, pelo oferecimento ou pela concessão a um funcionário

32. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 229.

33. LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra: Editora Almedina, 2011. p. 8.

34. Cf. MARQUES, Silvio Antonio. *Harmonização entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção Empresarial. Apontamentos à Lei Anticorrupção Empresarial*. São Paulo: Editora MP-SP, 2015. p. 37-38.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade, com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais. E a corrupção passiva, por sua vez, conforma-se a partir da solicitação ou da aceitação, por um funcionário público, de forma direta ou indireta, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa ou entidade, com o fim de que tal funcionário atue ou se abstenha de atuar no cumprimento de suas funções oficiais (art. 15 da Convenção da ONU contra a Corrupção)³⁵.

O bem jurídico tutelado, como aponta António Manuel de Almeida Costa, é a autonomia intencional do Estado e, mais especificamente, a legalidade administrativa. Para o autor, o funcionário corrupto

“coloca os poderes funcionais ao serviço dos seus interesses privados, o que equivale a dizer que, abusando da posição que ocupa, se ‘sub-roga’ ou ‘substitui’ ao Estado, invadindo a respectiva esfera de atividade. A corrupção (própria ou imprópria) traduz-se, por isso, sempre numa manipulação do aparelho do Estado pelo funcionário que, assim, viola a ‘autonomia intencional’ da Administração, ou seja, em sentido material, infringe a chamada ‘legalidade administrativa’”³⁶.

Em termos bem próximos, Claudia Cruz Santos afirma que “o que se quer proteger com a criminalização da corrupção é sobretudo a *legalidade da atuação dos agentes públicos e a sua objetividade decisional*”³⁷. Daí se falar em corrupção como criminalidade no Estado e contra o Estado.

Em que pese termos atribuído a esse sentido do termo “corrupção” o adjetivo “tradicional”³⁸, não podemos deixar de reconhecer que, em muitos países europeus, a corrupção do setor privado se encontra prevista como infração penal desde o princípio do século XX. Com efeito, a título de exemplo, o Reino Unido, desde 1906, por meio da “Lei de Prevenção de Corrupção”, ainda em vigor, sanciona a corrupção dentro do setor privado, tanto na modalidade ativa quanto na passiva. Pouco tempo depois, em 1909, a Alemanha passou a sancionar essa modalidade de conduta, com a edição de lei contra a concorrência desleal³⁹. E também a França possui tradição nesse delito, então chamado

35. Em sentido próximo, arts. 2º e 3º da Convenção da União Europeia de 1997.

36. COSTA, António M. de Almeida. *Sobre o crime de corrupção*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 144.

37. SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 31.

38. Também falam dessa corrupção como a “tradicional” SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção...*, cit., p. 100.

39. Desde 1997, o crime de corrupção no setor privado, na Alemanha, está regulado no Código Penal. O legislador alemão optou por tratá-lo nesse diploma por razões preventivas gerais, ou seja, por

de corrupção de empregados, introduzido no Código Penal mediante Lei de 16 de fevereiro de 1919⁴⁰.

Ainda assim, o adjetivo “tradicional”, que atribuímos àquele primeiro sentido do termo “corrupção”, não nos parece equivocado. É que, enquanto na Europa a corrupção do setor privado é apenada, em alguns países, há cerca de um século, a corrupção do setor público nacional se encontra prevista como delito, em todo canto, há muitos séculos – a exemplo das Ordenações Filipinas de 1603.

Seja como for, o que foi dito até aqui já deixa claro que a corrupção “tradicional” se encontra, hoje, ladeada por outras corrupções, assim também qualificadas pelo legislador. Isto é, o *nomen juris* “corrupção” não é utilizado pelo legislador apenas para tratar da corrupção “tradicional”. E, a nosso ver, não há nisso qualquer equívoco⁴¹.

É que nos parece hoje evidente que, quando o legislador faz uso da qualificação “corrupção”, ao cuidar de determinada infração penal, tem ele em vista não um bem jurídico específico, mas, isso sim, um específico processo de execução do crime. O núcleo está no suborno. Ou, dito de maneira talvez mais apropriada, o que se pode observar, em regra, nas infrações qualificadas como “corrupção”, é, antes de tudo, a existência de relações jurídicas legítimas, entre um sujeito que está numa posição privilegiada⁴² (*intraneus*) e um outro, que lhe outorga poderes especiais (*principal*), mas para que sejam exercidos em seu benefício. Na sequência, o *intraneus* se depara com situação em que se verifica conflito de interesses com o *principal* e, então, é movido a desempenhar suas funções de forma desviada. Tem de optar entre cumprir suas obrigações ou descumpri-las, em benefício próprio e prejuízo para o *principal*. Em regra, tudo se passa porque um sujeito

ter sentido a necessidade de reforçar, na consciência da população, o caráter socialmente danoso da corrupção privada. Nesse sentido, Gili Pascual apud SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de. *A corrupção...*, cit., p. 218.

40. Atualmente, o crime de corrupção privada, no ordenamento jurídico francês, está previsto no Código de Trabalho (cf. SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de, ob. cit., p. 218).
41. Adotando um tom crítico à utilização do termo “corrupção” para qualificação de crimes que não sejam contra o Estado, tem-se SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thais de. *A corrupção...*, cit., p. 127.
42. Utiliza-se, aqui, por nos parecer apropriada, terminologia própria da criminologia, em especial dos crimes de colarinho branco. Por todos, veja-se que SANTOS, Claudia Maria Cruz. *O crime do colarinho branco* (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 45-46, ressalta que, segundo Sutherland, o crime de colarinho branco pode ser conceituado como aquele que é cometido, no âmbito de sua profissão, por uma pessoa de respeitabilidade e elevado estatuto social. Onde a possibilidade de decomposição do conceito de *white-collar crime* em cinco elementos: a) a existência de um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis; c) com elevado estatuto social; d) no exercício da sua profissão; e e) ocorrendo, em regra, violação da confiança por parte dos agentes do crime, de quem se esperaria uma determinada postura, mas que, aproveitando-se de *posição privilegiada* que ocupam, tiram dela proveito criminoso.

(*corruptor*) estranho à relação *principal-intraneus* nela busca se imiscuir, com vistas ao atendimento de objetivos próprios, que são conflitantes com os do *principal*. Os interesses do *corruptor* podem ser alcançados por meio do exercício abusivo dos poderes outorgados ao *intraneus*. Por tal razão, ele – o *corruptor* – oferece vantagens indevidas ao *intraneus*, com o fim de influenciá-lo a agir em desconformidade com as obrigações inerentes aos poderes de que é mandatário⁴³.

Afigura-se-nos possível acolher todas essas infrações penais, qualificadas pelo legislador como “corrupção” e cujo núcleo se encontra no suborno, sob uma mesma categoria, que passamos a referir como “corrupção *stricto sensu*”. Referimo-nos aqui, para além da corrupção “tradicional”, especialmente, à corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, à corrupção de funcionários comunitários e à corrupção do setor privado.

A corrupção do setor privado abrange, outrossim, as modalidades ativa e passiva. A corrupção privada ativa se caracteriza pela promessa, pelo oferecimento ou pela concessão, de forma direta ou indireta, no curso de atividades econômicas, financeiras ou comerciais, a uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar. E a corrupção privada passiva se configura com a solicitação ou a aceitação, de forma direta ou indireta, nas mesmas condições, por uma pessoa que dirija uma entidade do setor privado ou cumpra qualquer função nela, de um benefício indevido que redunde em seu próprio proveito ou no de outra pessoa, com o fim de que, faltando ao dever inerente às suas funções, atue ou se abstenha de atuar (nesse sentido, art. 21 da Convenção da ONU contra a Corrupção⁴⁴).

Com relação à corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transações comerciais internacionais, sua tipificação foi preconizada, inicialmente, em âmbito internacional, pela Convenção OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – de 1997. Cuida-se, ali, de corrupção ativa, consistente no oferecimento, na promessa ou na dação de vantagem indevida de qualquer natureza, direta ou indiretamente, a um funcionário público estrangeiro, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução de negócios internacionais (art. 1º da Convenção OCDE⁴⁵).

43. Cf. GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa, ob. cit., p. 229.

44. Em sentido próximo, em que pese não idêntico, dispõe o art. 2º da Decisão-Quadro 2003/568/JAI. Vale lembrar que, por fugir ao escopo do presente trabalho, não nos debruçaremos com maior cautela sobre as eventuais dessemelhanças entre as tipificações preconizadas por um e por outro instrumento internacional.

45. Em sentido próximo, ver art. 16 da Convenção da ONU.

Nos dois casos (corrupção do setor privado e de agentes públicos estrangeiros), as incriminações têm por objetivo garantir a “lisura nas relações de concorrência”, ou a “ordem pública econômica”⁴⁶. Em outras palavras, as incriminações visam a evitar a “perturbação das regras de mercado”⁴⁷.

À primeira vista, portanto, o bem jurídico tutelado pelo crime de corrupção “tradicional” – a autonomia intencional do Estado – seria absolutamente distinto daquele visado pelas incriminações ora comentadas – lealdade na concorrência e lisura das regras de mercado. Ocorre que a discrepância se atenua bastante, a nosso ver, quando se tem em mente os valores mediatamente protegidos. A propósito, Cláudia Cruz Santos fala, por um lado, em “crimes de corrupção primacialmente construídos como crimes contra cada Estado e que mediatamente podem afetar a economia”, e, por outro, em “crimes de corrupção primeiramente atentatórios da economia e que só reflexamente atingirão o Estado”⁴⁸.

Quanto à corrupção de funcionários comunitários, cremos se tratar de crime homólogo à corrupção “tradicional”, com apenas duas peculiaridades: a) há uma ampliação do conceito de “funcionário” (art. 1º do Protocolo à Convenção PIF de 1996), de modo a abranger, entre outros, os titulares de cargos nas Comunidades, mas também os *experts* nacionais a elas disponibilizados⁴⁹; e b) o bem jurídico tutelado se liga às Comunidades, e não aos Estados-Membros que as integram – lembrando, todavia, que, a partir do Tratado de Lisboa (posterior à Convenção PIF), fala-se apenas em “União Europeia”.

Por derradeiro, a par da corrupção “tradicional” e da corrupção *stricto sensu* – os dois primeiros sentidos identificados –, podemos talvez cogitar de uma corrupção *lato sensu*, cuja extensão abrangeria não só as infrações que integram a categoria “corrupção *stricto sensu*”, mas também os crimes conexos, a exemplo do peculato, da concussão, do tráfico de influência e do abuso de poder. No entanto, essa forma de ver as coisas colocaria um questionamento, a nosso ver, fundamental: o que nos autorizaria a afirmar a existência, neste contexto, de “crimes conexos”?

46. Cf. SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção...*, cit., p. 21 e 18.

47. Nesse sentido, quanto à corrupção do setor privado, ver LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra: Editora Almedina, 2011. p. 50. Igualmente, KLIP, André, ob. cit., p. 197-198, sustenta existirem três categorias de crimes contra a concorrência leal. Em primeiro lugar, os crimes de concorrência desleal *stricto sensu*. Em segundo, justamente, as corrupções ativa e passiva do setor privado, previstas, em âmbito europeu, na decisão-quadro 2003/658. E, finalmente, em terceiro, a facilitação de entrada não autorizada, trânsito e residência, com o objetivo primordial de evitar a distorção do mercado de trabalho. O tema não está, todavia, isento de controvérsia, uma vez que há quem enxergue, como bem jurídico tutelado pela corrupção privada, a “lealdade e a confiança imprescindíveis para as relações privadas” (vide, v.g., SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção...*, cit., p. 228).

48. SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção...*, cit., p. 19.

49. Para análise mais pormenorizada do conceito de “funcionário”, no contexto da Convenção PIF, ver FLORE, Daniel. *Droit Pénal Européen: Les Enjeux d’une Justice Pénale Européenne*. Bruxelles: Larcier, 2014. p. 200 e ss.

Em primeiro lugar, a extensão do vocábulo “corrupção”, de modo a abarcar também os crimes conexos, parece ser, de fato, resultado daquele “efeito transvase”, já referido. José Mouraz Lopes utiliza diversas expressões para designar o mesmo processo, como “irradiação” ou “voragem conceitual”. Em síntese, na sua avaliação, “a dimensão amplificada do fenômeno corrupção redimensiona o entendimento do conceito de corrupção”⁵⁰. Em razão disso, afora os tipos de corrupção expressamente previstos nos ordenamentos jurídicos, existiriam, ainda, “tipos conexos, como o tráfico de influências, o peculato [...]”⁵¹.

Segundo o mesmo autor, todos esses delitos teriam, em comum, o fato de se relacionarem diretamente com a má governação. Isso os caracterizaria igualmente e justificaria sua absorção por um conceito amplo de corrupção⁵². Com essa perspectiva, todavia, não podemos concordar. Afinal, relacionar corrupção com má governação é dizer muito pouco. O universo de práticas ofensivas à boa governação é tão vasto que o acolhimento do raciocínio do autor implicaria, praticamente, renunciar ao “vaso jurídico” denominado “corrupção”. Além disso, a nosso ver, há numerosos casos de desrespeito aos padrões de *governance* que nada têm que ver com corrupção. Basta pensar em ausência de transparência, algo muito caro – e com razão – para o discurso da boa governação, mas que, por si só, não consubstancia prática de atos corruptivos. Se muito, cria ambiente propício para isso.

Creemos que o núcleo da corrupção *latu sensu* esteja no desvio de poder em benefício pessoal, englobando os setores público e privado⁵³. Na mesma linha, mas em termos mais certos, leciona Nicolás González-Cuellar Serrano que,

“com maior precisão jurídica, a *corrupción*, tanto em relação ao setor público como ao privado, consiste na utilização de um poder de atuação oficial ou conferido ao autor por uma coletividade, grupo, companhia, sociedade ou qualquer entidade, no interesse particular para a consecução de uma vantagem indevida, patrimonial ou de outro tipo, em seu favor ou no de um terceiro”⁵⁴.

50. Cf. LOPES, José Mouraz, ob. cit., p. 39.

51. Cf. LOPES, José Mouraz, ob. cit., p. 11. SIMÕES, Euclides Dâmaso. Importância e prioridade da prevenção no combate à corrupção. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 30, n. 117, 2009. p. 38, igualmente, faz menção elogiosa a um “guia explicativo sobre a corrupção e crimes conexos”, elaborado, em 2007, pelo Ministério da Justiça português.

52. Cf. LOPES, José Mouraz, ob. cit., p. 29.

53. Cf. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comitê Econômico e Social Europeu – Sobre uma política global da UE contra a corrupção /*COM/2003/0317final*/.

54. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Halcones y palomas: la persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; SERRANO, Nicolás González-Cuellar (Org.). *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015. p. 513. O autor, na sequência, faz a decomposição do conceito de corrupção que adota, nos seguintes termos: “Tres son los elementos que concurren en la definición propuesta: i) la existencia de un poder de actuación oficial (en la corrupción pública) o de administración, dirección o gestión de negocios (en la corrupción privada); ii) la

Assim, parece-nos possível representar o conceito amplo de corrupção pela fórmula “desvio de poder + vantagem indevida”.

Em segundo lugar – retomando a pergunta feita acima –, decerto, há crimes que frequentemente aparecem associados à corrupção *stricto sensu*. A título de exemplo, desviar dinheiro do empregador ou do Estado, como tal, não é corrupção (em sentido estrito), mas a corrupção pode ser instrumental, v.g., na compra do silêncio daqueles que foram informados. Do mesmo modo, a corrupção pode envolver a prática de fraudes e vice-versa⁵⁵.

Em terceiro lugar, nos tais “crimes conexos”, ou o bem jurídico é idêntico ao da corrupção “tradicional”, ou muito próximo. Talvez seja possível até afirmar que todas as infrações ponham em causa a credibilidade do Estado e sua consequente capacidade de intervenção para satisfação do interesse público. Com efeito, na corrupção “tradicional”, no tráfico de influência⁵⁶ e na concussão⁵⁷, tutela-se a autonomia intencional do Estado, naquele sentido já exposto acima. Enquanto, no peculato⁵⁸ e no abuso de poder⁵⁹, tutela-se a probidade, a fidelidade dos agentes públicos, com vistas a garantir a imparcialidade da administração e a eficácia dos seus serviços.

Em quarto lugar, tanto a Convenção do Conselho da Europa de 1999 como a Convenção da ONU de 2003, ambas dedicadas à corrupção, trouxeram diversas disposições sobre os crimes conexos. No último diploma internacional, por exemplo, há preceitos sobre peculato, tráfico de influências, abuso de funções e enriquecimento ilícito. Parece-nos necessário, aliás, sublinhar que, em seu art. 34, a Convenção da ONU contra a Corrupção trouxe a expressão “atos de corrupção”, abrangendo não só as práticas envolvendo suborno, mas também os crimes conexos. Apenas optamos, neste trabalho, até por ser mais usual, por usar a expressão “corrupção *lato sensu*”, em vez de “atos de corrupção” – que, aliás, parece-nos ambígua, pois pode sugerir a prática de atos de uma mesma conduta corrupta, a exemplo do oferecimento de vantagem indevida, seguida do saque do numerário correspondente e, ainda, da efetiva entrega ao funcionário, de quem se espera uma contrapartida.

búsqueda u obtención de una ventaja indebida (material o imaterial fuera del uso socialmente admisible); iii) el beneficio propio o ajeno”. Em sentido bastante próximo, ver, ainda, GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 7.

55. Cf. DUYNE, Petrus C. van, ob. cit., p. 76.

56. Cf. CAEIRO, Pedro. Anotação ao art. 335º. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. III, p. 276-277.

57. Cf. MONTEIRO, Cristina Libano. Anotação ao art. 379º. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. III, p. 750.

58. Cf. CUNHA, Conceição Ferreira da. Anotação ao art. 375º. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. III, p. 688.

59. Cf. FARIA, Paula Ribeiro de. Anotação ao art. 382º. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. III, p. 774.

O conceito mais amplo de corrupção já foi reconhecido e utilizado pelo Tribunal Constitucional Português, a propósito de sua análise sobre a conformidade ou não, com a Constituição, do tipo incriminador – que se pretendia inserir no Código Penal – relativo ao “enriquecimento ilícito”. Com efeito, em contexto de crítica, ao legislador, pela não identificação do comportamento reprimido da forma mais precisa possível, o Tribunal Constitucional ressaltou que poderiam se subsumir ao malfadado tipo penal condutas cujos desvalores seriam absolutamente diversos, a exemplo, de um lado, de fraudes fiscais, e, de outro, de

“variações patrimoniais reveladoras de acréscimos de riqueza obtidos por práticas que, por envolverem corrupção, enquanto fenômeno lato de captura privada de bens que pela comunidade deveriam ser fruídos, lesam o ‘valor’ da confiança”⁶⁰.

Sobre o acolhimento desse conceito amplo de corrupção pela doutrina, já tivemos oportunidade de fazer menção àquilo que foi denominado, por J. J. Gomes Canotilho e José Mouraz Lopes, de “efeito transvase”, de “voracidade” ou, ainda, de “irradiação”. O processo de “irradiação” foi, igualmente, de algum modo, captado por Hélio Rigor Rodrigues e Carlos A. Reis Rodrigues, para os quais, no âmbito internacional, “o conceito de corrupção é utilizado como elemento aglutinador de determinados tipos de crime que tutelam a noção geral de ‘abuso de um poder confiado’ (*abuse of entrusted power*)”⁶¹.

Finalmente, cremos que o próprio legislador português reconheceu a pertinência de uma corrupção *lato sensu*, na medida em que, por meio da Lei 32/2010, modificou o art. 118 do Código Penal, que versa sobre prazos prescricionais. Nessa oportunidade, majorou, em uma única “tacada”, para 15 anos, os prazos prescricionais dos crimes de tráfico de influência, recebimento indevido de vantagem, corrupção ativa e passiva, peculato, concussão e abuso de poder, por exemplo, independentemente das penas abstratamente cominadas. Acreditamos que apenas faça sentido tal alteração – conjunta! – dos prazos prescricionais de todas essas infrações, se se partir da ideia de que todas elas compoñham uma mesma categoria⁶².

Isso posto, identificados e nominados os sentidos que o termo “corrupção” pode assumir, parece-nos possível sistematizar tudo que acabamos de expor do seguinte modo. É possível, a nosso ver, falar numa “corrupção *lato sensu*”, que se caracteriza pelo desvio de poder, nos setores público e privado, associado à obtenção de uma vantagem indevida. Desse tronco arrancam, de um lado, (i) a “corrupção *stricto sensu*”, cuja particularidade

60. Acórdão 377/2015. Disponível, em 28 de novembro de 2016, em [www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150377.html].

61. RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de ativos na criminalidade econômico-financeira*. Lisboa: Editorial Minerva, 2013. p. 216.

62. Para uma crítica a essa ampliação dos prazos prescricionais dos crimes de corrupção *lato sensu*, ver LOPES, José Mouraz, ob. cit., p. 46-47.

assenta no suborno, ou, em outras palavras, num mercadejar com a posição privilegiada ocupada, e, de outro, (ii) os crimes conexos, que não ostentam aquela particularidade, mas frequentemente aparecem associados à corrupção-suborno – donde, inclusive, o adjetivo “conexos” – e tutelam os mesmos bens jurídicos, ou valores muito assemelhados.

4. INVENTÁRIO DOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS RELEVANTES

Nesse passo, já identificados os sentidos que, no universo jurídico-penal, o vocábulo “corrupção” pode vir a assumir, afigura-se-nos importante fazer um breve inventário dos instrumentos normativos internacionais relevantes para o âmbito europeu e que versem sobre corrupção. Tentaremos identificar, em cada um deles, com que sentido se empregou o termo “corrupção”, por crermos que isso possa impactar na solução do problema proposto.

A. *Convenção sobre a Proteção dos Interesses Financeiros das Comunidades Europeias de 1995 e seu Protocolo de 1996 (Convenção PIF)*: o objetivo, como o próprio nome revela, foi proteger os interesses financeiros das então Comunidades Europeias. A Convenção contém disposições sobre a corrupção ativa e passiva, em que estejam implicados funcionários nacionais ou comunitários. O termo “corrupção” foi empregado no sentido restrito, isto é, o legislador europeu falou de corrupção como prática envolvendo suborno (arts. 2º e 3º).

B. *Convenção da União Europeia de 1997*: como na Convenção PIF a preocupação ficou adstrita aos interesses financeiros das Comunidades Europeias, nesta Convenção de 1997, ampliou-se a proteção, de modo a abarcar também os interesses financeiros dos Estados-Membros. Novamente, o termo “corrupção” – nas modalidades ativa e passiva – foi utilizado no sentido restrito, sem prescindir de suborno, ou do mercadejar com o cargo ocupado (arts. 2º e 3º).

C. *Ação Comum 98/742/JAI*: foi o primeiro instrumento do âmbito da União Europeia a versar sobre corrupção (ativa e passiva) no setor privado. Mas, ainda aqui, estamos diante do conceito restrito de corrupção, pois umbilicalmente ligada a suborno. Ou seja, nos termos da Ação Comum, tem-se como indispensável, para se falar em corrupção, a “troca sinalagmática entre a vantagem oferecida e o ato demandado”⁶³⁻⁶⁴.

D. *Convenção OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) de 1997*: seu principal objetivo foi cuidar da corrupção de agentes públicos

63. FLORE, Daniel, ob. cit., p. 206, embora a propósito da Decisão-Quadro 2003/568/JAI.

64. Esses três primeiros instrumentos europeus foram editados sob a vigência do Tratado de Maastricht. À época, os Estados podiam coordenar suas ações contra algumas formas de criminalidade, especialmente no âmbito do Conselho, que podia adotar ações comuns ou elaborar convenções, recomendando sua adoção pelos Estados-Membros. Havia necessidade de unanimidade e a iniciativa cabia apenas aos Estados-Membros.

estrangeiros nas transações comerciais internacionais. Aqui, diversamente do que se passou nos instrumentos anteriores, cuida-se, apenas, da corrupção ativa. E, uma vez mais, a “corrupção” aparece ligada a suborno (art. 1º).

E. *Convenção do Conselho da Europa de 1999*: nesse instrumento europeu, existem diversos cânones relacionados à corrupção, quer envolvendo funcionários nacionais, quer estrangeiros ou de organizações internacionais, quer, ainda, o setor privado (arts. 2º a 11º). Invariavelmente, o termo “corrupção” aparece ligado a suborno, vale dizer, àquele mercadejar já referido. Por outro lado, a Convenção, em que pese ser “Penal sobre a Corrupção”, tratou dos crimes de tráfico de influências e de fraudes contabilísticas, em seus arts. 12º e 14º.

F. *Decisão-Quadro 2003/568/JAI*: o objetivo desse instrumento foi, nos termos do considerando 10,

“designadamente, garantir que tanto a corrupção ativa como a passiva no setor privado sejam consideradas infrações penais em todos os Estados-Membros, podendo também as pessoas coletivas serem responsabilizadas por essas infrações que, por sua vez, devem implicar sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas”.

Como bem nota Daniel Flore, na corrupção ativa, a promessa, o oferecimento ou a dação de vantagem indevida é indispensável, como também o é, na corrupção passiva, a solicitação, o recebimento ou a aceitação de uma promessa de vantagem indevida⁶⁵. Logo, o termo “corrupção” foi aplicado em sentido restrito⁶⁶.

G. *Convenção de Mérida de 2003*: esse instrumento internacional foi aprovado no âmbito da ONU. Trata-se da Convenção da ONU contra a Corrupção, já referida anteriormente neste trabalho. Com a expectativa de nos mantermos focados na solução do problema inicialmente proposto, sublinhamos, agora, o seguinte: (i) a Convenção, em vez de falar em corrupção, quando da prática de atos envolvendo suborno, fala, v.g., em “suborno de funcionários públicos”, ou em “suborno no setor privado”; (ii) a Convenção, em seu art. 34, trouxe a expressão “atos de corrupção”, com o mesmo alcance do que aqui temos chamado de “corrupção *lato sensu*”, abrangendo a corrupção *stricto sensu* e os crimes conexos (previstos a partir do art. 17).

H. *Diretiva sobre a luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União* (Diretiva UE 2017/1371): seu objetivo, em linhas gerais, foi substituir a Convenção PIF (artigo 16º), trazendo, contudo, importantes modificações, por exemplo, a eliminação da

65. FLORE, Daniel, ob. cit., p. 207-208.

66. O instrumento normativo em pauta foi editado na vigência do Tratado de Amsterdam. Sob a égide desse Tratado, o Conselho manteve o poder de decisão, deliberando por unanimidade, apesar de o poder de iniciativa passar a ser partilhado entre os Estados-Membros e a Comissão. O instrumento jurídico “decisão-quadro” foi criado especificamente com o objetivo de proporcionar a aproximação das disposições legislativas dos Estados-Membros.

necessidade de violação de “deveres oficiais” para a conformação da infração. Seu art. 3º traz a fraude *stricto sensu*, ao passo que o art. 4º traz “outras infrações penais lesivas dos interesses financeiros da União” – leia-se: branqueamento, corrupção ativa e passiva e “apropriação ilegítima”. A corrupção, nesse contexto, volta a aparecer vinculada a suborno⁶⁷⁻⁶⁸.

Feito, dessarte, do modo mais breve possível, o inventário dos instrumentos internacionais com possível relevância para o deslinde do problema que nos motiva, como última etapa prévia ao seu enfrentamento mais direto, faremos, no capítulo subsequente, rápida referência a algumas técnicas de interpretação do direito da União Europeia, já consagradas pelo Tribunal de Justiça.

5. TÉCNICAS DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO⁶⁹

Em primeiro lugar, temos a técnica da *interpretação literal e contextual*. A interpretação literal é o método principal, para o Tribunal. Havendo necessidade, deve-se comparar uma dada versão com as outras, também oficiais, do texto em questão. Persistindo dúvida, a interpretação deve ser feita à luz da finalidade do preceito em pauta e do regime do qual faz parte. Parece-nos importante salientar, no entanto, que “as palavras nos instrumentos legais têm seu próprio e independente significado no direito da União”⁷⁰ – não devendo ser *tout court* extraído a partir de noções vigentes nos sistemas nacionais. Fundamental, ainda, buscar assegurar um efeito útil à regra interpretada (“the effectiveness of the rule”).

Em segundo, parece relevante mencionar, na tarefa de interpretação, a *influência das leis internacionais*. Para, antes de mais, frisar que não se deve transportar significados atribuídos a termos de outros tratados, para interpretar a redação de um instrumento legal da União Europeia. Por outro lado, como bem lembra André Klip, “o fato de a União

67. Curioso que, na exposição de motivos da proposta de diretiva, a Comissão fez referência à fraude em sentido amplo, abrangendo a fraude em sentido estrito e atos conexos à fraude, como a corrupção e o branqueamento. Por essa razão, chegamos a nos questionar se, no âmbito da União Europeia, a “corrupção *lato sensu*” não estaria se encaminhando para ser nominada de “fraude *lato sensu*”. Com brevidade, contudo, abandonamos a ideia, por acreditarmos que, se, por um lado, é verdade que a fraude pode abranger a corrupção, por outro, parece-nos inegável que a corrupção também pode abranger fraude. Tudo, ao sabor das circunstâncias.

68. A proposta dessa diretiva foi encaminhada já na vigência do Tratado de Lisboa. Agora, como se sabe, as regras mínimas, voltadas à aproximação das legislações penais, são adotadas por meio de diretivas do Parlamento Europeu e do Conselho, sob proposta da Comissão ou por iniciativa de 1/4 dos Estados-Membros. Segue-se o processo legislativo ordinário.

69. Neste ponto, seguiremos de perto ANDRÉ KLIP, *ob. cit.*, p. 135 e ss.

70. KLIP, André, *ob. cit.*, p. 136.

[e não um ou mais, ou mesmo todos, dos seus Estados-Membros] ser parte em uma Convenção obriga o Tribunal a considerar tal Convenção como parte do *acquis communautaire*⁷¹.

Em terceiro e último lugar, ainda com relevo para a atribuição de significado às normas da União, surgem os *princípios gerais do direito da União*. Falamos, aqui, em especial, de princípios de direito penal que foram reconhecidos pelo Tribunal com o passar dos anos, a exemplo dos princípios da legalidade, da culpa, da não autoincriminação e da proporcionalidade. Falamos, ainda, de tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros⁷².

Dito isso, temos já terreno seguro para analisar, uma a uma, as possíveis respostas ao problema colocado *ab initio*. Ou seja, qual é o conteúdo e qual a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, n. 1, do TFUE? Quando se fala ali em “corrupção”, faz-se referência à corrupção “tradicional”, à corrupção em sentido estrito ou à corrupção em sentido amplo?

6. POSSÍVEIS RESPOSTAS AO PROBLEMA POSTO

6.1. *Corrupção “tradicional”?*

Poderíamos pensar, após tudo quanto exposto, que a “corrupção” referida no art. 83º, n. 1, do TFUE, é a “tradicional”. A fundamentar esse posicionamento, seria quicá possível alegar a necessidade de uma interpretação restritiva do dispositivo em questão, por força dos princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade, todos já mencionados ao longo deste trabalho.

Não cremos seja essa a resposta correta. É que, quando falamos de uma corrupção “tradicional”, o adjetivo é utilizado com base na história dos ordenamentos nacionais. Vale dizer, com supedâneo no fato de a corrupção de agentes públicos nacionais estar, há muitos séculos, prevista nos diversos sistemas jurídicos como delito. Ocorre que, como já visto, as palavras, no direito da União, têm um significado próprio e independente, não sendo correto extrai-lo a partir das noções em voga nos ordenamentos jurídicos nacionais.

Além disso, quando da edição do Tratado de Lisboa e, de conseguinte, da construção do atual art. 83º, n. 1, do TFUE, já tinham sido editados, como visto, dois instrumentos sobre a corrupção do setor privado, ao nível europeu – a Ação Comum 98/742/JAI e a Decisão-Quadro 2003/568/JAI. O que quer dizer que, ao nível europeu, a noção de “corrupção” já era mais ampla do que a correspondente à corrupção “tradicional”.

71. KLIP, André, ob. cit., p. 138.

72. KLIP, André, ob. cit., p. 147. Em sentido próximo, RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu...*, cit., p. 35.

Finalmente, afigura-se-nos importante já deixar registrado que, a nosso ver, os princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade não impõem uma interpretação restritiva do art. 83º, n. 1 – mas isso será melhor verificado no item seguinte deste capítulo.

6.2. *Corrupção stricto sensu vs. corrupção lato sensu*

Recusada a primeira alternativa de resposta ao problema, poderíamos ser levados a pensar que, então, a “corrupção” referida no art. 83º, n. 1, do TFUE, é a “corrupção *stricto sensu*”⁷³. Novamente, poderiam ser invocados, para escudar esse posicionamento, os princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade. Afora uma suposta necessidade de manter a corrupção fiel ao seu vínculo histórico com o suborno, no âmbito jurídico-penal.

Contudo, de novo, não acreditamos seja essa a resposta correta ao problema que nos move. Desde logo, porque, no que diz respeito à delimitação da amplitude do “domínio da criminalidade” denominado “corrupção”, não nos parece adequado cogitar de interpretação restritiva.

A uma, porque, a nosso ver, a expressão “domínio de criminalidade” remete a uma específica técnica legislativa, denominada, pela teoria geral do direito, de cláusula geral. Com efeito, o legislador, ao elaborar uma norma, pode ser obrigado a optar por uma, de duas técnicas legislativas⁷⁴: a técnica da enumeração casuística e a técnica da cláusula geral. Segundo Karl Engisch, casuística existe quando a hipótese legal é configurada de modo a circunscrever “particulares grupos de casos na sua especificidade própria”⁷⁵. Em outros termos, o legislador escolhe enumerar as situações que devam ser submetidas a dado regime jurídico. Diferentemente, se a opção foi pela técnica da cláusula geral, então teremos uma formulação da hipótese legal que, “em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um *domínio* de casos”⁷⁶. Ou seja, para fugir ao risco do casuismo, o legislador pode escolher por formular a hipótese legal com “generalidade”, de modo a abarcar um número grande de casos, submetidos a certo regime.

Cientes disso, quando nos voltamos para o art. 83º, n. 1, do TFUE, a nosso ver, logo somos levados a concluir que, ali, o legislador europeu optou por utilizar as duas técnicas não de modo complementar – o que não causaria grande surpresa –, mas sobrepondo-as. É dizer, não se fez uma enumeração precedida de uma cláusula geral, nem o contrário,

73. É o que defende, aparentemente, FLORE, Daniel, ob. cit., p. 198.

74. Em verdade, pode também utilizá-las de modo complementar. Afinal, como pontua ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965. p. 191, “as cláusulas gerais e o método casuístico nem sempre se excluem mutuamente dentro de uma certa matéria jurídica, mas, antes, se podem complementar”.

75. ENGISCH, Karl, ob. cit., p. 188.

76. ENGISCH, Karl, ob. cit., p. 188-189 (destaque acrescido).

mas sim uma *sui generis* enumeração de cláusulas gerais. Em suma, arrolou os “domínios de criminalidade”, mas cada “domínio” constitui, *de per si*, uma cláusula geral. E se, como acreditamos, cada “domínio” constitui uma cláusula geral, parece paradoxal sustentar a necessidade de sua interpretação restritiva; se quisesse restringir, o legislador, em nosso sentir, teria optado pela enumeração do conteúdo de cada “domínio”. Cremos que sua opção foi eloquente!

E, a duas, porque o que aqui sustentamos não constitui, propriamente, uma novidade. Já à época da vigência do Tratado de Amsterdam, quando eram três os “domínios de criminalidade” que admitiam harmonização ao nível da União Europeia – terrorismo, tráfico de droga e criminalidade organizada –, Pedro Caeiro, v.g., sustentou que a expressão “criminalidade organizada” deveria ser entendida como um conceito de índole criminológica, legitimando a aproximação “quando os fenômenos criminais em causa sejam tipicamente cometidos de forma organizada”⁷⁷. Na mesma linha, o Plano de Ação de Viena se referiu aos três “domínios de criminalidade” citados como “conceitos amplos”, passíveis de preenchimento⁷⁸.

No âmbito do mandado de detenção europeu (MDE), também aparece a problemática dos “domínios de criminalidade”. O instituto surgiu no contexto, já mencionado, de supressão dos controles fronteiriços dentro da União, demandando a criação de “mecanismos compensatórios” que evitassem um enfraquecimento da segurança dos Estados⁷⁹. Chegou-se ao instituto em pauta, entre outras razões, após a constatação de que os Estados-Membros não poderiam, entre si, continuar cooperando pela via – morosa e intrinsecamente sujeita a juízos políticos – da extradição. Um dos expedientes utilizados para tentar imprimir maior eficácia ao MDE, em comparação com o clássico mecanismo da extradição, consistiu em banir, em determinados “domínios da criminalidade”, a exigência de verificação, pelo Estado requerido (*rectius*: Estado de execução), da denominada dupla incriminação⁸⁰.

Os “domínios da criminalidade” em causa são os previstos no art. 2º, n. 2, da Decisão-Quadro 2002/584/JAI. Ocorre que se tem admitido algum controle, por parte do Estado de execução, a fim de que seja verificado se a subsunção à denominada “lista positiva”, procedida pelo Estado de emissão, não foi resultado de uma interpretação demasiado

77. CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010. p. 123.

78. Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu...*, cit., p. 113.

79. Cf. CAEIRO, Pedro. *Cooperação judiciária...*, p. 443.

80. RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu...*, cit., p. 198, com relação à opção de apenas banir tal verificação em certos domínios de criminalidade, fala numa “solução de compromisso”, tentando conciliar “a preocupação da constituição de um espaço penal europeu baseado na confiança mútua com o reconhecimento das diferenças entre os sistemas jurídicos desse espaço”.

extensiva⁸¹. E, a propósito dessa verificação, pelo Estado de execução, o Supremo Tribunal de Justiça português tem afirmado que, se o fato que determinou a emissão do MDE não puder integrar-se, “numa razoável e comum dimensão material”, a um daqueles “domínios”, poderá haver análise da dupla incriminação⁸². O que nos leva a crer que a interpretação de cada “domínio” deva ser feita menos sob o ponto de vista técnico-jurídico, e mais pela perspectiva – digamos – criminológica⁸³.

Por essas razões, parece-nos equivocado sustentar que o art. 83º, n. 1, do TFUE, deva ser interpretado restritivamente. Mas existem ainda outros motivos para rechaçar a interpretação segundo a qual, quando o cânon citado fala em “corrupção”, refere-se à “corrupção *stricto sensu*”.

Como vimos, uma das principais finalidades da harmonização é proporcionar uma resposta mais eficaz e global a certas formas de criminalidade. Ao mesmo tempo, a corrupção, enquanto realidade criminológica, constitui, hoje, fenômeno bastante complexo, além de poliédrico. Em verdade, a nosso ver, a “corrupção *stricto sensu*” é apenas uma das muitas faces do poliedro. Queremos, com isso, dizer que conferir ao legislador europeu a oportunidade de harmonizar os direitos nacionais apenas no que tange a uma das faces do poliedro chamado “corrupção” seria conferir-lhe muito pouco. Seria, em síntese, em vez de resguardar, comprometer a efetividade da norma interpretada (“the effectiveness of the rule”), contrariando regra de hermenêutica consagrada pelo Tribunal.

Além disso, quando se fala em manutenção do vínculo histórico entre corrupção e suborno, na seara jurídico-penal, uma vez mais, a nosso ver, incorre-se em desvio de perspectiva que só pode ser explicado por um demasiado apego a noções vigentes nos ordenamentos nacionais. Sendo que, como já tivemos oportunidade de ressaltar, segundo a jurisprudência do Tribunal, as palavras, no direito da União Europeia, têm um significado próprio e independente.

Aliado a isso, por derradeiro, cremos que mereça destaque o fato de a Convenção de Mérida ter consagrado, em seu art. 34, em capítulo dedicado justamente ao detalhamento de incriminações (Capítulo III), o conceito amplo de corrupção, abrangendo, portanto, os crimes conexos – em que pese tenha se valido da expressão, já criticada neste trabalho, “atos de corrupção”. E, como a União Europeia, enquanto tal, é signatária da Convenção de Mérida, o conceito amplo de corrupção, segundo cremos, passou a integrar o *acquis communautaire*⁸⁴.

Pelas razões expostas, parece-nos que a referência a “corrupção” feita pelo art. 83º, n. 1, do TFUE, deve ser interpretada como corrupção *lato sensu*, de modo a abarcar, por

81. Fazemos, nesse ponto, referência àquilo que RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu...*, cit., p. 201, chama de “controle genérico”. No sentido do texto, COSTA, João Pedro Lopes. Ob. cit., p. 103.

82. Acórdão SJ200704180014323, de 18.04.2007, e Acórdão SJ200701040047073, de 04.01.2007.

83. No mesmo sentido, Marie-Hélène Descamps apud COSTA, João Pedro Lopes, ob. cit., p. 103.

84. Na linha daquilo que foi lecionado por ANDRÉ KLIP, ob. cit., p. 138.

um lado, os crimes de corrupção ligados a suborno, tanto do setor público quanto do privado, mas também, por outro, os crimes conexos, ou seja, aqueles que se caracterizam pela obtenção de uma vantagem indevida – patrimonial ou não –, derivada de um exercício desviado de poder, e que frequentemente aparecem associados à corrupção *stricto sensu*.

Com relação aos princípios da atribuição, da subsidiariedade e da proporcionalidade, mencionados no início deste trabalho, pelas razões igualmente aduzidas, cremos que eles não imponham uma interpretação restritiva dos “domínios de criminalidade” apontados pelo art. 83º, n. 1. Contudo, delimitada a amplitude de um dado “domínio”, acreditamos que, aí sim, por força dos dois últimos princípios, a União só possa intervir na medida em que a atuação dos Estados-Membros se revele insuficiente e, ainda assim, sem exceder o estritamente necessário para alcançar os objetivos visados no caso concreto.

Acreditamos que não deva influir em nossa resposta à questão colocada o fato de a União, em sua atuação voltada à construção do espaço penal europeu, ter revelado, até aqui, um espírito mais securitário, e menos de liberdade⁸⁵. Parece-nos claro que essa é uma preocupação que, em que pese legítima, diz com o *exercício* de atribuições pela União, enquanto o problema aqui tratado liga-se, antes, à *repartição* de atribuições.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como esclarecido desde o princípio, o objetivo deste trabalho era contribuir para uma delimitação do conteúdo e da extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, n. 1, do TFUE. Jamais tivemos por fim dar contorno absolutamente definido a fenômeno que sabemos ter conteúdo relativamente indefinido⁸⁶. Mas – isso sim – nos dispusemos a esboçar uma resposta à seguinte questão, que perpassou todo este trabalho: quando o citado dispositivo do TFUE fala em “corrupção”, refere-se ele apenas à corrupção do setor público, ou, em vez disso, abrange, também, v.g., a corrupção do setor privado, o tráfico de influência, o peculato, o abuso de poder, a concussão e, eventualmente, o enriquecimento ilícito?

Como visto, a nosso ver, a “corrupção” ali referida é a corrupção em sentido amplo, isto é, o termo abrange não apenas aquelas infrações que vêm sendo qualificadas, pelo legislador, como tal e que envolvem suborno, mas também os crimes conexos, isto é, aqueles em que se verifica um desvio de poder, associado à obtenção de uma vantagem indevida, e cujos valores tutelados guardam muita proximidade ou são os mesmos da corrupção “tradicional”. Para além disso, i.e., caso o Parlamento Europeu e o Conselho

85. A propósito, ver RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu...*, cit., p. 217 e ss., e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Justiça constitucional e justiça penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 58, jan.-fev. 2006. p. 336.

86. Cf. LOPES, José Mouraz, ob. cit., p. 32.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

venham a editar instrumento normativo sem a observância dessas balizas, sua diretiva, em nosso sentir, carecerá de “pressuposto de validade substancial”⁸⁷. O que, inclusive, pode vir a ser sindicado, segundo cremos, pelo Tribunal de Justiça (art. 19º, n. 3, do Tratado da União Europeia – TUE).

8. BIBLIOGRAFIA

- ALCAIDE, Sandra E. Milheirão. *Âmbito da competência material da (futura) Procuradoria Europeia*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.
- CAEIRO, Pedro. A Decisão-Quadro do Conselho, de 26 de junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (Org.). *Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- CAEIRO, Pedro. Anotação ao art. 335º. *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. III.
- CAEIRO, Pedro. Cooperação judiciária na União Europeia. In: COSTA, José de Faria Costa; SILVA, Marco A. Marques da (Org.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- CAEIRO, Pedro. *Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português*. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça constitucional e justiça penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 58, p. 329-344, jan.-fev. 2006.
- COSTA, António M. de Almeida. *Sobre o crime de corrupção*. Coimbra: Almedina, 1987.
- COSTA, João Pedro Lopes. A dupla incriminação no mandado de detenção europeu e o verdadeiro alcance da abolição do seu controlo. In: CAEIRO, Pedro (Org.). *Temas de extradição e entrega*. Coimbra: Almedina, 2015.
- CUNHA, Conceição Ferreira da. Anotação ao art. 375º. *Comentário Conimbricense do Código Penal: parte especial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. III.

87. Nesse sentido, embora a propósito do Tratado de Amsterdam, CAEIRO, Pedro. *A Decisão-Quadro do Conselho...*, cit., p. 1072.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 117-144. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

- DUYNE, Petrus C. van. Will 'Caligula' go transparent? Corruption in acts and attitudes. *Forum on Crime and Society*, New York, v. 1, n. 2, 2001.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.
- FARIA, Paula Ribeiro de. Anotação ao art. 382º. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. III.
- FLORE, Daniel. *Droit Pénal Européen: Les Enjeux d'une Justice Pénale Européenne*. Bruxelles: Larcier, 2014.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado: estudo de direito comparado e a necessidade de tipificação do delito no ordenamento jurídico brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás. Halcones y palomas: la persecución penal de la corrupción y de la delincuencia económica. In: CRESPO, Eduardo Demetrio; SERRANO, Nicolás González-Cuellar (Org.). *Halcones y palomas: corrupción y delincuencia económica*. Madrid: Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, 2015.
- JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. A corrupção em perspectiva internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 64, p. 29-56, jan.-fev. 2007.
- JUNQUEIRA, Gabriel Marson. *A prevenção da corrupção na Administração Pública: contributos criminológicos, do corporate compliance e public compliance*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- KLIP, André. *European Criminal Law: an integrative approach*. Cambridge: Intersentia, 2009.
- LOPES, José Mouraz. *O espectro da corrupção*. Coimbra: Editora Almedina, 2011.
- MARQUES, Silvio Antonio. Harmonização entre a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei Anticorrupção Empresarial. *Apontamentos à Lei Anticorrupção Empresarial*. São Paulo: Editora MP-SP, 2015.
- MONTEIRO, Cristina Líbano. Anotação ao art. 379º. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. t. III.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Corrupção e anticorrupção*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.
- PINTO, Inês Horta. *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa: finalidades, obstáculos, realizações e perspectivas de futuro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- QUADROS, Canuto Joaquim Fausto de. Anotação aos arts. 4º e ss. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coord.). *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.

- RODRIGUES, Anabela Miranda. *O direito penal europeu emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Anotação ao art. 83º. In: PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (Coord.). *Tratado de Lisboa anotado e comentado*. Coimbra: Editora Almedina, 2012.
- RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. *Recuperação de ativos na criminalidade económico-financeira*. Lisboa: Editorial Minerva, 2013.
- SANTOS, Claudia Maria Cruz. *O crime do colarinho branco* (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- SANTOS, Claudia Cruz; BIDINO, Claudio; MELO, Débora Thaís de. *A corrupção: reflexões (a partir da lei, da doutrina e da jurisprudência) sobre seu regime jurídico-criminal em expansão no Brasil e em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso. Importância e prioridade da prevenção no combate à corrupção. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 30, n. 117, 2009.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Atos de corrupção no Brasil: análise sobre a multiplicidade de sanções e a possibilidade da incidência de *bis in idem* de acordo com o precedente europeu, de Beatriz Daguer, Rafael Junior Soares e Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi – *RDPEC* 3/105-134 (DTR\2020\11483);
- Corrupção privada: um novo tipo penal para catalisar uma reforma moral?, de Catherine Ruriko Sato – *RT* 1025/247-270 (DTR\2021\1942); e
- Globalização e corrupção em uma sociedade complexa, de André Folloni e Flávio Cardinelle Oliveira Garcia – *RBCCrim* 162/219-256 (DTR\2019\42157).

A VELHICE ENCARCERADA: REVISÃO DA LITERATURA SOBRE O ENVELHECIMENTO NO CÁRCERE

INCARCERATED OLD AGE: LITERATURE REVIEW ON AGING IN PRISON

LAURO FRANCISCO DA SILVA FREITAS JUNIOR

Mestre em Direito (2009) pela Universidade da Amazônia (Unama). Promotor de justiça em Belém (PA).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8724610611913393>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3370-2837>].
junior-lauro@uol.com.br

CELINA MARIA COLINO MAGALHÃES

Doutora em Psicologia (1995) pela Universidade de São Paulo (USP). Professora titular da Universidade Federal do Pará (UFPA), diretora do Núcleo de Teoria e Pesquisa do Comportamento (2017-2021).
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1695449937472051>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1279-179X>].
celinaufpa@gmail.com

PAULA DANIELLE PALHETA CARVALHO

Doutora em Teoria e Pesquisa do Comportamento pela Universidade Federal do Pará, 2018. Psicóloga Clínica do Núcleo de Teoria e Pesquisa do Comportamento da Universidade Federal do Pará.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/7146153074492605>].
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-5539-5204>].
pauladaniellecavalho@gmail.com

Recebido em: 20.08.2020

Aprovado em: 29.03.2021

Última versão dos autores: 19.04.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: Este artigo apresenta uma revisão da bibliografia sobre a condição dos idosos sujeitos ao encarceramento. O levantamento das publicações sobre o tema foi realizado na primeira quinzena de janeiro de 2020 a partir de cinco descritores: envelhecimento, idoso,

ABSTRACT: This article presents a review of the bibliography on the condition of the elderly subject to incarceration. The survey of publications on the topic was carried out in the first half of January 2020 from five descriptors: aging, elderly, prison, prison and health. 408 papers were

cárcere, prisão e saúde. Foram encontrados 408 trabalhos referentes aos últimos 10 anos nas bases de dados da Biblioteca Virtual da Saúde: Lilacs, SciELO, Medline e Google Acadêmico. De 408 estudos, oito preencheram os critérios de inclusão. Foi constatado que o sistema prisional é um ambiente insalubre e que o idoso, em decorrência das dificuldades inerentes à idade, tem uma condição física e psicológica insatisfatória, sendo necessário acompanhá-lo no sistema carcerário, sobretudo no que diz respeito à sua saúde mental. Cumpre aprofundar os estudos sobre o tema tendo em vista o planejamento e a execução de políticas públicas que atendam melhor essa população.

PALAVRAS-CHAVE: Idosos – Sistema prisional – Envelhecimento – Saúde – Revisão bibliográfica.

found for the last 10 years in the Virtual Health Library databases: Lilacs, SciELO, Medline and Google Scholar. Of 408 studies, eight met the inclusion criteria. It was found that the prison system is an unhealthy environment and that the elderly, due to the difficulties inherent to age, have an unsatisfactory physical and psychological condition, being necessary to accompany them in the prison system, especially with regard to their mental health. It is necessary to deepen the studies on the theme in view of the planning and execution of public policies that better serve this population.

KEYWORDS: Elderly – Prison system – Aging – Health – Review of literature.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Considerações metodológicas. 3. Resultados. 4. Discussão. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Até¹ a primeira metade do século XX, preponderou o Estado Social, com crescimento econômico, sensível melhoria das condições materiais de vida das pessoas e adoção de um modelo de regulação social. Nesse modelo, o Estado atuava como agente de implementação de políticas públicas, desempenhava funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Em um clima de “bem-estar”, o Estado era responsável por oferecer um mínimo de condições para que o homem vivesse com dignidade.

Esse papel do Estado, porém, após as crises econômicas e a recessão ocorridas por volta dos anos 70 e 80, passou a ser duramente questionado. O Estado Social gerou descompassos entre a receita estatal e os gastos sociais e entre os salários de trabalhadores e os lucros empresariais. A atividade econômica sofreu retração, o que, consequentemente, diminuiu a receita tributária, fazendo com que o Estado perdesse fôlego e força

1. Os autores declaram não haver conflitos de interesses. Contribuições individuais: Lauro Francisco da Silva Freitas Junior: realização da revisão da literatura e escrita do manuscrito. Celina Maria Colino Magalhães e Paula Danielle Palheta Carvalho: revisão do manuscrito, contribuições teóricas, sugestões de melhoramento e aprovação da versão final.

para responder às demandas sociais. O Estado Social entrou em colapso em razão de suas limitações.

Nesse cenário, surge o neoliberalismo, que, de forma embrionária, assumiu como bandeira a repulsa à política intervencionista do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*). Para os defensores do neoliberalismo, o Estado deveria, urgentemente, deixar o econômico e o social entregues às atividades privadas, em moldes semelhantes aos do liberalismo. A “liberdade” deveria voltar ao cenário econômico.

Assim o neoliberalismo, como doutrina, representa um conjunto de ideias que visam combater o Estado Social e seus instrumentos de intervenção no mercado e de promoção da justiça distributiva e do bem-estar social (GOULART, 2013, p. 193).

Define McChesney (2002, p. 7):

“O neoliberalismo é o paradigma econômico e político que define nosso tempo. Consiste em um conjunto de políticas e processos que permitem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social com o objetivo de maximizar seus benefícios individuais. Inicialmente associado a Reagan e Thatcher, o neoliberalismo é a principal tendência da política e da economia globais nas duas últimas décadas, seguida, além da direita, por partidos políticos de centro e por boa parte da esquerda tradicional. Esses partidos e suas políticas representam os interesses imediatos de investidores extremamente ricos e de menos de mil grandes empresas”.

É a fase da liberdade do capital. Conceitos como desregulamentação, liberalização e privatização passaram a estar na nova ordem do dia. Lemas antes de uma ideologia capitalista, doravante neoliberal, migraram para uma ideologia de Estado, praticada e fomentada principalmente pelos Estados Unidos da América e pela Europa.

O neoliberalismo, por outra ótica, seria um projeto transnacional que visa refazer o nexo entre o mercado, o Estado e a cidadania a partir de cima, sendo capitaneado por uma nova classe dirigente global em formação, composta pelos presidentes e pelos executivos seniores de firmas transnacionais, por políticos influentes, administradores estatais e altos funcionários de organizações multinacionais e por especialistas em suas áreas, como economistas, advogados e profissionais da área de comunicações (WACQUANT, 2012a, p. 31-32).

Na ordem externa, houve o dismantelamento dos controles de comércio exterior, a redução e a consolidação de tarifas e de uma política de câmbio diferenciada. Mas a liberação do fluxo internacional de capital e de divisas, em conjunto com o fenômeno da globalização², tornou a concentração de renda algo nunca visto no cenário histórico mundial.

-
2. Para Ulrich Beck (1999, p. 30), globalização remete aos processos em cujo andamento os Estados nacionais veem sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais.

Portanto, aliada a todas essas características, ora mais próximas, ora mais distantes, a lógica do neoliberalismo é a do Estado mínimo, racionalmente econômico, com um governo baseado em interesses, que passam, em um determinado momento, pela regulação global do poder político com base em princípios de uma economia de mercado, por meio de uma intervenção e vigilância permanente³.

Explica Foucault (2008, p. 201):

“A sociedade regulada com base no mercado em que pensam os neoliberais é uma sociedade na qual o que deve constituir o princípio regulador não é tanto a troca das mercadorias quanto os mecanismos de concorrência. São esses mecanismos que devem ter o máximo de superfície e de espessura possível, que também devem ocupar o maior volume possível na sociedade. Vale dizer que o que se procura obter não é uma sociedade submetida ao efeito-mercadoria, é uma sociedade submetida à dinâmica concorrencial. Não uma sociedade de supermercado – uma sociedade empresarial. O *homo oeconomicus* que se pretende reconstituir não é o homem da troca, não é o homem consumidor, é o homem da empresa e da produção”.

Dessa forma, o indivíduo neoliberal vê-se “livre” para participar do jogo econômico ante a vigilância e a segurança estatal. O Estado, ao mesmo tempo que reduz a garantia de direitos outros que não digam respeito ao “jogo econômico”, regula, intensifica e fiscaliza as regras para que esse jogo possa acontecer.

Essa ideia é reforçada por Wacquant:

“Um princípio ideológico central do neoliberalismo é que ele inclui a implantação de um ‘governo mínimo’, ou seja, o encolhimento do supostamente flácido e inflado estado do bem-estar social keynesiano e sua transformação em um estado do trabalho social, seco e ágil, que ‘investe’ em capital urbano e ‘ativa’ fontes comunais e apetites individuais em relação ao trabalho e à participação cívica através de ‘parcerias’ que enfatizam a autossuficiência, o comprometimento com o trabalho remunerado e o gerencialismo. *Onda punitiva* demonstra que, *na realidade*, o estado neoliberal se revela muito diferente: enquanto, no topo, abraça o *laissez-faire*, liberando o capital de restrições e ampliando as oportunidades de vida para os detentores de capital econômico e cultural, nos estratos inferiores ele é tudo, menos, *laissez-faire*. Na verdade, quando tem de lidar com a turbulência social gerada pela desregulamentação e de impor a disciplina do trabalho precarizado, o novo Leviatã mostra-se ferozmente intervencionista, autoritário e caro” (WACQUANT, 2012a, p. 33, grifo do autor).

-
3. Para Michel Foucault (2008, p. 179-180), sob o ponto de vista político, o neoliberalismo nada mais é do que uma cobertura para uma intervenção generalizada e administrativa do Estado, intervenção tanto mais pesada quanto mais insidiosa e mascarada sob os aspectos de um neoliberalismo.

Um dos pilares do neoliberalismo é a reengenharia social, direcionada para uma política de austeridade com os gastos públicos sociais, considerados desinteressantes para o sistema. Tendo como resultados a marginalização e a exclusão social, o projeto neoliberal colide com o conceito de cidadania e de dignidade da pessoa humana, uma vez que deixa o cidadão relegado à própria sorte e às leis de mercado. Em outras palavras, ou o cidadão se enquadra no conceito de Foucault de *Homo oeconomicus* e luta por seus interesses no “jogo do mercado”, ou faz parte de uma parcela da sociedade excluída ou indigna para o sistema.

Assim, no neoliberalismo, ocorre uma erosão sistemática das instituições públicas. O Estado abandona às forças de mercado e à lógica do “cada um por si” camadas inteiras da sociedade, em especial aquelas que, privadas de todos os recursos, econômicos, culturais ou políticos, dependem completamente dele para chegar ao exercício efetivo de cidadania (WACQUANT, 2012b, p. 168).

Esses “indignos” ou sem capital sofrem *uma verdadeira punição do sistema segregador*: desprovidos de educação, saúde e cidadania, descambam para a delinquência e, por conseguinte, ficam sujeitos ao aparato penal, invasivo, proativo e em franca expansão. É o extermínio social. Verani (1996, p. 133) esclarece:

“Essa prática de extermínio não é ocasional nem contingencial. Integra um projeto de sociedade, baseado na exclusão econômica e social, na exclusão da vida. A denominada globalização da economia – política baseada no mercado livre e aberto, na desobrigação do Estado pelas políticas sociais, na desfronteirização do capital, sustentada pelo neoliberalismo – radicaliza ainda mais esse extermínio, que se torna fundamental para o sucesso desse projeto econômico global, a fim de produzir a mais intensa e perversa concentração de capital, excluindo-se irremediavelmente a população pobre e oprimida”.

Esse horizonte neoliberal acarreta o aparecimento do indigno, aquele que não é contado, do descartável, o que apenas molesta. O indigno vive em um ambiente de violência⁴ das mais variadas formas e tende a reproduzir essa violência praticando delitos, importunando o sistema.

Essa nova leva de indignos encontra pela frente um sistema punitivo que, quase de forma mecânica e industrial, julga e condena, gerando o fenômeno do encarceramento em massa. A “mão invisível” do mercado de trabalho precarizado conseguiu seu complemento institucional no “punho de ferro” do Estado, que tem sido empregado para controlar desordens geradas pela difusão da insegurança social (WACQUANT, 2008, p. 93-94).

4. Dornelles (1997, p. 105) define violência como todo ato em que o ser humano é reificado, é tratado como coisa, tratado como objeto, perdendo sua condição de sujeito detentor de direitos, passando a ser “descartável”. Violência, portanto, é todo ato em que o ser humano perde a sua humanidade perante os outros.

O crescimento do neoliberalismo é um fenômeno global e repercute na forma como o aparato penal reage diante do crime e da desordem social.

O neoliberalismo, dessa forma, tem fomentado no mundo inteiro o aumento da criminalidade, uma vez que camadas inteiras da sociedade, sem opção razoável e de curto prazo, acabam por migrar para o crime. E a resposta do Estado vem na mesma velocidade, repreendendo os “indesejáveis” e colocando-os, em larga escala, nas prisões mundo afora.

Por outro lado, a população mundial está envelhecendo. A perspectiva para o futuro é de crescimento, a taxas elevadas, da população idosa e muito idosa, em decorrência da entrada da coorte dos *baby boomers* na última fase da vida (*elderly boomers*) e da redução da mortalidade nas idades avançadas (CAMARANO, 2007).

Esse fenômeno é notável no Brasil, onde a população com 65 anos ou mais tem aumentado, com previsão de crescimento de 7,7% em 2020. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a expectativa de vida do brasileiro, em 2013, subiu para 74,9 anos, o que representa uma enorme diferença em relação a anos anteriores. Com efeito, censos demográficos antigos mostram que, em 1950, a expectativa de vida do brasileiro era de apenas 43,3 anos de vida. A atenção ao envelhecimento populacional tem ganhado relevância em decorrência do surgimento de novas demandas e de problemas ligados às fragilidades físicas e mentais naturais dessa fase de vida. A queda da mortalidade infantil, a diminuição de mortes de adultos por doenças infecciosas e a redução da taxa de natalidade, como dito alhures, têm gerado esse fenômeno.

A população envelhece em forma de processo. O ser humano envelhece por meio de transformações ocorridas ao longo de sua história, porque ele está situado em um tempo e em um lugar. Nessa perspectiva, surgiu o estudo da psicologia do desenvolvimento, que analisa o desenvolvimento ao longo da vida (*lifespan*). Para Baltes (1987), esse desenvolvimento compreende um processo contínuo, multidimensional e multidirecional de mudanças orquestradas por influências genético-biológicas e socioculturais, de natureza normativa e não normativa, marcadas por ganhos e perdas concorrentes e pela interatividade entre o indivíduo e a cultura.

Ao lado do processo de envelhecimento, existe o conceito de velhice como etapa de vida. Ramos (2014) afirma que, para melhor entender a velhice, é necessário compreendê-la na perspectiva cronológica (ou censitária), burocrática, fisiológica e psicológica (ou subjetiva). A velhice cronológica é aquela meramente formal: aquele que alcança um determinado patamar é identificado como velho. A velhice burocrática guarda relação com a idade em que o idoso tem direito a aposentar-se. A fisiológica pode ser associada à fragilização decorrente do passar dos anos, aquela que tem a ver com o enfraquecimento do organismo. A velhice subjetiva envolve uma maior complexidade devido às especificidades de cada indivíduo, portanto não possui parâmetros fixos. Na etapa da velhice, ocorre a diminuição normativa dos níveis de alerta e da intensidade das respostas emocionais, com o aumento da seletividade funcional. As emoções são menos intensas, moduladas, contrastantes e nítidas aos olhos do observador e mais compatíveis com os recursos biológicos dos idosos (NERI, 2006).

A Organização Mundial da Saúde (OMS) (WORLD HEALTH ORGANIZATION, 2005) define o idoso com base na idade cronológica; portanto, idosa é aquela pessoa com 60 anos ou mais, em países em desenvolvimento, e com 65 anos ou mais em países desenvolvidos.

A velhice transformou-se em uma questão social relevante, pois tem impactos nos destinos de uma sociedade. Os velhos são um contingente em crescimento que merece ser visto com atenção pelo Estado. Com efeito, o idoso, antes de possuir uma representação social, é um sujeito de direitos próprios dessa fase da vida.

Em razão do aumento demográfico de idosos na sociedade e da nova leitura desse processo de envelhecimento, feita com base no aspecto quantitativo, é preciso também observar aspectos da qualidade de vida dessa parcela da população e sua relação com outros setores da sociedade, em especial com o sistema carcerário, considerando o aumento da demanda exponencial também nesse setor.

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen 2017 (BRASIL, 2019) – demonstra a fase pela qual passamos: com 726.354 pessoas privadas de liberdade, o Brasil assume o terceiro lugar no *ranking* dos países que mais prendem no mundo, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. Segundo esses dados, a população prisional brasileira alcançou essa marca sem contar as pessoas que se encontram em prisão domiciliar e as monitoradas eletronicamente.

Em relação à faixa etária das pessoas privadas de liberdade no Brasil, é possível inferir que a maior parte é composta por jovens, dos quais 29,9% têm entre 18 e 24 anos, 24,1%, entre 25 e 29 anos e 19,4%, entre 35 e 45 anos. O total de presos até 29 anos de idade corresponde a 54% da população carcerária. Idosos compõem 1,24% da população carcerária brasileira, ou seja, há cerca de 9000 idosos no sistema.

Diante desses números, a sociedade deve começar a analisar a nova realidade relacionada ao envelhecimento populacional e seus reflexos no sistema carcerário, considerando as necessidades diferenciadas da população idosa em relação à população não idosa, na tentativa de identificar problemas e de encontrar soluções para um aprisionamento que evite a violação de direitos, como os da dignidade da pessoa e da saúde, e mantenha minimamente a qualidade de vida.

A relevância deste artigo está no fato de analisar a condição do idoso no sistema carcerário, diante de todas as alterações pelas quais o mundo passa, possibilitando uma visão geral do que se tem produzido, para identificar lacunas e incentivar estudos futuros sobre o tema. Assim, este trabalho tem como objetivo examinar a condição do idoso encarcerado por meio de uma revisão da literatura.

2. CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS

Para viabilizar o desenvolvimento deste estudo, optamos por uma revisão bibliográfica de natureza quanti-qualitativa. A busca foi realizada na primeira quinzena de 2020

combinando os seguintes descritores: 1) *envelhecimento*, 2) *idoso*, 3) *cárcere*, 4) *prisão* e 5) *saúde*. Ao todo, foram encontrados 408 trabalhos nas seguintes bases de dados da Biblioteca Virtual da Saúde: Literatura Latino-Americana e do Caribe em Ciências da Saúde (Lilacs), Scientific Electronic Library Online (SciELO), Medline e Google Acadêmico. Todos referentes aos últimos 10 anos, de 2009 a 2019.

A revisão cumpre vários propósitos, entre os quais compartilhar com o leitor os resultados de outros estudos que estão intimamente relacionados àquele que está sendo realizado e proporcionar uma estrutura para estabelecer a importância do estudo bem como uma referência para comparar resultados (CRESWELL, 2010). Portanto, faz-se o delineamento de um estudo secundário por meio de outros estudos, ditos primários, que são analisados de forma criteriosa e avaliados quanto à sua qualidade científica para serem incluídos, ou não, numa análise maior. A pesquisa da literatura que fundamentou o presente estudo contemplou artigos, dissertações e teses.

A revisão foi orientada pela seguinte pergunta: “Qual a condição dos idosos sujeitos ao encarceramento descrita na literatura em estudos empíricos em países de língua portuguesa?” Os critérios de inclusão das referências foram os seguintes: 1) artigos empíricos revisados por pares, dissertações ou teses; 2) textos escritos no idioma português; 3) estudos epidemiológicos observacionais do tipo coorte, caso-controle ou seccional, cujo desfecho foi a condição do idoso encarcerado; 4) aderência ao objetivo proposto. Foram excluídos: 1) artigos não revisados por pares; 2) trabalhos escritos em outras línguas que não o português; 3) artigos, teses ou dissertações de cunho teórico relacionados ao tema; 4) trabalhos não disponíveis gratuitamente; 5) outros tipos de trabalho, como resenhas e revisões. Levando-se em consideração os critérios de inclusão e de exclusão, dos 408 trabalhos encontrados, apenas 8 foram selecionados para esta revisão (3 artigos, 4 dissertações e 1 tese).

O material coletado passou por uma análise em que se buscou evidenciar o estado da arte, as questões mais relevantes para os autores e as lacunas que existem e que exigem futuros e aprofundados estudos.

3. RESULTADOS

Na Figura 1, estão listados os estudos selecionados e seus respectivos dados, mostrando a condição dos idosos no sistema carcerário, descritos na literatura nos últimos dez anos com base em trabalhos empíricos.

Os dados dos estudos revelam que 1) a maioria dos estudos foi realizada com idosos encarcerados no Brasil, que 2) apenas dois estudos foram realizados em instituições estrangeiras, no caso em Portugal (2 e 7), e que 3) os estudos utilizaram como instrumentos testes, formulários sociodemográficos e/ou entrevistas.

Quanto às conclusões, os estudos demonstraram que o idoso encarcerado está exposto a condições inadequadas e adversas e que o sistema prisional agrava as percepções

negativas do envelhecimento, em razão da ausência de políticas públicas voltadas para essa população naquele ambiente.

Figura 1 – Tabela de estudos mostrando a condição do idoso encarcerado descrito na literatura nos últimos dez anos

Estudo	Autor	Participante/ Local	Objetivos	Instrumentos utilizados	Conclusões
1	OLIVEIRA; COSTA; MEDEI- ROS, 2013	11 idosos Penitenciá- rias do Esta- do da Paraíba	Compreen- der o signi- ficado do en- velheci- mento para idosos en- carcera- dos	Formulário sociodemo- gráfico e en- trevista semiestru- rada	Presença de sentimentos de melancolia, angústia e constantes perdas de qual- quer tipo de desenvolvi- mento. Signifi- cações negativas po- tencializadas pelo ambiente do cárcere.
2	SANTOS; NOGUEI- RA, 2015	25 idosos Penitenciá- rias de Por- tugal	Analisar o cotidiano da popula- ção idosa en- carcera- da	Entrevista semiestru- rada	O idoso entende o tempo recluso como o mesmo tempo de enve- lhimento. Inutilidade e aspectos negati- vos agravados com a velhice e a prisão.
3	MELO; SOUZA; OLIVEIRA; COELHO, 2016	5 idosos Município do Estado de Minas Gerais	Identificar o perfil de saúde de idosos apenados	Teste de ava- liação funcio- nal, cognitiva e adaptativa	Percepção de pequena vulne- rabilidade nos idosos encarce- rados, mas com dano ainda por se tratar de um ambiente de cárcere.

Estudo	Autor	Participante/ Local	Objetivos	Instrumentos utilizados	Conclusões
4	MAGA-LHÃES, 2017	17 idosos Unidades prisionais do Distrito Federal (DF)	Estudar a pessoa idosa no sistema penitenciário, desenvolvendo a relação criminalidade vs cidadania	Entrevista semiestruturada	O sistema penitenciário não leva em consideração a idade do detento, indiferença. Ausência de políticas públicas e de programas específicos para detentos com idade avançada.
5	SANTOS, 2018	427 idosos (censo) Unidades prisionais do Estado do Ceará	Explorar a situação das pessoas idosas encarceradas no sistema prisional do Estado do Ceará	Estudo de caso, questionário sociodemográfico e entrevista	Perfil demográfico semelhante entre detentos jovens e idosos.
6	WA-CHELESKI, 2015	10 idosos Penitenciárias de Porto Alegre (RS)	Conhecer a situação de encarceramento de idosos	Entrevista com roteiro aberto	O cotidiano do cárcere possui significado social de perda, finitude de vida e desvalorização social. Necessidade de políticas públicas.

Estudo	Autor	Participante/ Local	Objetivos	Instrumentos utilizados	Conclusões
7	FERNANDES, 2016	12 idosos Estabelecimento prisional do Porto (Portugal)	Compreender como os reclusos vivenciam o seu processo de envelhecimento no contexto prisional	Entrevista semiestruturada	Necessidade de adaptação do idoso ao sistema. O envelhecimento também se dá no cárcere, não só com a idade. O sistema prisional aproxima as faixas etárias, mas distancia a família e o mundo exterior.
8	LIMA, 2018	31 idosos Unidades prisionais do interior do Estado da Bahia	Analisar as memórias e representações sociais de idosos encarcerados sobre a velhice e a saúde na prisão	Questionário sociodemográfico, grupo, focal, entrevista e observação	Os idosos guardam relação com a vivência e experiência na prisão bem como com a memória construída e reconstruída ao longo da sua vida.

Fonte: elaboração do autor.

4. DISCUSSÃO

O número de idosos tem aumentado cada vez mais devido à queda da natalidade e ao aumento da expectativa de vida. O Brasil vive esse fenômeno, tornando-se um país cada vez mais envelhecido. Daí a preocupação com o envelhecimento da população, o que gera desafios e novas demandas relacionadas àquela faixa etária. Como consequência, a tendência demográfica de aumento da população idosa também é observada no ambiente judicial, com a elevação de casos de pessoas idosas que cometem crimes e ficam

subjugadas ao sistema carcerário. Este trabalho tem como objetivo examinar a situação do idoso encarcerado descrita na literatura nos últimos dez anos. Nos estudos selecionados para esta revisão, a entrevista foi o método mais utilizado, apenas em um estudo não foi adotada (Estudo 3).

O Estudo 1 é um artigo científico da área da saúde com ênfase na enfermagem e na abordagem qualitativa, realizado entre os meses de julho e dezembro de 2011, com idosos reclusos no sistema penitenciário do Estado da Paraíba. A amostra foi de 11 idosos, sem distinção de sexo, com auxílio da técnica de saturação das informações. Para a coleta de dados, foi usado um formulário sociodemográfico e foram realizadas entrevistas semiestruturadas. A análise dos discursos foi feita sob a ótica da análise de conteúdo. Como conclusões, atestou-se que o significado do envelhecimento para idosos encarcerados relaciona-se a sentimentos de melancolia, angústia e constantes perdas, bem como à impossibilidade de qualquer tipo de desenvolvimento. A dificuldade para exercer uma atividade laboral, a diminuição do convívio familiar e os conflitos intergeracionais contribuem para a perda da qualidade de vida dos idosos no cárcere. As significações negativas quanto ao envelhecimento encontradas no Estudo 1 assemelham-se às dos idosos libertos, porém são evidenciadas e, por vezes, potencializadas pelo encarceramento. O Estudo 1 se baseou na saúde física dos idosos encarcerados.

O Estudo 2 é um artigo científico de origem portuguesa, da área das ciências sociais, com ênfase no serviço social. Esse estudo sustentou-se numa metodologia qualitativa, aplicando a análise de conteúdo a 25 entrevistas semidiretivas realizadas em janeiro de 2013 com indivíduos reclusos do sexo masculino com idade igual ou superior a 65 anos, que cumpriam pena de prisão em diferentes cadeias portuguesas que albergam homens. O estudo concluiu que, para os entrevistados, a percepção de envelhecer está ligada a sentimentos de conotação negativa, de inutilidade, de desespero e de perdas constantes. Essas pessoas investem, assim, todos os seus sentidos, capacidades intelectuais, sentimentos, ideias e estratégias adaptativas num processo de reformulação de identidade, em que seu envelhecimento é associado a determinadas incapacidades que se evidenciam mais facilmente e se agravam em contexto prisional. O estudo teve uma abordagem social, utilizando a teoria das representações sociais.

O Estudo 3 é um artigo científico da área da saúde com ênfase na enfermagem, o qual relata a experiência de um projeto de extensão universitária que teve como objetivo identificar o perfil de saúde de idosos apenados em um Centro de Recuperação Social (CRS) de um município de Minas Gerais que utiliza a metodologia da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac). Foram observados cinco idosos. Foram aplicados quatro testes: 1) Índice de Pfeffer, 2) Minixame do Estado Mental (MEEM) de Folstein adaptado por Brucki, 3) escala geriátrica de depressão e identificação de humor, 4) avaliação quantitativa e qualitativa de marcha, mobilidade e equilíbrio (*get up and go + timed up and go test*). Trata-se de uma avaliação funcional, cognitiva e adaptativa do processo de envelhecimento em 100% da população idosa, realizada no período de fevereiro a junho de 2015. O estudo chegou à conclusão de que o sistema de cumprimento de pena em

regime fechado tem impacto maior sobre a saúde fisiopatológica e psicológica de idosos, culminando em maior vulnerabilidade a riscos. Além disso, embora o sistema analisado – metodologia Apac – inspire-se em uma doutrina humanizada, holística e dinâmica, é fundamental, para promover a qualidade de vida, desenvolver políticas públicas que permitam a inclusão social de idosos. O estudo abordou a saúde em geral dos idosos encarcerados.

O Estudo 4 é fruto de uma dissertação de mestrado defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Gerontologia da Universidade Católica de Brasília. Trata-se de um estudo que analisa a relação entre a criminalidade, a cidadania e as condições de presos idosos, por meio de entrevistas semiestruturadas com uma mulher e dezesseis homens idosos cumprindo pena privativa de liberdade em unidades prisionais do Distrito Federal (DF). Para tanto, aplicou-se a triangulação metodológica, utilizando técnicas dos procedimentos quantitativos e qualitativos de natureza descritiva, exploratória e reflexiva. As conclusões revelam que o sistema penitenciário não considera as peculiaridades do processo de envelhecimento nas penas privativas de liberdade, como as necessidades médicas, assistenciais, de instalações físicas, entre outras. O estudo examinou a saúde em geral dos idosos encarcerados.

O Estudo 5 é uma dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional (PPGDSCI) do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares (Ceam) da Universidade de Brasília (UnB). Trata-se de uma pesquisa mista no formato de um estudo de caso, que adota a abordagem qualitativa na revisão do tipo narrativa de literatura e a pesquisa quantitativa de delineamento transversal e natureza exploratória. O objetivo do estudo era explorar a situação das pessoas idosas encarceradas no sistema prisional (427 idosos) do Estado do Ceará com base na análise dos dados do Censo Penitenciário do Estado (2014). Quanto às conclusões, foi notado que as características sociodemográficas das pessoas idosas muito se assemelham às da população geral do sistema prisional do Ceará. Em relação às condições de saúde, observou-se que há uma significativa ausência de acesso aos serviços de saúde aliada a uma expressiva subnotificação, com abstenção quanto à presença ou não de doenças crônicas, o que é entendido pela pesquisa como mais um fator de vulnerabilidade daqueles indivíduos. O estudo apoiou-se em dados estatísticos e abordou a saúde em geral dos idosos encarcerados.

O Estudo 6 é uma dissertação de mestrado defendida no âmbito do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Serviço Social da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Foi uma pesquisa qualitativa que abordou o fenômeno estudado a partir da triangulação de diferentes correntes teóricas e de distintas técnicas de pesquisa social. Participaram como colaboradores do trabalho por livre e espontânea vontade dez idosos presos com mais de sessenta anos de idade. Os idosos narraram suas experiências no cárcere em entrevistas de roteiro aberto. Como conclusão, o estudo demonstrou que, para os idosos, o cotidiano do cárcere possui significado social de perda, finitude de vida e desvalorização social. O estudo teve uma abordagem social.

O Estudo 7 é uma dissertação de mestrado da Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade do Porto, em Portugal. A metodologia adotada foi de índole qualitativa e interpretativa, tendo como técnica principal a realização de entrevistas. No total, foram realizadas doze entrevistas com idosos reclusos no Estabelecimento Prisional do Porto no período de janeiro a fevereiro de 2016. O estudo chega à conclusão de que os idosos reclusos têm de se adaptar ao contexto prisional, em que o “velho” ou o “novo” guardam relação não só com a idade cronológica, mas também com a idade de experiência no cárcere. O estudo demonstrou também que o sistema prisional aproxima as faixas etárias, mas distancia a família e o mundo exterior. O estudo teve uma abordagem social e educacional, utilizando a teoria das representações.

O Estudo 8 é uma tese de doutorado defendida no Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade (PPGMLS), da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Trata-se de um estudo exploratório e descritivo, com abordagem qualitativa, com triangulação de método, fundamentado na teoria da memória coletiva e das representações sociais. O estudo foi realizado em três unidades penais do interior da Bahia no período de março a outubro de 2017. Os participantes foram 31 idosos, com 60 anos ou mais, que se encontravam em situação de cárcere. Foram utilizados quatro instrumentos: um questionário para coleta de dados nos prontuários de saúde, de assistência social e psicologia; entrevista semiestruturada; grupo focal; observação não participante com uso de diário de campo. Os dados coletados foram analisados à luz do referencial teórico-metodológico da memória coletiva e das representações sociais, com o uso da técnica de análise de conteúdo, descrita por Bardin, na modalidade de análise temática. Para auxiliar no manuseio dos dados e na organização da análise de conteúdo temático, foi usada a ferramenta computacional de suporte para análise dos dados qualitativos NVivo, versão 11.0. Como conclusão, o estudo constatou que os idosos representaram a velhice como negativa e fim da vida: enfatizaram a doença, a agressão ao corpo, os problemas de saúde, a piora e o agravamento da saúde na prisão. Assim, a prisão, de acordo com o estudo, pode ser considerada como facilitadora de adoecimento e intensificadora do processo de envelhecimento. O estudo teve uma abordagem social, utilizando a teoria das representações sociais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a análise dos estudos selecionados, ficou demonstrado que a condição do idoso no sistema prisional é institucionalizada. O cárcere, por sua natureza e por falta de políticas públicas e de um tratamento diferenciado, acaba tornando-se um ambiente propício à violência.

A violência institucional é aquela praticada nas instituições prestadoras de serviços públicos, como hospitais, escolas, delegacias, órgãos do Judiciário. É perpetrada por órgãos que deveriam proteger seus usuários, garantindo-lhes uma atenção digna,

preventiva e reparadora de danos. Tal prática atinge principalmente os grupos vulneráveis da sociedade – entre outros, crianças e adolescentes, idosos, mulheres –, aos quais o Estado deveria dar uma atenção específica em razão de suas especificidades e vulnerabilidades (MINAYO, 2007). A violência, em especial contra os idosos, é, portanto, aquela realizada em um ambiente de institucionalização. Por outro lado, essa institucionalização pode ser entendida em um duplo processo: 1) como recurso a serviços sociais de internamento de idosos em lares, casas de repouso e afins, em que o idoso recebe assistência; 2) como vivência de perda, simbolizada pela presença de estados depressivos, que traduzem uma das formas como o idoso sente e vive em um ambiente institucional (CARDÃO, 2009).

Nas palavras de Cardão (2009), a institucionalização marca o encontro com um ambiente coletivo de regras que não leva em conta a individualidade, a história de vida do idoso, funcionando de igual modo para todos. Ora, no que se refere ao idoso, esse ambiente institucionalizado, além de garantir um tratamento com naturalidade e de forma igualitária, deve lançar um olhar à pessoa idosa que seja singular, mas não excludente, que considere as especificidades inerentes a essa fase da vida. Dessa forma, o ambiente institucional é um terreno propício e fértil para a violência contra os idosos, visto que o idoso tende a ser tratado como um usuário qualquer, quando, de fato, tem suas particularidades, devendo ser visto de forma diferenciada, para que seja preservada sua dignidade.

Os estudos objeto da presente revisão foram realizados no Brasil (Paraíba, Minas Gerais, Distrito Federal, Ceará, Rio Grande do Sul e Bahia) e em Portugal (2 e 7). No Brasil, os estudos concentram-se na região Nordeste, deixando uma lacuna quanto às demais regiões. Ao examinar a produção científica sobre a condição do idoso encarcerado na literatura em língua portuguesa dos últimos dez anos, observaram-se poucos estudos com níveis de evidência relevantes. A maioria dos estudos selecionados utilizou como metodologia a entrevista, com *n* reduzido e com uma abordagem social. Apenas um estudo (3) fez uso de uma metodologia mais acurada, com testes de avaliação funcional, cognitiva e adaptativa.

Todos os estudos reforçam a ideia de que o sistema prisional é um ambiente insalubre e de que o idoso, em decorrência das dificuldades inerentes à idade, tem uma condição física e psicológica deficitária, enquanto lá permanece.

Assim, o idoso encarcerado – bem com as demais pessoas que também se encontram encarceradas – está exposto a uma situação de alta vulnerabilidade, agravada em decorrência do peculiar processo de envelhecimento.

Por isso, cumpre estudar a condição do idoso no sistema carcerário, sobretudo no que diz respeito à saúde mental. São necessários mais estudos sobre o tema, tendo em vista o planejamento e a execução de políticas públicas que atendam melhor essa população.

6. REFERÊNCIAS

- BALTES, Paul B. Theoretical propositions of life-span developmental psychology: On the dynamics between growth and decline. *Developmental Psychology*, Washington, DC, v. 23, n. 5, p. 611-696, 1987. DOI: [https://doi.org/10.1037/0012-1649.23.5.611]. Disponível em: [https://doi.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0012-1649.23.5.611]. Acesso em: 10.01.2020.
- BECK, Ulrich. *O que é globalização?* Equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: atualização junho de 2017*. Brasília, DF: Departamento Penitenciário Nacional, 2019.
- CAMARANO, Ana Amélia. Instituições de longa permanência e outras modalidades de arranjos domiciliares para idosos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2007. p. 169-190.
- CARDÃO, Sandra. *O idoso institucionalizado*. Lisboa: Coisas de Ler, 2009.
- CRESWELL, John W. *Projeto de Pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto*. Trad. Magda Lopes. 3. ed. Porto Alegre: ARTMED, 2010.
- DORNELLES, Joao Ricardo Wanderley. Violência urbana, direitos da cidadania e políticas de segurança no contexto de consolidação das instituições democráticas e das reformas econômicas neoliberais. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 103-120, jul.-dez. 1997.
- FERNANDES, Maria Patrícia Ramos. O olhar dos reclusos adultos e idosos sobre o envelhecimento em contexto prisional. Relatório (Mestrado em Ciências da Educação) – Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação, Universidade do Porto, Porto, 2016. Disponível em: [https://hdl.handle.net/10216/85767]. Acesso em: 09.01.2020.
- FOUCAULT, Michel. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.
- LIMA, Pollyanna Viana. *Memória e representações sociais de idosos encarcerados sobre velhice e saúde*. Tese (Doutorado em Memória: Linguagem e Sociedade) – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Vitória da Conquista, 2018. Disponível em: [www2.uesb.br/ppg/ppgmls/wp-content/uploads/2019/03/Tese-de-Pollyanna-Viana-Lima.pdf]. Acesso em: 10.01.2020.
- MAGALHÃES, Jaira da Silva. A pessoa idosa no sistema penitenciário: criminalidade, cidadania e condições. 2017. Dissertação (Mestrado em Gerontologia) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, DF, 2017. Disponível em: [https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/tede/2278]. Acesso em: 10.01.2020.

- MCCHESENEY, Robert W. Introdução. In: CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas*. Trad. Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 3-8.
- MELO, Natália Soares; SOUZA, Juliana Cristina de; OLIVEIRA, Míriam Martins de; COELHO, Aglaya B. Envelhecer no sistema prisional: condições de saúde de idosos privados de liberdade em um CRS-APAC em um município de Minas Gerais. *Enfermagem Revista*, Belo Horizonte, v. 19, n. 1, p. 85-101, 2016. Disponível em: [<http://periodicos.pucminas.br/index.php/enfermagemrevista/article/view/11642>]. Acesso em: 10.01.2020.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. Conceitos, teorias e tipologias de violência: a violência faz mal à saúde individual e coletiva. In: NJAINE, Kathie; ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia (Org.). *Impactos da violência na saúde*. Rio de Janeiro: EAD/ENSP, 2007.
- NERI, Anita Liberalesso. O legado de Paul B. Baltes à psicologia do desenvolvimento e do envelhecimento. *Temas em Psicologia*, Ribeirão Preto, v. 14, n. 1, p. 17-34, 2006. Disponível em: [www.redalyc.org/pdf/5137/513751426004.pdf]. Acesso em: 09.01.2020.
- OLIVEIRA, Lannuzya Veríssimo de; COSTA, Gabriela Maria Cavalcanti; MEDEIROS, Kaio Keomma Aires Silva. Envelhecimento: significado para idosos encarcerados. *Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1, p. 139-148, 2013. DOI: [<https://doi.org/10.1590/S1809-98232013000100014>]. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-98232013000100014&lng=pt&tlng=pt]. Acesso em: 10.01.2020.
- RAMOS, Paulo Roberto B. *Curso de direito do idoso*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SANTOS, Cristina Sofia Lima dos; NOGUEIRA, Adriano Zilhão de Queirós. Envelhecer em contexto prisional. *Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 39-48, 2015. DOI: [<https://doi.org/10.1590/1809-9823.2015.14040>]. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-98232015000100039&lng=pt&tlng=pt]. Acesso em: 10.01.2020.
- SANTOS, Michelle de Oliveira. *Pessoas idosas no sistema prisional: um estudo exploratório a partir do censo penitenciário de 2014, Ceará-Brasil*. 2018. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional). Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2018. Disponível em: [<https://repositorio.unb.br/handle/10482/32280>]. Acesso em: 11.01.2020.
- VERANI, Sergio. A globalização do extermínio. *Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 131-139, jan.-jun. 1996.
- WACHELESKI, Nadia Regina. *As configurações da situação de encarceramento de idosos em Porto Alegre/RS*. 2015. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: [<http://hdl.handle.net/10923/7197>]. Acesso em: 11.01.2020.

- WACQUANT, Lôic. *As duas faces do gueto*. São Paulo: Boitempo, 2008.
- WACQUANT, Lôic. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, 2012a.
- WACQUANT, Lôic. Da América como utopia às avessas. In: BOURDIEU, Pierre (Dir.). *A miséria do mundo*. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2012b.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Envelhecimento ativo: uma política de saúde*. Tradução de Suzana Gontijo. Brasília, DF: Organização Pan-Americana da Saúde, 2005.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Doença de *Alzheimer* e incapacidade jurídico-penal, de Eduardo Maciel Saraiva e Paulo Vinicius Sporleder de Souza – *RBCCrim* 163/105-151 (DTR\2019\42591);
- O garantismo penal, o encarcerado vulnerável e a intervenção da Defensoria Pública na execução penal: custos *vulnerabilis?*, de Nestor Eduardo Araruna Santiago e Maurilio Casas Maia – *RBCCrim* 152/173-209 (DTR\2019\101); e
- O princípio da individualização da pena como expressão da dignidade da pessoa humana, de Ionilton Pereira do Vale – *RT* 871/459-469 (DTR\2008\318).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2019\816664.

ENTRE O INDISSOCIÁVEL E O INACESSÍVEL: O QUE NOS ENSINAM OS ESTUDOS SOBRE JUSTIÇA CRIMINAL E DESIGUALDADE RACIAL?

BETWEEN THE INSEPARABLE AND THE INACCESSIBLE: WHAT DO STUDIES ON CRIMINAL JUSTICE AND RACIAL INEQUALITY TEACH US?

POLIANA DA SILVA FERREIRA

Mestre e Doutoranda em Direito pela FGV DIREITO SP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em Criminologia da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), do Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena da FGV DIREITO SP e da Plataforma JUSTA. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0468392946703207>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1166-7172>].

polianasferreira@hotmail.com

Recebido em: 02.10.2020

Aprovado em: 19.03.2021

Última versão da autora: 25.04.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: O artigo busca ampliar a compreensão da maneira como a literatura e as pesquisas jurídicas estudam e discutem as interfaces, convergências e relações entre funcionamento do sistema de justiça criminal e desigualdades raciais. Diante desse objetivo, revisitou-se quadros teóricos consolidados na Sociologia das Relações Raciais e aprofundou-se qualitativamente uma análise de pesquisas empíricas em Direito, para verificar a hipótese segundo a qual pesquisas empíricas em direito permitem a extração de referenciais úteis para (re)pensar a produção de saber jurídico e as práticas sociais. Para tanto, partimos de dois pressupostos fornecidos pela literatura: a potencialidade da interseccionalidade como ferramenta analítica para compreender o Direito e as evidências empíricas da persistência de desigualdade racial no âmbito do sistema de justiça criminal. A estratégia metodológica, que

ABSTRACT: The article seeks to broaden the understanding of the way literature and legal research study and discuss the interfaces, convergences and relationships between the functioning of the criminal justice system and racial inequalities. In view of this objective, we revisited the theoretical frameworks consolidated in the Sociology of Racial Relations and qualitatively deepened an analysis of empirical research in law, to verify the hypothesis according to which empirical research in law allows the extraction of useful references to (re)think about the production of legal knowledge and social practices. Therefore, we start from two assumptions provided by the literature: the potentiality of intersectionality as an analytical tool to understand the law and the empirical evidence of the persistence of racial inequality within the criminal justice system. The methodological strategy, which consisted of an

consistiu em uma revisão analítica de literatura, foi dividida em duas etapas: levantamento e seleção de produções teóricas sobre relações raciais, na primeira, análise de dez pesquisas empíricas em direito selecionadas, na segunda. O trabalho resultou na construção de distinções teóricas e metodológicas importantes sobre o conjunto de articulações e estruturas conceituais que relacionam justiça criminal e desigualdades raciais.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça criminal – Direito e relações raciais – Desigualdade racial – Metodologia de pesquisa – Interseccionalidade.

analytical literature review, was divided into two stages: survey and selection of theoretical productions on race relations, in the first, analysis of ten empirical studies in selected law, in the second. The work resulted in the construction of important theoretical and methodological distinctions about the set of articulations and conceptual structures that relate criminal justice and racial inequalities.

KEYWORDS: Criminal Justice – Law and Race Relations – Racial Inequality – Research Methodology – Intersectionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estratégia metodológica. 3. De antemão: questões teóricas para pensar o método em pesquisas sobre desigualdade racial e sistema de justiça criminal. 4. Experiências, fluxos e barreiras: um olhar para pesquisas empíricas em direito. 4.1. O lugar de observação e o acesso às desigualdades raciais pela experiência da pesquisa. 4.2. Os limites da criminalização do racismo, na lei e nas práticas. 4.3. A (in)visibilização da raça nos registros institucionais. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Os¹ esforços de compreensão das interseções entre o direito e as relações raciais na sociedade brasileira não são recentes. Desde as primeiras leis criminais que abordam o tema sob a vigência da Constituição Federal de 1988 até os dias atuais, o Direito – entendido como área de conhecimento – tem avançado na elaboração de conceitos jurídicos e na formulação de teorias que permitem responder não só às demandas de reconhecimento de direitos e de inclusão de pessoas e comunidades negras, por uma sociedade livre, justa

1. Este artigo é resultado das reflexões realizadas no âmbito do projeto de pesquisa “As justificativas para (não) responsabilizar a polícia que mata: olhares, discursos e representações de atores jurídico-processuais”, Processo n. 2019/24756-3 da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP), notadamente, no que concerne à plausibilidade da hipótese da racialização do tratamento da letalidade policial pela justiça criminal, ainda na fase de revisão de literatura. Agradeço imensamente ao Grupo de Pesquisa em Criminologia (UNEB), ao Programa Direito e Relações Raciais (UFBA), ao Grupo de Estudos e Pesquisas Direito e Africanidades (UNEB) e ao Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena (FGV), pelos inúmeros diálogos e interlocuções importantes para a produção deste artigo. Agradeço ainda os comentários que o texto recebeu de pareceristas anônimos/as da RBCCrim.

e igualitária, mas também, produzir conteúdos capazes de provocar uma reflexão sobre as formas de pensar e fazer o Direito.

Um exemplo dessa evolução foi a reformulação do conceito jurídico do crime de racismo². Embora tenha sido resultado da luta dos movimentos sociais negros, este passou a ter um conteúdo mais abrangente, de modo a incluir como potenciais vítimas não só pessoas negras, mas também, pessoas judias (BRASIL, 2004), ciganas (SALLOUM; LIMA FILHO, 2018), candomblecistas (ARAÚJO, 2007), (dentre outras pessoas e grupos que sejam vítimas de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional), e mais recentemente, pessoas LGBTI+³.

Entre as inúmeras contribuições políticas e acadêmicas, nos mais diferentes formatos e nas diversas áreas das ciências humanas e sociais, os estudos sobre o tema ampliaram-se nos últimos trinta anos, do ponto de vista tanto numérico quanto temático.

No final da década 1980, muitas elaborações teóricas foram produzidas por militantes dos movimentos negros (BERTULIO, 1989), notadamente em função de suas experiências negativas com as agências do sistema de justiça criminal, pautadas na seletividade e na violência contra pessoas negras. Com o passar dos anos, as produções incorporaram

2. Desde a vigência da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de racismo tem sofrido mutações para tentar alcançar a complexidade que cerca um fato social e jurídico. Isto que tem ocorrido, do ponto de vista institucional, frente a atuação dos poderes Legislativo e Judiciário. Em 1989, a Lei 7.716, previa a criminalização apenas de “preconceito de raça ou de cor”. Quase uma década depois, em 1997, a Lei 9.459 alterou esse rol e a redação da lei anterior, para dispor sobre a criminalização da “discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” e para criar a injúria racial como uma conduta autônoma frente à conduta tipificada como racismo. Em 2004, o julgamento do *Habeas Corpus* n. 82.424 (caso Ellwanger), em plenário do STF reanimou o cenário jurídico sobre o tema, a partir da imprescritibilidade do crime de racismo disposta na Constituição, por meio de uma demanda dos judeus. Cerca de três anos depois, o Congresso Nacional editou as Leis 12.033/2009 e 12.288/2010 em resposta a uma série de críticas e insatisfações dos movimentos negros diante da lacuna legislativa que autorizava a desqualificação do crime de racismo para o crime de injúria racial, promovendo muitas vezes o esvaziamento das respostas jurídicas. Assim, que muitas das condutas levadas ao judiciário prescreviam no curso da discussão da desqualificação e da legitimidade para iniciar a denúncia ou a queixa-crime. Em 2016, o debate é oxigenado pelo julgamento do AREsp 686.965/DF no STJ que, em âmbito de decisão monocrática, reconheceu o caráter imprescritível da injúria racial. Dez anos após aquelas alterações legislativas, e diante da demanda das comunidades LGBTI+, em 2019, o plenário do STF reconheceu a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize atos de homofobia e transfobia, e determinou que até que seja suprida a lacuna legislativa, deverá ser aplicada a “Lei 7.716/1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) às condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com efeitos prospectivos e mediante subsunção”. Para uma leitura crítica sobre a inclusão e diversificação de grupos vítimas de racismo ver: VARGAS (2020 e 2010). Sobre a evolução jurídica do crime de racismo ver: BRASIL (2019 e 2015); BARSTED (2001); MACHADO; LIMA; NERIS (2016).
3. A sigla LGBTI+ faz referência a Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexuais, o sinal “+” ao final inclui outras identidades de gênero e orientações sexuais não expressas diretamente na sigla (CORRÊA; MUNTARBHORN, 2019).

mudanças significativas, em que existiam textos nos quais o caráter denunciante de violações de direitos das comunidades negras era proeminente, foram se agregando trabalhos com dimensões mais analíticas do fenômeno.

No campo do Direito, um dos argumentos centrais – subsidiados por evidências empíricas – gira em torno do duplo papel desempenhado pelo direito, como produto e produtor de desigualdade racial. Um reflexo significativo dessa afirmação é dado pelo baixo percentual de magistrados e magistradas negros (BRASIL, 2014 e 2018; JUSTA, 2019), e nas baixas probabilidades de progressão na carreira do referido grupo racial (JUSTA, 2019).

A leitura de indicadores de desigualdades raciais⁴ não é suficiente para compreender as complexidades das desigualdades raciais e as que cercam, mais especificamente um diagnóstico sobre a relação entre o direito e as relações raciais. Embora ajudem a elucidar os efeitos e os limites de políticas públicas, por exemplo, esses dados numéricos nos informam pouco sobre a maneira de funcionar e reproduzir desigualdades raciais a partir, ou através, do direito.

A promulgação de uma legislação antirracismo⁵, no final do século XX, abriu um importante flanco para a compreensão deste problema, pois ampliou e diversificou os meios de denúncias de discriminação racial (BARSTED; HERMANN, 2001; MONTEIRO, 2011), além de atribuir ao Poder Judiciário um papel de relativo protagonismo na gestão de conflitos raciais.

Embora limitadas em seu alcance, as alterações legislativas, e as normas constitucionais, proporcionaram uma ampliação dos estudos teóricos e formulações doutrinárias importantes para o pensamento jurídico antirracista. Desde aquele contexto histórico, também ganharam força quadros teóricos amparados na teoria crítica da raça⁶ e no fe-

4. Dados recentes do IBGE apontam para uma distribuição desigual de bens e serviços na sociedade brasileira em função da cor/raça dos cidadãos. Quase 70% de cargos gerenciais foram ocupados por pessoas brancas em 2018, na representação política, esse grupo racial ocupou mais de setenta e cinco das vagas do Congresso Nacional. São também aquelas pessoas que mais se beneficiaram do sistema educacional e de segurança pública. Por outro lado, pessoas negras constituem maioria expressiva entre desempregados, analfabetos e vítimas de homicídios. Um aprofundamento dos níveis de vulnerabilidade econômica e social das populações identificadas como preta, parda e indígena pelo IBGE pode ser encontrado em INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (2019).
5. Embora a primeira lei contra a discriminação racial no Brasil date do início dos anos 1950 (Lei Afonso Arinos, que incluía a prática de atos resultantes de preconceitos de raça entre as contravenções penais), foi apenas no final do século XX que o país promulgou normas que conferiam a seriedade que a violência racial demandava: em 1989, definiu os crimes de racismo através da Lei 7.716, em 1997 definiu a tortura por motivação racial (Lei 9.455) e criou a hipótese de injúria racial (Lei 9.459), ou injúria qualificada pela raça.
6. Formulada como uma corrente teórica do Direito, a teoria crítica da raça tem suas origens no final da década de 1980, nos Estados Unidos. Embora autônoma, pode ser associada ao *Critical Legal Studies*, protagonizando a reivindicação pelo entrelaçamento do direito, do poder e da raça. Se pensada como um movimento político, esta corrente tem suas origens mais remotas na

minismo negro⁷ que têm impulsionado, a partir de então, saltos analíticos fundamentais para a produção de pesquisas jurídicas.

Embora possamos apontar esses importantes avanços, há um terreno ainda pouco explorado, que diz respeito à abordagem e explicitação específica dos aspectos metodológicos da apreensão da desigualdade racial em âmbito criminal. Não raro, encontra-se este tipo de lacuna nos estudos, tanto aqueles que sustentam a existência de práticas discriminatórias na justiça criminal quanto os que debatem teorias explicativas para lidar com o problema. Este artigo se dedica a apresentar algumas importantes implicações teóricas e práticas à discussão do método, quando se busca compreender as lógicas, as dinâmicas e performances de atores jurídicos frente às desigualdades raciais, especificamente, no sistema de justiça criminal.

Diante dessa problemática, sumariamente descrita nas linhas anteriores, cabe se perguntar: quais têm sido as contribuições de pesquisas empíricas⁸ para compreensão das interfaces, relações e convergências entre as desigualdades raciais e o funcionamento do sistema de justiça criminal? Como é possível reoxigenar o debate jurídico a partir das contribuições teóricas de feministas negras, sem reduzir as potencialidades das ferramentas gestadas no seio do campo político? Sustentado por estas perguntas e buscando verificar a hipótese segundo a qual pesquisas empíricas em direito permitem a extração de referenciais úteis para (re)pensar a produção de saber jurídico e as práticas sociais, partimos de dois pressupostos fornecidos pela literatura: a potencialidade da interseccionalidade como ferramenta analítica para compreender o Direito e as evidências empíricas da persistência de desigualdade racial no âmbito do sistema de justiça criminal. Assim, este artigo se concentra em abarcar algumas recentes contribuições dos estudos

luta contra a supremacia branca, registradas em narrativas e autobiografias de pessoas negras escravizadas, embora institucionalizada na academia anos depois. No Brasil, as autoras Eunice Aparecida de Jesus Prudente, em 1980, e Dora Lucia de Lima Bertúlio, em 1980, estabeleceram conexões similares diante do contexto brasileiro. Para uma leitura aprofundada, ver: CRENSHAW (1995); BREWER; HEITZEG (2008); ZUBERI (2016); PRUDENTE (1980); BERTULIO (1989).

7. O termo “feminismo negro” faz referência, ao mesmo tempo, a uma corrente político-filosófica de pensamento e a um movimento social. Ambos reivindicam os direitos de mulheres negras, com diferentes estratégias de enfrentamento às opressões de raça e gênero. Historicamente, surge de uma ruptura dentro do movimento feminista, ao desuniversalizar a concepção de mulher cunhada nas primeiras ondas do feminismo norte-americano, essencialmente de classe média branca. Frisa-se que o feminismo negro não é o único movimento protagonizado por mulheres negras. A expressão de diversidade desse grupo político-acadêmico pode ser encontrada no Movimento Mulherista Africano, no Movimento Feminista Negro Diaspórico e no Feminismo Interseccional (COLLINS, 2017; SANTOS, 2007; CARDOSO, 2014; CARNEIRO, 2003).
8. Para este trabalho, consideram-se pesquisas empíricas em direito aquelas que se prestam a responder a uma pergunta cuja resposta depende da mobilização de técnicas e métodos, quantitativos ou qualitativos, para apreensão de uma dada realidade, o que inclui a produção de leis, a implementação de normas jurídicas, práticas sociais apreendidas ou desenvolvidas pelo Direito e concepções jurídico-doutrinárias.

relativos ao racismo e às relações raciais no Brasil, a partir de pesquisas empíricas em Direito. Com o objetivo de valorizar a multiplicidade de formas através das quais se busca dar conta das relações raciais, assim como as diversas maneiras pelas quais o racismo se manifesta no âmbito da justiça criminal, realizou-se uma pesquisa de cunho bibliográfico observando, inclusive, a diversidade de métodos empregados nas pesquisas.

Sabe-se que definir e desenhar estratégias metodológicas de pesquisa ainda constitui um desafio no campo do direito. Não poderia ser diferente para o estudo do racismo e das relações raciais no Brasil, ainda mais pelas dificuldades inerentes ao objeto em si, que se manifesta, ou se oculta, de inúmeras maneiras (NASCIMENTO, 1978; WERNECK, 2016; MOREIRA, 2019; MENEZES, 2021), e pelos limites impostos pelos métodos tradicionais para captar o fenômeno, utilizados nas ciências sociais aplicadas, na coleta e análise dos dados (FERREIRA; IGREJA, 2017).

Diante dessas e outras dificuldades, tentamos estabelecer um balanço dos problemas e achados metodológicos, no âmbito das pesquisas empíricas sobre direito criminal e relações raciais, considerando a interseccionalidade como um suporte analítico.

O texto está dividido em três partes. Na primeira, explicita-se o método adotado no estudo que permitiu a construção deste artigo. Assim, discutem-se os limites e as fragilidades da pesquisa bibliográfica em geral, além de apresentar algumas escolhas concernentes aos quadros teóricos, recortes temporais e perspectivas analíticas mobilizados em nossa pesquisa.

Na segunda parte do artigo, serão apresentados conceitos fundamentais para a compreensão de problemas teórico-metodológicos que cercam o objeto da presente pesquisa: os estudos das relações entre justiça criminal e desigualdade racial.

Por fim, na última parte, busca-se oferecer respostas à questão de pesquisa. Por meio da observação de pesquisas empíricas em Direito, focadas nos efeitos da criminalização do racismo e nas dimensões raciais do funcionamento da justiça criminal, espera-se contribuir para a compreensão da desigualdade racial neste âmbito específico do direito, para o aprimoramento das estratégias metodológicas no estudo do fenômeno em tela e, consequentemente, para o necessário enfrentamento de um agudo problema social, em suas dimensões políticas e jurídicas.

2. ESTRATÉGIA METODOLÓGICA

Ao tomar como ponto de partida a questão “como as pesquisas empíricas em direito contribuem para a compreensão do racismo e das relações raciais no Brasil, no âmbito do sistema de justiça criminal?”, nossa pesquisa tem, de início, três problemas subjacentes.

O primeiro é de ordem epistemológica, voltado para a compreensão da maneira como estudiosos/as do campo do direito percebem e elaboram as desigualdades raciais produzidas (ou que são produtos) do sistema de justiça criminal. Trata-se de dar conta das especificidades

do Direito, tomando-se como parâmetro o “olhar interno”⁹, isto é, o olhar posto a partir do próprio campo do Direito, diferenciado das perspectivas das ciências sociais.

O segundo é de ordem metodológica, focado nos esforços e obstáculos inerentes a um campo que confronta a todo tempo a prática da militância/ativismo e o exercício do fazer pesquisa. Em outras palavras, trata-se de encarar o desafio de elaborar e implementar um método que articule as certezas quanto a necessidade de enfrentar as opressões raciais, ao tempo em que se sustentam questões e percursos de pesquisa que permitam desvendar as práticas que perpetuam essas opressões, em suas velhas e novas peculiaridades (CAPPI, 2014; KAMINSKI, 2017).

E, o terceiro é de ordem política, e remete às disputas contra o racismo no campo da produção de conhecimento. Dito de outra maneira, urge dar visibilidade a essas produções, cujos autores são em sua maioria pessoas negras, mostrando seus aportes decisivos para o estudo e o debate sobre a justiça criminal.

A questão de pesquisa, por sua própria natureza, demandou um olhar específico para a farta literatura sobre o tema que, conseqüentemente, funcionou não apenas como um “marco teórico”, mas também como objeto em si. Para isso, realizou-se uma pesquisa de caráter bibliográfico, orientada pela finalidade de resolver um problema, por meio de referenciais teóricos publicados, analisando-se e discutindo-se as várias contribuições científicas (BOCCATO, 2006). Em outras palavras, nossa pesquisa tinha como objeto outras pesquisas já realizadas, com seus arcabouços teóricos, metodológicos e, obviamente, com seus resultados.

Neste contexto, nossa pesquisa foi desenvolvida em duas etapas¹⁰. Na primeira, revisitamos estudos da Sociologia das Relações Raciais e da Criminologia Crítica, para identificar quadros teóricos que sinalizam ferramentas conceituais úteis para pensar nosso objeto e potenciais dificuldades teórico-metodológicas. O resultado desse primeiro esforço está sistematizado na seção 3.

Na segunda etapa, olhamos mais especificamente para pesquisas empíricas em direito, com o objetivo de chamar atenção para três questões intimamente ligadas ao debate metodológico: (i) os problemas ligados ao lugar de observação na pesquisa, (ii) os desafios postos quando se observa a criminalização do racismo, e (iii) as dificuldades inerentes ao problema do registro da cor/raça nos fluxos de responsabilização criminal.

Selecionamos dez pesquisas empíricas em direito, para levantar problemas, indicar caminhos percorridos e ilustrar contribuições. Nesse ponto, a seleção dos textos deu-se

9. Distinção feita por Niklas Luhmann no debate sobre Sociologia do Direito “com o Direito” ou “sem o Direito” e retomado por Margarida Garcia, em GARCIA (2014, p. 185).

10. Nas duas etapas da pesquisa, foram considerados estudos publicados entre os anos de 1989 e 2019 e veiculados no Portal Google Acadêmico [<https://scholar.google.com.br/>], entre os meses de novembro de 2019 e abril de 2020, período de realização da pesquisa. As buscas foram realizadas através dos seguintes descritores: “pesquisa empírica em direito”, “empíric”, “desigualdade racial”, “racismo”, “relações raciais”, “justiça criminal”, “processo penal”, “direito penal”, “direito criminal”, “sistema de justiça criminal”.

de maneira similar ou análoga à construção de uma amostra qualitativa do tipo “amostra por contraste-aprofundamento”, tal qual formulada por Álvaro Pires (2010). É aquela que permite a comparação entre um número reduzido de casos, os quais são autônomos uns em relação aos outros, tem um certo volume de material empírico e são objeto de uma descrição em profundidade e, no nosso caso, revelaram distintos aspectos relevantes, para a questão em tela neste artigo. Para isso, foram consideradas pesquisas que continham explicitamente a descrição da técnica e do método utilizados, demarcando inclusive o caráter “empírico” do estudo. Ademais, selecionamos apenas trabalhos em que figurasse ao menos uma pessoa graduada em direito na autoria, garantindo a diversidade de gênero, diversificando igualmente as formas de abordagem metodológica – *quali* ou *quant*i, prevalentemente dedutiva ou indutiva (CAPPI, 2014 e 2017; MACHADO, 2017).

Frisa-se que nosso interesse residia em estudos voltados para as dinâmicas e estruturas que sustentam (cor)relações plausíveis entre as desigualdades raciais e o sistema de justiça criminal, no intento de identificar as dificuldades metodológicas e as descobertas dos trabalhos, sem preocupação com a dimensão quantitativa da seleção. O balanço produzido nesse processo está disposto na seção 4.

3. DE ANTEMÃO: QUESTÕES TEÓRICAS PARA PENSAR O MÉTODO EM PESQUISAS SOBRE DESIGUALDADE RACIAL E SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Nesta seção, examinam-se alguns conceitos e quadros teóricos que indicam problemas comuns às teorias e às práticas sociais, muitos dos quais sinalizam dificuldades e obstáculos para a elaboração de pesquisas neste tema.

A desigualdade racial constitui um desafio para o desenvolvimento do país, mas ela não pode ser lida de maneira isolada, devendo ser posta em relação aos fenômenos dos quais é resultado. Os estudos relativos às relações raciais e ao racismo no Brasil sinalizam, há alguns anos, os desafios de compreensão das desigualdades raciais e de suas consequências para a consolidação da própria democracia no país. Parte significativa das dificuldades de produzir pesquisas que pensem justiça criminal e desigualdade racial pode estar relacionada a dificuldades de ordem teórico-conceitual e metodológicas.

De início, uma escolha elementar relativa ao conceito de racismo, consiste em definir se a preocupação da pesquisa o situa no racismo individual, institucional ou estrutural. Essa diferenciação, inspirada em Camara Phyllis Jones (2002), no âmbito da medicina, remete a níveis de observação distintos (CAPPI, 2009 e 2015) e tem importantes implicações metodológicas.

Para a escritora norte-americana, o racismo constitui um sistema, portanto, não corresponde unicamente a uma falha no comportamento individual, tampouco a uma falha moral e, ainda menos, a uma enfermidade psiquiátrica. Esse sistema operaria em três níveis: institucionalizado, mediado pessoalmente e internalizado. O primeiro é definido pelas estruturas, políticas, práticas e normas que garantem acesso diferenciado a bens e

serviços na sociedade, em função da raça. O racismo funciona, portanto, no âmbito “normativo” e “estrutural”, porque ainda que não seja legalizado, está enraizado nos costumes, nas práticas e no direito; no segundo nível, o racismo opera “mediado pessoalmente”, sob forma de preconceito e discriminação, que marcam ações e motivações nas interações entre as pessoas. Ainda segundo a autora, há um terceiro nível, o do racismo internalizado, no qual os membros das “raças” estigmatizadas acabam aceitando mensagens negativas sobre suas próprias habilidades intrínsecas e experiências (JONES, 2002)¹¹.

Aos diversos níveis de observação do racismo, faz eco a multidimensionalidade do significado do termo “racismo” que, segundo Luiz Augusto Campos (2017) faz referência, respectivamente, a ideologias, comportamentos ou estruturas. Ao organizar a literatura sociológica, o autor destrincha esta multidimensionalidade do termo e explicita três dimensões do racismo, em função de conceitos não excludentes. Estas dimensões, dão origem a três diferentes abordagens sociológicas.

A primeira, conforme explica o autor, remete à identificação do racismo como “conjuntos de ideias que atribuem uma inferioridade natural a determinados grupos com origens ou marcas adstritas específicas” (CAMPOS, 2017, p. 01), de modo a operar como uma ideologia ou uma doutrina (GUIMARÃES, 1999).

Na segunda abordagem, o racismo é observado nas práticas e comportamentos discriminatórios ou, ainda, nos meios de interação social. Nesta perspectiva, “não se ignora o papel das crenças na produção ou reprodução da discriminação racial, somente que as primeiras não possuem consequências sociológicas relevantes se não se traduzirem em práticas discriminatórias” (CAMPOS, 2017, p. 06). Por buscar identificar as práticas discriminatórias, haveria nessa abordagem uma preocupação maior com a busca de parâmetros e metodologias voltadas à “captura” de comportamentos e práticas racistas¹².

Por fim, o racismo também é reconhecido como estruturas e sistemas que criam desvantagens às pessoas negras. Sendo assim, as abordagens que enfatizam essa dimensão “apontam para a objetividade dos efeitos racistas das instituições e estruturas, mesmo que eles não sejam imediatamente visíveis” (CAMPOS, 2017, p. 11). Crítico dessa última corrente, Campos sinaliza a baixa contribuição política para a transformação das desigualdades raciais, já que “o racismo é empacotado em uma unidade sistêmica totalizante, dentro da qual há pouco espaço para contradições que estratégias antirracistas podem

11. No Brasil, essas categorias teóricas são revisitadas por Jurema Werneck, em 2016, ao tratar de racismo institucional na saúde. Além de explorar aqueles três níveis operacionalizáveis do racismo, ela aprofunda o debate sobre as barreiras para a equidade racial e étnica no acesso e utilização de políticas públicas de saúde no Brasil, a partir também, das contribuições sobre racismo institucional dos ativistas e intelectuais Stokely Carmichael e Charles Hamilton, 1967 (WERNECK, 2016).
12. Nesse segundo grupo estariam os teóricos que desenvolveram trabalhos a partir de técnicas estatísticas de mensuração das desigualdades raciais, a exemplo do pioneiro Carlos Hasenbalg e Nelson do Valle Silva, em 1979, e mais recentemente, Marcia Lima, desde a década de 2000, ambos no Brasil.

explorar”, o que minaria “as próprias bases das ações antirracistas individuais ou coletivas” (CAMPOS, 2017, p. 11).

Embora esse enquadramento seja de natureza pedagógica, não sendo sempre possível alocar as práticas em uma única categoria, como bem salienta Luiz Augusto Campos, esse arranjo conceitual ajuda a observar a variabilidade de manifestações do racismo e dos consequentes quadros teóricos que o explicam.

Outros elementos teórico-conceituais também podem ser levantados para compreensão das dificuldades para a formulação de pesquisas empíricas sobre as relações entre o funcionamento da justiça criminal e as desigualdades raciais.

O primeiro elemento é a negação do racismo e da discriminação racial existentes no país, que está ancorada, pelo menos em parte, na ideia difundida desde a década de 1930, segundo a qual as desigualdades raciais existentes no país estariam estritamente atreladas às barreiras decorrentes da ordem econômica e cultural (GUIMARÃES, 1999 e 2006).

Uma outra dificuldade, densamente descrita na literatura sociológica e em outras áreas de conhecimento, remete à persistência do “mito da democracia racial”, segundo esta leitura, a miscigenação das diferentes raças no país produziria uma harmonia entre os diferentes grupos, oferecendo, assim, uma interpretação da realidade baseada na ausência de conflitos raciais, forjando, assim, uma brasilidade nacionalista (ALBERTI; PEREIRA, 2005; SALES JÚNIOR, 2006).

No campo dos estudos criminológicos, já foram sinalizadas a existência e as consequências de uma matriz teórica racista. Esta matriz se constitui como obstáculo em si para produção de conhecimento, e seu desvendamento aparece hoje como uma importante contribuição para pensar novos desenhos teóricos e metodológicos no âmbito da pesquisa sobre justiça criminal. Evandro Duarte (1998) aponta, ademais, para uma “racialização do saber”, processo através do qual a Criminologia, mas não só essa, constituiu-se enquanto ciência produzida por pessoas brancas, através de discursos de poder de povos europeus. Esse fenômeno está relacionado ao epistemicídio, que redundou na subalternização e marginalização do conhecimento e da cultura produzidos por trabalhadores/as, povos indígenas, pessoas negras, e de minorias em geral (religiosas, étnicas, sexuais), e que teve dimensões devastadoras sobre as produções de intelectuais negras e negros do país (SANTOS, 1995; CARNEIRO, 2005).

A existência de uma matriz teórica racista constitui um problema também porque limita a realização e alcance de novas descobertas, que estejam desatreladas de concepções hegemônicas, operando um círculo vicioso. Este tema é enfrentado por Tukufu Zuberi e Eduardo Bonilla-Silva ao discutirem os limites dos “métodos brancos” na produção de conhecimento sobre raça. Para esses autores, as ferramentas utilizadas para produzir dados empíricos em pesquisas sociais estão frequentemente impregnadas por uma “lógica branca” que dá suporte à própria estratificação racial na sociedade (ZUBERI; BONILLA-SILVA, 2008).

No entanto, como bem lembra Patrícia Hill Collins ao colaborar com uma teoria social crítica das estadunidenses negras, a produção e a perpetuação do conhecimento hegemônico, não estão sendo geridas sem resistência. Teóricas feministas negras, por exemplo, têm explicitado as hierarquias, pelas quais os privilégios masculinos brancos são opostos à inferiorização de mulheres negras, (re)construído, a partir das narrativas dessas mulheres, teorias explicativas para se contrapor às opressões de classe, raça e gênero. Estes trabalhos propõem um importante giro epistemológico (COLLINS, 2002), pelo qual também se destaca a ferramenta teórica interseccional¹³, com suas respectivas implicações metodológicas.

Por fim, é importante registrar a autonomia e a complexidade dos fenômenos jurídicos, que embora não comportem em sua análise o foco exclusivo do direito, porque são fenômenos da vida social (LYRA FILHO, 1999) – aliás, as pesquisas jurídicas serão mais ricas em descrições, interpretações, explicações e prescrições, quanto mais diálogo mantiverem com outras áreas de conhecimento. Portanto, pode-se afirmar que pesquisas empíricas em direito demandam ao mesmo tempo um olhar para as especificidades que singularizam as maneiras de ver, pensar e fazer o Direito, e para os aportes de abordagens multidisciplinares (GARCIA, 2014; FERREIRA, 2017).

Nesse contexto, pesquisas produzidas a partir do “olhar externo” (GARCIA, 2014, p. 185) podem se constituir como importantes pontos de partida para o “olhar interno”. Cita-se, por exemplo, a indicação segundo a qual brancos e negros cometem crimes violentos em iguais proporções, no entanto os réus negros tendencialmente são mais vigiados, enfrentam mais obstáculos para acessar a justiça criminal exercendo o pleno direito de defesa e ver resguardados seus direitos constitucionais (ADORNO, 1995). Outro exemplo interessante advém da ideia de que o mito da democracia limita os sentidos de justiça nos julgamentos dos crimes de racismo e injúria racial (SALES JÚNIOR, 2006).

4. EXPERIÊNCIAS, FLUXOS E BARREIRAS: UM OLHAR PARA PESQUISAS EMPÍRICAS EM DIREITO

Apresentaremos nesta seção três importantes âmbitos de questionamento metodológico inerentes ao estudo das relações entre sistema de justiça criminal e desigualdades raciais. Tomamos por base o repertório teórico descrito na seção anterior e dez pesquisas empíricas em direito. Para tanto, esta seção está dividida em três partes, cada uma das quais se dedica a um dos pilares de nossa abordagem.

13. Embora reivindicado e disputado por diferentes correntes teóricas que produzem conhecimento sobre as relações entre identidade, poder e conhecimento, o termo interseccionalidade é atribuído à teórica feminista negra e estudiosa da teoria crítica da raça, Kimberlé Crenshaw, em 1989, preocupada em compreender o entrelaçamento de distintas formas de diferenciação social, nos Estados Unidos. Neste sentido, é importante lembrar, dentre outros, os seguintes trabalhos: CRENSHAW (2004); HENNING (2015); PISCITELLI (2019).

Na primeira, discutem-se os problemas metodológicos ligados ao lugar de observação na pesquisa, ou “embaraços metodológicos”, em que exploraremos as vantagens da explicitação de um lugar de observação e das “práticas de visibilidade” (ALCOFF, 1999 e 2016) na pesquisa. Na segunda, mostraremos os desafios postos quando se observa a criminalização do racismo, e na terceira, abordaremos a (in)visibilização da raça nos registros institucionais.

4.1. *O lugar de observação e o acesso às desigualdades raciais pela experiência da pesquisa*

Sabe-se que o acesso do/a pesquisador/a aos dados de uma pesquisa é sempre mediado pelo lugar de onde ele/a observa. Isso se traduz pela maneira segundo a qual ele/a constrói seu objeto, pelos termos que utiliza para transcrever seu problema e dialogar com uma área específica de conhecimento. É o debate levantado por Margarida Garcia (GARCIA, 2014), sobre a Sociologia do Direito, com e sem o direito, ao revisitar Niklas Luhmann.

Mas, a expressão lugar de observação também pode fazer referência às características subjetivas e políticas do sujeito que observa, que são constitutivas da pesquisa e expressam, além da escolha de um quadro teórico e a(s) identidade(s) do/a pesquisador/a, um horizonte interpretativo. Como lembra Linda Alcoff, ao tratar das implicações epistêmicas das identidades: “em sociedades estratificadas, indivíduos diferentemente identificados nem sempre têm o mesmo acesso a pontos de vista e a planos de observação perceptivos a partir dos quais certos aspectos ou dimensões da realidade são visíveis” (ALCOFF, 2016, p. 141). Entende-se que a(s) identidade(s) do sujeito que pesquisa pode(m) garantir um acesso privilegiado a dimensões específicas do objeto pesquisado.

Assim, a expressão “lugar de observação”, utilizada neste texto, incorpora tanto contribuições da teoria dos sistemas de comunicação, ao fazer referência aos limites comunicacionais entre diferentes áreas de conhecimento (GARCIA, 2014), quanto o aporte teórico dado pelo feminismo negro, visando a valorização dos saberes de sujeitos políticos historicamente desprezados. Nesse contexto, a interseccionalidade, enquanto ferramenta teórica que permite acessar os “efeitos simultâneos e interativos” (HANCOCK, 2007, p. 68) de diferentes marcadores sociais (gênero, raça, geração, classe, orientação sexual, religião, origem nacional e regional) sobre as identidades dos sujeitos, é fundamental para compreendermos também as relações entre teoria, coleta, produção e análise de dados (CAPPI, 2017), por um lado, e identidade – inclusive das pesquisadoras e pesquisadores –, por outro, nas pesquisas realizadas no campo do Direito.

Dessa forma, o lugar de observação é um registro que marca a configuração de um olhar específico, circunscrito a uma dada identidade e experiência, imprescindíveis à própria elaboração teórica. A partir de um lugar de observação é que se desenvolve uma pesquisa, pois

ele constitui a ferramenta que subsidia a interpretação sobre o mundo que nos cerca. Por isso, embora possa se beneficiar do “lugar de fala”¹⁴, não se confunde com este.

Enquanto o “lugar de fala” remete ao lugar de identificação e expressão de um determinado grupo social, onde este aparece e se coloca enquanto sujeito que reivindica um saber a partir de sua posição social, o “lugar de observação” circunscreve-se à atividade e às escolhas de pesquisa, o que envolvem as interações dos sujeitos na pesquisa e os dilemas do sujeito que pesquisa. Por isso, pode-se dizer que o lugar de observação é sempre um lugar transitório, ainda que possa estar intimamente relacionado ao lugar de fala.

O lugar de observação, portanto, remeterá ao exercício de explicitar ou de “tornar visíveis as práticas de visibilidade em si”¹⁵, de modo a permitir que o conhecimento sobre nós mesmos e os outros ofereça novas descobertas. Assim, o lugar de observação, ao mesmo tempo que introduz um viés específico limitando o escopo da pesquisa, permite o acesso do pesquisador e da pesquisadora a problemas específicos, abrindo-lhe portas e caminhos analíticos. Revela, além disso, não só identidades reivindicadas, mas também os medos, as angústias, os trânsitos e conflitos no processo de construção da pesquisa. Precisa, portanto, ser explicitado no texto, por doloroso que isso possa resultar, como forma metodológica que, possivelmente, gera resultados originais.

Este exercício, ou esforço, de teorizar sobre a interação em si (COLLINS, 2016) tem as vantagens políticas e metodológicas de ajudar a perceber “a forma como os significados estão localizados no corpo”¹⁶, podendo, inclusive, “interromper os processos de racialização atuais”¹⁷.

No que concerne a pesquisas empíricas em direito sobre desigualdade racial e funcionamento do sistema de justiça criminal, o lugar de observação – e a informação do mesmo no texto, de forma mais ou menos explícita – permite que os/as leitores/as acessem, inclusive, as experiências dos/as pesquisares/as no momento da coleta dos dados. Vejamos dois exemplos, a partir das pesquisas de dois jovens pesquisadores negros.

14. Segundo Pedro Ambra, a expressão é genuinamente brasileira, não havendo equivalente em outro idioma ou país, embora assevere que “a experiência por ela designada é partilhada por pensadoras e pensadores ao redor do globo, uma vez que se referiria a um tipo de sofrimento de subalternização e sua possibilidade de resistência e crítica vivenciados em diferentes eras e lugares” (AMBRA, 2019, p. 86). Djamila Ribeiro (2017), uma das maiores difusoras do conceito de “lugar de fala” afirma que este tem como origem a teoria do “standpoint” e busca reconhecer a humanidade e os valores do pensamento de sujeitos historicamente subalternizados, como é o caso das mulheres negras. Cristalizados em um tempo e lugar determinado, “os lugares de fala como posições estruturais são experienciados a partir de um corpo localizado no tempo e no espaço, que é nosso ponto de vista, lugar de ação e percepção” (MEDEIROS, 2018, p. 331).
15. Tradução livre para “[...] is to make visible the practices of visibility itself” (ALCOFF, 1999, p. 25).
16. Tradução livre para “the way in which meanings are located on the body” (ALCOFF, 1999, p. 25).
17. Tradução livre para “to disrupt the current racializing processes” (ALCOFF, 1999, p. 25).

Luciano Pinheiro (2019) explicita seu lugar de observação em pesquisa que busca compreender como o Direito aparece nas reações e nas narrativas dos familiares das vítimas da letalidade policial na cidade de Feira de Santana-BA. Desta forma, nos ajuda a entender como, para além da identidade reivindicada em seu lugar de fala, o lugar de observação na pesquisa destaca a tensão no campo dos estudos empíricos sobre relações raciais, direito e práticas institucionais.

“O impulso de enveredar por essa investigação se relaciona com minha experiência pessoal: a condição de jovem negro, advindo de espaços não privilegiados e o fato de ter presenciado histórias de vidas de amigos, colegas e familiares que foram vítimas de mortes por violência policial é um crucial elemento mobilizador no interesse pela temática da letalidade policial” (PINHEIRO, 2019, p. 09).

E mais à frente pontua:

“Parte significativa do processo de procura dos parentes dos mortos foi fortemente marcado por um sentimento de medo por parte do pesquisador que assina [...]. As dificuldades tornam-se mais agudas no contexto de uma cidade média, no interior do estado baiano, em que as informações circulam com maior facilidade, as pessoas que se conhecem mais facilmente também, e por consequência as chances de retaliação se tornam mais concretas [...]” (PINHEIRO, 2019, p. 17).

Além da condição de “jovem negro”, que aparece nas linhas do texto do jovem pesquisador, é o temor de realizar uma pesquisa que escancara os elos políticos entre práticas jurídico-institucionais e vida cotidiana.

Elemento similar pode ser encontrado na pesquisa Jorge Lincoln Regis dos Santos (2019), na qual o pesquisador buscou compreender atuações e discursos dos atores estatais nas audiências de custódia de Salvador, através de observação participante nas audiências. Ao descrever os próprios medos e inseguranças no contexto das audiências de custódia, na condição de pesquisador no local onde já havia realizado estágio profissional, Lincoln dos Santos chama a atenção para uma “divisão racial dos postos de trabalho configurada a partir de uma distribuição desigual do acesso aos cargos mais bem remunerados dos aparatos da Justiça” (SANTOS, 2019, p. 56), conforme relata,

“No Núcleo de Prisão em Flagrante de uma das cidades mais negras do país, os mais altos cargos são ocupados majoritariamente por pessoas brancas, enquanto os(as) negros(as) ocupam os postos secundários e de menor prestígio – além, é claro de serem maioria absoluta entre aqueles(as) que se sentam na cadeira dos(as) presos(as) [...]” (SANTOS, 2019, p. 57).

Assim, embora já não estivesse mais na condição de estagiário, sua experiência anterior acurou seu olhar, de modo a permitir uma elaboração teórica da “divisão racial dos postos de trabalho” (SANTOS, 2019, p. 56), a partir, não só da condição de homem negro, mas de quem já esteve em posição profissional de menor prestígio social naquele mesmo contexto.

Pode se falar, portanto, em “divisão racial do trabalho”. Esta também é descrita por Ivanilda Ferreira (2018), ao desenvolver uma pesquisa sobre a forma como o instituto da audiência de custódia aparece nas práticas e nas ideias de magistrados. Em seu texto, ela afirma, quase em tom de desabafo:

“Nesses dias de exploração do campo, foi quase que inevitável chegar nesse espaço de poder e contar quantos negros ali existiam e, quando existiam, procurar identificar as posições que ocupavam, sendo este um exercício constante e doloroso durante praticamente todo o período de campo” (FERREIRA, 2018, p. 35).

A explicitação dos lugares de observação, nas pesquisas analisadas, também revela manifestações mais sutis do racismo, vivenciadas por pesquisadoras em campo, como relatado por Poliana Ferreira (2019), quando uma serventuária da justiça dirigiu-se para a pesquisadora reproduzindo ironicamente o sotaque escutado ou quando a mesma pesquisadora se viu diante de uma funcionária do Fórum Criminal que decidiu emitir opiniões jocosas a respeito dos cabelos da pesquisadora. Olhar para os lugares de observação, nos ajuda a acessar o impacto que a desigualdade racial produz na subjetividade, inclusive das pesquisadoras. Nesse sentido, o texto de Ivanilda Ferreira permite compreender como a desigualdade traduz-se na prática da pesquisadora:

“O desconforto das pessoas em me verem naquele papel estranho à minha cor e aos meus cabelos crespos que ousam não obedecer às leis da física, foi manifestado dentro das sutilezas que o racismo se utiliza para fazer crer que vivemos em um paraíso racial. Eu perdi as contas de quantas vezes tive que provar que sou aluna da UEFS ou dar um sorriso sem graça para as recusas de estágio voluntário, mesmo sem ter pedido por um.

[...]

Passei vários dias em conflito com a minha própria existência, quis por muitos dias chorar, como se fosse algo que precisasse sair com certa urgência e abandonar a escrita deste trabalho, pois mesmo que a branquitude se dedique incansavelmente a retirar o mínimo de humanidade que ainda me resta, ainda sou uma pessoa, que tem o direito de ser fraca em alguns momentos e tem que lidar de forma quase heroica contra o racismo todos os dias e contra a forma como ele me adoecia quando se expressa contra mim” (FERREIRA, 2018, p. 35-36).

Portanto, o “lugar de observação” concedeu-nos um acesso privilegiado para observar e elaborar teoricamente como operam as desigualdades raciais nas práticas institucionais,

por meio das interações interpessoais, e no cotidiano das atividades de pesquisas relacionadas ao controle criminal, a partir da lente teórica da interseccionalidade.

O que se sobressai é que as desigualdades raciais operam dentro das instituições jurídico-criminais de modo transversal, entrelaçando poder e identidades. Quando o pesquisador se percebe como um potencial alvo da violência estatal que constitui seu objeto de pesquisa, esse fato desnuda qualquer concepção normativa que coloque a produção de conhecimento em um lugar neutro, apático, desprovido de racialidade, como já apontava o feminismo negro.

Da mesma forma, quando pesquisadoras negras explicitam os impactos quantitativos (percentual de cargos ocupados ou funções desempenhadas, por exemplo) e qualitativos (qualidade da prestação de um serviço público, qualidade do atendimento, olhar dominante, por exemplo), revelam muito mais que a divisão racial do trabalho. Elas nos fornecem dados para repensarmos os parâmetros, científicos e políticos, a partir dos quais desigualdades raciais são medidas, apuradas, e repercutem sobre a garantia de direitos das pessoas negras no Brasil.

O lugar de observação, portanto, se alimenta da interseccionalidade, de modo a concebê-la como uma ferramenta operacional para observarmos como os efeitos de estereótipos de gênero e raciais transitam e impactam em âmbito jurídico. Mas não só. O lugar de observação tem também sua utilidade por ajudar a compreendermos o olhar de quem observa como um lugar privilegiado para perceber as visões de mundo de diferentes atores jurídicos. Ou seja, podemos nos valer do lugar de observação, por exemplo, para compreendermos como e com quais critérios os ministros do Supremo Tribunal Federal votam casos difíceis—, a exemplo da constitucionalidade do porte de “drogas” para consumo próprio, ou ainda, a inconstitucionalidade da criminalização do aborto em respeito aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres—, articulando sua “compreensão de mundo” e os limites impostos pela lei¹⁸.

4.2. *Os limites da criminalização do racismo, na lei e nas práticas*

As limitações do direito penal como ferramenta para enfrentamento às desigualdades raciais constituem um tema recorrente em estudos empíricos em direito sobre racismo e relações raciais. Nesta subseção, discute-se três aspectos importantes inerentes a nossa questão: (i) as insuficiências de decisões judiciais relativas aos crimes de racismo e

18. Trata-se notadamente dos casos convertidos em disputas morais de fundo, nos quais as normas jurídicas não permitem a mera subsunção dos fatos à norma. Nas palavras de Patrícia Mello, “em casos difíceis, em que os referenciais normativos são fluidos e as questões são moralmente controvertidas”, aprecia-se uma oportunidade interessante para compreendermos a visão de mundo de atores relevantes. A autora explora três leituras plausíveis para explicar os processos decisórios do Supremo Tribunal Federal, abordando modelos de comportamento para compreender os múltiplos fatores que podem incidir na decisão do julgador em tais casos (MELLO, 2018, p. 713).

injúria racial; (ii) a compreensão de atores penais sobre discriminação racial; e (iii) o tratamento do racismo dissimulado pelo judiciário brasileiro.

Podemos abordar estes aspectos através de três pesquisas empíricas recentes, cada uma fornecendo importantes contribuições para a compreensão das relações entre desigualdade racial e funcionamento da justiça criminal. Na ordem de exposição que segue, os três trabalhos são: *Racismo e insulto racial na sociedade brasileira*¹⁹, de Marta Machado, Márcia Lima e Natália Nêris; *Racismo recreativo*²⁰, de Adilson Moreira; e *Racismo ou não?: a percepção de estudiosos do direito sobre casos com conteúdos racistas*²¹, de Gislene Aparecida dos Santos, Helton Noguti e Camila Matos.

Embora diferentes nas abordagens teóricas e nas estratégias metodológicas utilizadas, esses estudos empíricos apontam uma certa dissonância entre o racismo identificado na literatura sociológica e a tradução jurídica do problema. Os limites impostos pelos poderes legislativo e judiciário permitem, na maior parte das vezes, a não responsabilização de réus em julgamentos de racismo e de injúria racial. Conforme apontam Marta Machado, Márcia Lima e Natália Nêris

“A história das mudanças da legislação antirracismo brasileira reflete reiteradamente a insatisfação com normas que definem racismo como segregação ou tratamento explicitamente discriminatório: elas não deram conta de compreender as formas mais sutis e veladas com que ele se manifestava no Brasil. Acima de tudo, a legislação não compreendia o insulto como uma das formas mais recorrentes de racismo. Uma reforma legislativa, quase dez anos após a promulgação da Constituição Federal, foi necessária para introduzir entre os crimes com motivação racial a injúria racial, uma forma agravada de injúria, com pena majorada, que extrapola o efeito da ofensa pessoal para reconhecer a ofensa a todo o grupo racial” (MACHADO; LIMA; NERIS, 2016, p. 24).

As autoras assinalam também a falta de critérios para o reconhecimento do conflito racial, como outro ponto a ser considerado nas dinâmicas de invisibilização produzidas

19. Trata-se de pesquisa na qual as autoras trabalharam com decisões judiciais de nove estados brasileiros, correspondentes aos anos de 1998 a 2010, com o objetivo de compreender o tratamento dado pelo direito penal ao insulto racial. O levantamento tratou mais de duas mil decisões e constitui uma referência para estudos similares pela profundidade com a qual avança em aspectos processuais da legislação antirracismo no Brasil (MACHADO; LIMA; NERIS, 2016, p. 11-28).
20. Em seu estudo empírico, o autor compilou 88 decisões judiciais nas quais atores sociais utilizaram o humor racista para se referir a minorias raciais, “selecionamos casos que utilizam a retórica do humor como estratégia de defesa”. A pesquisa jurisprudencial foi realizada em tribunais estaduais e em tribunais regionais do trabalho de áreas com maior concentração de população negra, além de se dedicar também a personagens de programas humorísticos (MOREIRA, 2019, p. 30-35). Como resultado, o autor apresenta o conceito de “racismo recreativo” para designar uma política cultural para justificar hierarquias sociais, e que tem autorizado e estimulado o humor para expressar hostilidade por minorias raciais (MOREIRA, 2019, p. 95).
21. Pesquisa que buscou acessar a compreensão de atores penais a respeito do racismo, através da aplicação de questionário (SANTOS; NOGUTI; MATOS, 2014).

pelo direito. Assim a desqualificação da prova testemunhal e a “ausência da intenção de discriminar” são recursos comumente utilizados por juízes e desembargadores para justificar suas decisões, as quais acabam, na maioria das vezes, por não responsabilizar os réus na esfera criminal (MACHADO; LIMA; NERIS, 2016).

Adilson Moreira avança nesse ponto, até qualificar o argumento jurídico de “ausência de intenção” como uma manifestação do racismo em si. O autor sustenta que a distinção entre racismo e injúria racial realizada no campo penal ajuda a mascarar a hostilidade generalizada contra minorias raciais no Brasil, favorecendo a degradação moral da população negra,

“[...] o mecanismo psicológico da negação [do racismo] adquire aqui uma dimensão institucional: é preciso desconhecer a natureza racista de um ato ou fala para que o funcionamento do psiquismo coletivo permaneça inalterado. Por esse motivo, magistrados inocentam pessoas brancas, para impedir que a raça seja uma forma de mobilização política nesta sociedade” (MOREIRA, 2019, p. 144).

Para Moreira, outro aspecto que contribui para o baixo índice de responsabilização em crimes de racismo e injúria racial está relacionado à raça/cor de quem julga, considerando que na composição dos tribunais há uma maioria de pessoas brancas.

“[...] práticas discriminatórias contra minorias raciais que operam na forma de humor muitas vezes não são consideradas como crimes porque instituições públicas, como o Judiciário, ou instituições privadas, como empresas, são em grande parte controladas por pessoas brancas. Esses indivíduos partem do pressuposto de que raça não tem relevância social, de que o humor racista não expressa ofensa, de que os brasileiros são pessoas cordiais por natureza, premissas que ignoram a dimensão aversiva do racismo e também o fato que manifestações racistas reforçam valores culturais que motivam atos discriminatórios diretos e indiretos [...]” (MOREIRA, 2019, p. 155-156).

Já o segundo elemento indicado por Marta Machado et al., a falta de critérios para o reconhecimento do conflito racial, aparece também entre os resultados da pesquisa de Gislene Aparecida dos Santos et al., que aponta ainda para as dificuldades de interpretação da legislação antirracismo relacionadas a um certo “subjetivismo”, no qual residiria e persistia formas de hierarquias raciais (SANTOS; NOGUTI; MATOS, 2014, p. 72).

Portanto, a criação de uma legislação penal específica para tratar o racismo, acaba explicitando outras formas de manifestação deste nas práticas forenses, além de desencadear a necessidade de exame dos desafios para seu enfrentamento no âmbito jurídico. Do ponto de vista político, trata-se de entender como a ideologia da democracia racial opera neste aspecto específico e se materializa nas concepções doutrinárias e nos argumentos jurídicos registrados nos autos de processos criminais.

Do ponto de vista técnico, trata-se de compreender o contexto social que tornou a produção da legislação antirracismo uma demanda, os filtros raciais (ou racistas) que tornam

essa mesma legislação pouco eficaz, os entraves linguísticos que inviabilizam o reconhecimento de práticas sociais consideradas racistas por ativistas, movimentos negros, historiadores, continuando a ser ignoradas por juristas, magistrados e outros atores penais.

Logo, esses desafios, que constituem efetivamente limites à criminalização do racismo, não se reduzem à tradicional incapacidade do direito de apreender fenômenos sociais na sua integralidade. Há uma incapacidade estrutural da sociedade em lidar com o racismo. A tradução jurídica – e nas práticas jurídicas – desse fato constitui mais uma expressão de como a desigualdade racial corrói a democracia e as instituições do estado de direito (FERREIRA, 2019).

4.3. *A (in)visibilização da raça nos registros institucionais*

Outra questão importante, que podemos ilustrar através da leitura de estudos empíricos está relacionada à ausência do registro da cor/raça de réus e vítimas em processos criminais, seja qual for o delito sob julgamento. Nesta seção, nos dedicaremos a compreender quatro dimensões diferentes desse problema: (i) a “descoloração” na produção de estatísticas criminais; (ii) a indiferença como indício de suposta imparcialidade; (iii) a “hiperracialização” do processo criminal pela desracialização das informações; e (iv) as “mediações” da desigualdade.

O primeiro aspecto foi bem ilustrado em uma pesquisa que buscou compreender como a secretaria de segurança pública do estado da Bahia constrói as estatísticas criminais de homicídios. Entre os resultados, destacam-se a ausência de critérios técnicos para a identificação racial dos mortos, a ausência de formação específica para lidar com a questão racial, a preponderância e o uso indiscriminado da modalidade racial “parda” – que correspondia também a um *modus operandi* dos servidores quando não havia documentação do morto no local²². Todos esses achados indicam como as agências do sistema de justiça criminal, neste caso a polícia civil, podem se constituir em um vetor de produção de desigualdade racial mesmo quando atuam em atividade considerada subsidiária²³. Assim, a omissão da variável cor em 25% dos casos, e a aleatoriedade com a qual se atribuíam a modalidade racial “parda” em mais de 50% dos casos, produz uma imprecisão

22. A pesquisa descreve e analisa a produção de estatísticas de homicídios em Salvador, de 2011 a 2013, a qual compreende desde o momento em que um corpo é encontrado até sua posterior incorporação como dado estatístico, passando pela fase de registro inicial à comunicação oficial ao Secretário de Segurança Pública. Metodologicamente, utilizou entrevistas semiestruturadas, observação de locais e práticas e análise da legislação que estrutura a produção estatística (FERREIRA, 2017).

23. Vale lembrar que a principal função das polícias civis é de auxiliar o Poder Judiciário e apurar crimes civis, do ponto de vista constitucional – tal como determinado pelo art. 144 da constituição federal de 1988 –, embora a legislação específica (Lei 11.370/09, chamada de Lei Orgânica da Polícia Civil do estado da Bahia) estabeleça também como atribuição daquela instituição a produção de estatísticas criminais.

da informação referente às vítimas de homicídios na cidade estudada, cuja maioria da população é negra, daí o efeito de “descoloração” das estatísticas, diante das quais se torna mais difícil afirmar, com base nos dados produzidos pela polícia civil, que a vitimização de crimes violentos letais atinge um segmento racial específico.

O segundo aspecto, referente ao registro da cor/raça no sistema de justiça criminal, é a indiferença como indicício de suposta imparcialidade. Este é especialmente ressaltado pela pesquisa realizada por Saulo Mattos (2019)²⁴ que buscou entender os critérios utilizados por promotores de justiça, com atribuições nas varas de tóxicos de Salvador, para diferenciar o crime de tráfico de drogas do porte/posse para consumo próprio, tomando como referência a implementação da Lei 11.343/2006 naquela comarca. A categoria cor/raça não é mencionada em desfechos de procedimentos do Ministério Público. Assim, embora seja um dado registrado na produção documental das polícias civis, essa informação “não integra a qualificação feita pelo Ministério Público na elaboração de peças processuais penais, em especial a inicial acusatória” (MATTOS, 2019).

Entre os mais de quatrocentos procedimentos ministeriais analisados pelo autor, o vocábulo “negro” foi encontrado em apenas um caso, o que indicaria que a cor/raça seria um elemento pouco mencionado na tradição processual penal. Mattos então elabora uma hipótese segundo a qual a ausência de registros dessa categoria nos procedimentos ministeriais analisados estaria relacionada a uma “asepsia técnico-jurídica”. A remoção (ou não inserção) da informação sobre cor/raça nos procedimentos do sistema de justiça criminal acaba por garantir a falsa ideia de que o processo penal seria obediente ao princípio da igualdade, construindo-se assim “o discurso de que a ação penal não olha para a cor do indivíduo e que o atuar institucional se mostra racialmente indiferente” (MATTOS, 2019, p. 136).

Portanto, ainda que não haja uma intenção subjetiva por parte dos promotores que produziram aqueles desfechos, existe uma maneira de funcionar institucionalmente que produz indiretamente eliminação de uma informação que seria extremamente sensível para avaliar qualitativamente a atuação do Ministério Público, especialmente, no que diz respeito à incidência da desigualdade racial na referida instituição.

Quando se observa mais detidamente o fluxo processual de responsabilização criminal, o problema do desaparecimento da informação referente à cor/raça das pessoas envolvidas em situações-problemas apreendidas como crime se torna ainda mais dramático. Em pesquisa realizada entre os anos de 2017 e 2019, Ferreira (2019)²⁵ identifica

24. Saulo Mattos analisou 446 desfechos de manifestações de promotores por meio do Sistema Integrado de Informação do Ministério Público da Bahia. Como resultado, o autor identificou o padrão de acusação de tráfico de drogas que referencia a atividade processual de promotores da capital baiana, destacando tendências, contrastes e contradições (MATTOS, 2019).

25. Pesquisa que buscou compreender como o sistema de justiça trata as mortes oriundas de abordagens policiais. Metodologicamente, utilizou estudo de caso para acessar as respostas das esferas criminal, civil e administrativa, e conclui que, não obstante a existência de uma arquitetura jurídica e institucional destinada a organizar a responsabilização de policiais militares que matam

como esse fato se dá, desta vez, de maneira nitidamente gradual no tratamento judicial de abordagens policiais com resultado morte.

A autora aponta para o processo de desracialização da informação nos julgamentos de policiais que matam em serviço, o qual começa com a explicitação da identificação racial dos atores, na fase preliminar de investigação, e acaba em total silenciamento desta informação ao final do processo criminal.

“Neste sentido, as tentativas de demonstração de uma justiça isenta, transparente e igual para julgar brancos, negros, amarelos etc, através da ‘rigorosa’ caracterização física, na fase de investigação e, essencialmente no júri (com toques de estereotipização), dá lugar ao total silenciamento a respeito de quem são as vítimas em todos os demais atos processuais” (FERREIRA, 2019, p. 142).

A retirada de informação sensível sobre os atores envolvidos, no decorrer do processo criminal, impacta na característica do mesmo que, ao escamotear a informação referente a cor/raça se revela completamente racializado. A invisibilização ou ocultamento da identificação racial de réus e vítimas, produz um efeito na qualidade da informação sobre a performance do judiciário diante de pessoas negras (grupo racial vulnerável). Por isso, é plausível afirmar que essa derracialização produz desigualdade racial. Em outras palavras, a desracialização da informação contribui para a *hiperracialização do processo criminal*.

Embora a expressão *hiperracialização* possa produzir algum grau de estranhamento, ela remete não só à inclusão/exclusão do registro sobre a raça das pessoas nos autos dos processos, mas também, a um processo de diferenciação racial que se torna “gritante”, por exemplo, quando observamos o baixo número de juízes/as criminais negros/as (BRASIL, 2018; JUSTA, 2019), e os julgamentos que autorizam que pessoas negras na condição de réus estejam mais propensas a serem encarceradas (BRASIL, 2018).

Por fim, vale explicitar como se dão as “mediações da desigualdade”, ideia que será desenvolvida a seguir.

Ao final do fluxo processual de responsabilização criminal, encontra-se a fase de execução de sentença, a execução criminal, etapa que autoriza o cumprimento de pena anteriormente estabelecida, que pode ser, ou não, pena de prisão. Ao que interessa aos argumentos do presente texto, observam-se duas pesquisas que exploraram as narrativas de pessoas encarceradas como objeto de pesquisa.

cidadãos em serviço – normas infraconstitucionais que desenham condutas, procedimentos e sanções –, há uma série de mecanismos institucionais identificáveis que, não raro, inviabilizam a responsabilização dos agentes envolvidos em abordagens policiais com resultado morte. Dentre os resultados apontados sinalizou-se a existência de uma “lógica imunitária”, pela qual diversos mecanismos jurídicos são utilizados para a proteção da Polícia. (FERREIRA, 2018, 2019 e 2020).

A primeira delas analisou narrativas escritas e corresponde ao trabalho de Ana Flauzina e Thula Pires (2019), no âmbito de uma pesquisa coletiva que tratou mais de oito mil correspondências de pessoas encarceradas, endereçadas a instituições públicas. Amparadas em dados do INFOPEN de 2017 que indicavam que mais de 60% da população prisional brasileira é negra, e tendo em vista que a maioria das cartas não indicavam a identificação racial dos/as autores/as dessas, as autoras utilizam as narrativas para expor as denúncias de violações de direitos e requerimentos feitos por pessoas encarceradas.

“As narrativas sobreviventes aos processos internos de interdição e silenciamento, à limitação de papel e caneta, bem como à censura explícita por parte de agentes do Estado, enunciam as condições de possibilidade, tanto materiais quanto simbólicas, que sustentam uma sociedade hierarquizada e brutalmente desigual. Se o sistema de justiça criminal e a mídia punitivista tentam forjar uma imagem do criminoso como não humano, as cartas respondem com um rol gigantesco de violações de direitos, agressões, censuras e torturas por parte daqueles e daquelas que, em nome do Estado agem contrariamente a tudo o ele deveria representar” (FLAUZINA, 2019, p. 2125).

As pesquisadoras trabalharam para acessar o perfil da autoria das cartas e as denúncias de violações de direitos humanos, no tratamento de pessoas encarceradas.

A segunda pesquisa aqui considerada, utilizou narrativas orais para observar a incidência do controle penal, exercido através de instituições policial, prisional e judiciária na experiência de mulheres encarceradas na cidade de Salvador, mais especificamente, na Penitenciária Feminina, onde há o registro de que as mulheres jovens negras encarceradas constituem mais de 95% das mulheres presas (CAMPOS, 2017, p. 14).

A valorização da escuta pela pesquisadora Ana Carolina Campos permitiu uma aproximação às “falas a partir de questões apresentadas pelas mulheres, a partir de considerações feitas pelas mulheres sobre suas vidas antes da prisão, sobre o momento em que foram presas, sobre estar na prisão e sobre suas perspectivas de saída de lá” (CAMPOS, 2017, p. 31). A autora conclui, dentre outros pontos, que

“Ao falar sobre estar na prisão as mulheres retrataram uma boa relação com as agentes e com a administração penitenciárias, contudo, a demonstração de aparente gratidão pessoal perante o acesso a assistência médica, ou a prestação de informações sobre o processo judicial. Essa postura pode sugerir uma relação problemática, podendo indicar certa dificuldade em lidar com as garantias das presas, previstas em lei [...]” (CAMPOS, 2017, p. 31).

Não há dúvidas que o uso de narrativas como método de pesquisa viabiliza o acesso às experiências por pessoas que vivenciam na pele o processo penal, atravessando situações e contextos de extrema vulnerabilidade (FERREIRA; IGREJA, 2017), como aqueles explorados pelas pesquisadoras citadas. No caso da execução criminal, os resultados apontados anteriormente sinalizam o duplo papel dos agentes que, ao funcionarem como

intermediadores entre pessoas encarceradas e o gozo de direitos previstos em lei, funcionam também como mediadores da desigualdade racial, permitindo assim, sua reprodução e consequente aprofundamento. Reaparecem, nesse contexto, os elos políticos e as práticas que viabilizam o funcionamento das instituições na vida cotidiana. Entre as previsões normativas – a processuais e de execução criminal, que garantem os direitos dos presos e os deveres do Estado – e a pessoa encarcerada, existe um *gap* que nenhuma instituição jurídica é capaz de preencher.

Quem precisa sobreviver na prisão, depende das relações interpessoais. O *gap* é preenchido pelos agentes que, embora formalmente desautorizados, negociam direitos que são vistos como favores, estabelecendo, assim, novas bases de desigualdade no contexto prisional, que em geral, é de maioria negra.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há um desafio posto aos/as pesquisadores/as que se dedicam ao estudo do direito nesta geração, que pode ser traduzido pela indagação “como acessar as relações entre desigualdade racial e o funcionamento da justiça criminal?”. O presente artigo indicou respostas encontradas e alguns dos obstáculos a serem vencidos.

Ao oferecer um repertório teórico elaborado por meio de pesquisas empíricas em direito, o artigo apontou para desafios epistemológicos, metodológicos e políticos na produção de conhecimento sobre as relações entre desigualdade racial e sistema de justiça criminal, muitos dos quais são enfrentados pelo feminismo negro, em outras áreas. Entendendo que a apresentação de indicadores de desigualdades e o debate sobre os limites da legislação antirracismo não são suficientes para a compreensão da complexidade que cerca o problema, nos valem da ferramenta teórica da interseccionalidade para mergulhar em experiências de pesquisas brasileiras para apontar os obstáculos que se erguem quando uma pesquisa tem por objeto as lógicas, dinâmicas internas e jogos institucionais de atores jurídicos diante do racismo.

Restou evidente que, para pensar o método em pesquisas que tenham por foco o funcionamento do sistema de justiça criminal e as desigualdades raciais, é preciso pensar estratégias para vencer os efeitos do racismo, no campo teórico e no campo das práticas sociais. No primeiro, se encontram a multidimensionalidade do termo racismo e o trato de uma matriz teórica racista, que tem implicações nas produções acadêmicas passadas e atuais, bem como nos processos de invisibilização de trabalhos produzidos por intelectuais negras e negros.

No segundo, as constantes contradições e descompassos entre a negação do racismo, em função da difusão do mito da democracia racial, e a persistência de desigualdades raciais no âmbito da saúde, da educação, da segurança pública, impõe problemas práticos para realização de pesquisas. Como e com quais critérios é possível apreender as desigualdades raciais no cotidiano de instituições jurídicas, no campo criminal? Respondemos a

essa questão indicando algumas pistas, a nosso ver promissoras e úteis para quem se dedica à pesquisa sobre esta temática.

Primeiramente, o lugar de observação de pesquisadoras e pesquisadores nos deu ferramentas para acessar saberes e racializar os sujeitos que pesquisam, além de indicar como as desigualdades raciais se operacionalizam no cotidiano das instituições e impactam nas subjetividades, inclusive de pesquisadoras. O lugar de observação também se mostrou um instrumento importante para o mapeamento de novas estratégias de pesquisa e para a operacionalização da interseccionalidade no âmbito da pesquisa empírica em direito.

Posteriormente, um conjunto de pesquisas nos indicaram os problemas decorrentes da tradução jurídica do enfrentamento ao racismo, isto é, os limites técnicos e políticos da criminalização do racismo, e, por fim, apresentamos os impactos processuais da invisibilização da categoria raça/cor ao longo dos fluxos processuais de responsabilização criminal.

O olhar para as experiências, para os fluxos de responsabilização e para as barreiras postas para as práticas de pesquisa, propiciou um diagnóstico sobre as práticas institucionais que produzem desigualdade racial, os mecanismos que proporcionam um efeito de indiferença racial e que acabam funcionando como filtro racial e, paradoxalmente, um difusor da racialização através do princípio da imparcialidade. A falsa indiferença racial foi aprofundada observando-se a maneira gradual com a qual a informação relativa à raça oscila ou desaparece em processos criminais, identificada como “desracialização das informações”, que redundava em “hiperracialização” do processo criminal, revelando uma prática social consequente – e reafirmadora – do racismo.

Além desses resultados, que já sinalizam como as pesquisas empíricas contribuem para o questionamento da forma tradicional de fazer e pensar o direito, o artigo, através de uma abordagem voltada para a metodologia, permite a construção e a sustentação de uma perspectiva antirracista, pautada na disputa do ambiente acadêmico com as ferramentas que lhes são inerentes. Assim, a pesquisa empírica se torna ainda mais necessária e desafiante, pois, além de propor um trabalho reflexivo sobre o ato de pesquisar, tem potencial para refinar e atualizar a literatura, sem ignorar as especificidades do âmbito jurídico e, ao mesmo tempo, explicitar os limites técnicos do enfrentamento do racismo pela via do Direito Penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADORNO, Sérgio. Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo. *Novos estudos CEBRAP*, 1995.
- AKOTIRENE, Carla. *Interseccionalidade*. São Paulo: Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

- ALBERTI, Verena; PEREIRA, Amilcar Araujo. *Movimento negro e “democracia social” no Brasil: entrevistas com lideranças do movimento negro*. Rio de Janeiro: CPDOC, 2005.
- ALCOFF, Linda Martin. Towards a phenomenology of racial embodiment. *Radical philosophy*, n. 95, p. 15-26, may-june, 1999.
- ALCOFF, Linda Martin. Uma epistemologia para a próxima revolução. *Sociedade e Estado*, 2016.
- AMBRA, Pedro. O lugar e a fala: a psicanálise contra o racismo em Lélia Gonzalez. *SIG Revista de Psicanálise*, Porto Alegre, ano 8, n. 1, jan.-jun. 2019.
- ARAÚJO, Maurício Azevedo de. Do combate ao racismo à afirmação da alteridade negra: as religiões de matriz africana e a luta por reconhecimento jurídico – repensando a tolerância e a liberdade religiosa em uma sociedade multicultural. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- BARSTED, Leila Linhares; HERMANN, Jacqueline. Mulheres negras e indígenas: a lei e a realidade. In: BARSTED, Leila Linhares et al. *As mulheres e a legislação sobre o racismo*, 2001, n. 4, p. 43-92. Série Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero.
- BERTULIO, Dora Lucia de Lima. Direito e relações raciais: uma introdução crítica ao racismo. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.
- BOCCATO, Vera Regina. Metodologia da pesquisa bibliográfica na área odontológica e o artigo científico como forma de comunicação. *Revista Odontologia*. Univ. Cidade São Paulo, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 265-274, 2006.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário: VIDE Vetores Iniciais e Dados Estatísticos*. Brasília: CNJ, 2014.
- BREWER, Rose M.; HEITZEG, Nancy A. The racialization of crime and punishment: Criminal justice, color-blind racism, and the political economy of the prison industrial complex. *American Behavioral Scientist*, n. 51, v. 5, 2008.
- CAMPOS, Ana Carolina Santos. “Eu falando, quem vai acreditar?” Observações a partir da perspectiva de mulheres presas. *Relatório do Programa de Iniciação Científica FGV DIREITO SP*. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2017.
- CAMPOS, Luiz Augusto. Racismo em três dimensões: uma abordagem realista-crítica. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2017.
- CARDOSO, Cláudia Pons. Amefricanizando o feminismo: o pensamento de Lélia Gonzalez. *Revista Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, 2014.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. A construção do outro como não-ser como fundamento do ser. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- CARNEIRO, Aparecida Sueli. Enegrecer o feminismo: a situação da mulher negra na América Latina a partir de uma perspectiva de gênero. In: ASHOKA

- EMPREENDIMENTOS SOCIAIS; TAKANO CIDADANIA (Orgs.). *Racismos contemporâneos*. Rio de Janeiro: Takano Editora, 2003.
- CAPPI, Riccardo. Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993-2010). *Revista de estudos empíricos em Direito*, v. 1, n. 1, p. 10-27, jan. 2014.
- CAPPI, Riccardo. Onde mora o “perigo”: a possível contribuição da Escola de Louvain para (mais) uma criminologia crítica. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, 2014.
- CAPPI, Riccardo. Mediação e prevenção da violência. In: JUSPOPULI ESCRITÓRIO DE DIREITOS HUMANOS. *Mediação Popular: uma alternativa para a construção da justiça*. Salvador: [sn], 2009, p. 59-106.
- CAPPI, Riccardo. *Motifs du contrôle et figures du danger: à la lumière du débat brésilien sur l'âge de la majorité pénale*. Bruxelas: Larcier, 2015.
- CAPPI, Riccardo. “A teorização fundada nos dados”: um método possível para a pesquisa empírica em direito. In: MACHADO, Maira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o Direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- COLLINS, Patricia Hill. Aprendendo com a *outsider within*: a significação sociológica do pensamento feminista negro. *Revista Sociedade e Estado*, v. 31, n. 1, jan.-abril, 2016. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69922016000100006].
- COLLINS, Patricia Hill. *Black feminist thought: Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*. Londres: Routledge, 2002.
- COLLINS, Patricia Hill. O que é um nome? Mulherismo, feminismo negro e além disso. Trad. Angela Figueiredo e Jesse Ferrell. *Cadernos Pagu*, n. 51, 2017.
- CORRÊA, Sonia Onufer; MUNTARBHORN, Vitit. (Orgs.). *Princípios de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Disponível em: [www.clam.org.br/pdf/principios_de_yogyakarta.pdf]. Acesso em: 04.06.2020.
- CRENSHAW, Kimberlé et al. *Critical Race Theory: The Key Writings that formed the Movement*. New York: The New Press, 1995.
- CRENSHAW, Kimberlé. A interseccionalidade na discriminação de raça e gênero. VV. AA. *Cruzamento: raça e gênero*. Brasília: Unifem, 2004.
- CRESWELL, John W. *Projeto de pesquisa métodos qualitativo, quantitativo e misto: Projeto de pesquisa métodos qualitativo, quantitativo e misto*. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo*. Curitiba: Juruá, 1998.
- DUARTE, Evandro Charles Piza. Paradigmas em criminologia e relações raciais. *Cadernos do CEAS: Revista crítica de humanidades*, 2016.

- FERREIRA, Gianmarco Loures; IGREJA, Rebecca Lemos. Narrativas como metodologia crítica para o estudo das relações raciais no Direito. *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*, 2017, v. 3, n. 1, p. 62-79.
- FERREIRA, Ivanilda Pereira. “O judiciário não está aqui para resolver tudo”: a audiência de custódia nas práticas e nas ideias dos magistrados. Monografia – Faculdade de Direito, Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, 2018.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Uma Leitura da produção de estatísticas de homicídios em Salvador. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 1, p. 94-113, fev. 2017.
- FERREIRA, Poliana da Silva. *A imunização dos agentes de segurança Pública em casos de “autos de resistência”*. Exposição oral. In: SESSÃO ESPECIAL DO FILME AUTO DE RESISTÊNCIA, CINE DEBATE. Saladearte Cinema da Ufba. Salvador: PDRR, 2018.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Como abrir a caixa de pandora? estratégias metodológicas para o estudo da polícia que mata. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 6, n. 1, p. 21-43, mai. 2019.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Direitos fundamentais e letalidade policial: sentidos opostos numa mesma trilha. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES*, 2019.
- FERREIRA, Poliana da Silva. *A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Entre os quatro poderes: quadros normativos, conflitos institucionais e outros obstáculos à responsabilização da polícia que mata. In: MACHADO, Maira Rocha. *Justiça criminal entre poderes*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.
- FLAUZINA, Ana; PIRES, Thula. Cartas do Cárcere: horizontes de resistência política. *Revista Direito e Práxis*, 2019.
- FRANÇA, Vera Regina Veiga. Convivência urbana, lugar de fala e construção do sujeito. *Intexto*, v. 7, p. 47-57, 2001.
- GARCIA, Margarida. Novos horizontes epistemológicos para a pesquisa empírica em direito: “Descentrar” o Sujeito, “Entrevistar” o Sistema e Dessubstancializar as Categorias Jurídicas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, n. 1, v. 1, p. 182-209, 2014.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; BACHUR, João Paulo. O direito na sociologia de Niklas Luhmann. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Coords.). *Manual de sociologia jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2013.
- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Raça e os estudos de relações raciais no Brasil. *Novos Estudos CEBRAP*, 1999, n. 54, p. 147-156.

- GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. Depois da democracia racial. *Tempo social*, 2006, n. 18, v. 2, p. 269-287.
- HANCOCK, Ange-Marie. When multiplication doesn't equal quick addition: Examining intersectionality as a research paradigm. *Perspectives on politics*, n. 5, v. 1, 65, 2007.
- HENNING, Carlos Eduardo. Interseccionalidade e pensamento feminista: as contribuições históricas e os debates contemporâneos acerca do entrelaçamento de marcadores sociais da diferença. *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, n. 20, v. 2, p. 97-128, 2015.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. *Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica*, n. 41, Brasília, 2019.
- LIMA, Márcia. "Raça" e pobreza em contextos metropolitanos. *Tempo social*, 2012.
- LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 17. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1999.
- JONES, Camara Phyllis. Confronting institutionalized racism. *Phylon* (1960-), v. 50, n. 1/2, p. 7-22, Clark Atlanta University, 2002.
- JUSTA. *Desigualdades na Magistratura*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2019, Disponível em: [http://justa.org.br/dados/#/]. Acesso em: 12.2019.
- KAMINSKI, Dan. Qual metodologia para uma criminologia crítica? *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 3, p. 162-173, out. 2017.
- MACHADO, Maíra Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maíra Rocha. *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- MACHADO, Marta Rodriguez; LIMA, Márcia; NERIS, Natália. Racismo e insulto racial na sociedade brasileira. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 35, n. 3, p. 11-28.
- MATTOS, Saulo Murilo de Oliveira. *Ministério Público, Persecução Penal e Tráfico de Drogas: Achados Empíricos*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- MONTEIRO, Fabiano. Discursos raciais e leis antirracismo no Brasil: retornando à questão da ambiguidade. *Campos – Revista de Antropologia*, [s.l.], v. 12, n. 2, dez. 2011.
- MEDEIROS, Flávia et al. Adversidades e lugares de fala na produção do conhecimento etnográfico com policiais civis no Rio de Janeiro. *Cadernos de campo (USP)*, v. 26, p. 327-347, 2018.
- MELLO, Patricia Perrone Campos. 'A Vida Como Ela É': comportamento estratégico nas cortes. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 713, 2018.
- MENEZES, Anderson de Oliveira. O suor e o sangue que regam a Fazenda Pública: ensaio sobre necropolítica e a carga tributária brasileira. In: FREITAS,

- Régia Mabel. *Direito Negrorreferenciado: diálogos azeviches e outros fundamentos*. Salvador: Editora Mente Aberta, 2021.
- MOREIRA, Adilson. *Racismo recreativo*. São Paulo: Pólen Produção Editorial, 2019.
- NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro processo de um racismo mascarado: processo de um racismo mascarado*. Paz e Terra, 1978.
- PINHEIRO, Luciano. “A gente formiga e eles elefantes”: o direito nas narrativas de familiares de vítimas da letalidade policial em Feira de Santana-BA. *Relatório do Programa de Iniciação Científica da FGV DIREITO SP*. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2019.
- PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, Jean et al. *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Petrópolis: Editora Vozes, 2010.
- PISCITELLI, Adriana. Interseccionalidades, categorias de articulação e experiências de migrantes brasileiras. *Sociedade e Cultura*. 2008.
- PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. *Preconceito racial e igualdade jurídica no Brasil*. 1980. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1980.
- RIBEIRO, Djamilia. *O que é lugar de fala?* Belo Horizonte: Letramento, 2017.
- NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro processo de um racismo mascarado: processo de um racismo mascarado*. São Paulo: Paz e Terra, 1978.
- SALES JÚNIOR, Ronaldo Laurentino. *Raça e justiça: O mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça*. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade Federal de Pernambuco, UFPE, Recife, 2006.
- SALLOUM, Phillipe Cupertino; LIMA FILHO, Marcos José de Oliveira. Calons: redefinindo as fronteiras dos direitos humanos e do sistema de justiça penal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 514-529, 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela Mão de Alice*. São Paulo: Cortez Editora, 1995.
- SANTOS, Gislene Aparecida dos; NOGUTI, Helton Hissao; MATOS, Camila T. M. B. Racismo ou não? a percepção de estudiosos do direito sobre casos com conteúdos racistas. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. São Paulo, v. 1, n. 2, p. 59-73, 2014.
- SANTOS, Jorge Lincoln Regis dos. “Olhos que condenam”: estudo sobre atuações e discursos dos atores estatais nas audiências de custódia em Salvador. Faculdade de Direito (Monografia) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2019.
- SANTOS, Sônia Beatriz. Feminismo negro diaspórico. *Revista Gênero*, n. 8, v. 1, 2007.
- VARGAS, João H. Costa. Desidentificação: A lógica de exclusão antinegra do Brasil. In: PINHO, Osmundo Araújo; VARGAS, João Helion Costa

- (Eds.). *Antinegitude: o impossível sujeito negro na formação social brasileira*. Cruz das Almas: Editora UFRB, 2016.
- VARGAS, João Costa. A diáspora negra como genocídio: Brasil, Estados Unidos ou uma geografia supranacional da morte e suas alternativas. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as (ABPN)*, v. 1, n. 2, p. 31-66, 2010.
- VARGAS, João Costa. Racismo não dá conta: antinegitude, a dinâmica ontológica e social definidora da modernidade. *Revista Em Pauta: teoria social e realidade contemporânea*, n. 18, v. 45, 2020.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. A Constituição de 1988 e a evolução dos direitos da população LGBTI+. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, v. 6, n. 01, p. 247-247, 2019.
- ZUBERI, Tukufu; BONILLA-SILVA, Eduardo. *White logic, white methods: Racism and methodology*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, 2008.
- ZUBERI, Tukufu. Teoria crítica da raça e da sociedade nos Estados Unidos. *CADERNOS DO CEAS: Revista crítica de humanidades*, n. 238, 2016.

LEGISLAÇÃO

- BAHIA. Lei 11.370, de 04 de fevereiro de 2009. Lei Orgânica da Polícia Civil do Estado da Bahia, e dá outras providências. *Diário Oficial do Estado da Bahia*, 04 de fevereiro de 2009.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Perfil sociodemográfico dos magistrados brasileiros*. Brasília: CNJ, 2018.
- BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias: *Infopen mulheres*. Brasília, 2018.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Brasília, 5 de outubro de 1988.
- BRASIL. Lei 1.390, de 3 de julho de 1951. Inclui entre as contravenções penais a prática de atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*, de 10 de julho 1951.
- BRASIL. Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União* de 6 de janeiro de 1989, retificada em 9 de janeiro de 1989.
- BRASIL. Lei 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, de 8 de abril de 1997.
- BRASIL. Lei 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou

de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. *Diário Oficial da União* 14 de maio de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo STF n. 944*, Brasília, 10 a 14 de junho de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coordenação de Análise de Jurisprudência. *Ementário 2144: Habeas Corpus n. 82.424*. Diário de Justiça 19.03.2004. Tribunal Pleno 17.09.2003. Brasília, p. 524-1011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 686.965-DF 2015/0082290-3, Rel. Min. Ericson Maranhão (desembargador convocado do TJ/SP), DJ 18.06.2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Criminalização de uma cor: sistema punitivo como ferramenta de subjugação do indivíduo negro, de Sara Luz – *RBCCrim* 128/233-270 (DTR\2017\210);
- Juventude segregada: racismo institucional e a identificação do adolescente suspeito a partir da atuação da polícia na cidade do Recife, de Maurilo Miranda Sobral Neto e Érica Babini L. do Amaral Machado – *RBCCrim* 135/447-486 (DTR\2017\5643);
- O estado de suspeição racial permanente e o sucesso das prisões negras, de Fernando Nascimento dos Santos – *RT* 1001/259-289 (DTR\2019\23862); e
- O racismo do sistema penal na perspectiva da psicologia experimental – Diálogos possíveis com a criminologia, de Marina Lacerda e Silva e Ricardo de Lins e Horta – *RBCCrim* 135/417-445 (DTR\2017\5638).

A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA CASOS ENVOLVENDO OFENSORES COM DOENÇA MENTAL

THE APPLICABILITY OF RESTORATIVE JUSTICE FOR CASES INVOLVING OFFENDERS WITH MENTAL ILLNESS

RUBENS PACHECO

Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe.
Servidor do Tribunal de Justiça de Sergipe.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6911426796998304>].
ORCID: 0000-0003-3021-2605
rubenslbarros@gmail.com

Recebido em: 09.11.2020

Aprovado em: 12.02.2021

Última versão do autor: 16.03.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisa cujo objetivo consistiu em investigar a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa para casos envolvendo ofensores portadores de doenças mentais. O problema de pesquisa diz respeito à suposta impossibilidade de ingresso de ofensores doentes mentais em práticas que se valham de metodologias restaurativas (baseadas no diálogo e no entendimento mútuo), considerando sua incapacidade de comunicação e compreensão da realidade. Considerando os princípios e valores restaurativos, levantou-se a hipótese da possibilidade de adoção daquelas metodologias, contanto que, de alguma forma, fosse garantida a viabilidade de interação significativa entre os participantes. Para solucionar o problema, adotou-se o método de pesquisa teórica e a técnica de revisão bibliográfica. Como fontes de pesquisa, foram utilizados livros, artigos científicos, teses, legislação e jurisprudência estrangeira,

ABSTRACT: This paper is the result of research that aimed to verify the possibility of applying Restorative Justice for cases involving offenders with mental illness. The research problem concerns the supposed impossibility of mentally ill offenders to enter practices that use restorative methodologies (based on dialogue and mutual understanding), considering their disability to communicate and understand reality. Considering restorative principles and values, the possibility of adopting those methodologies was raised, provided that, in some way, the viability of meaningful interaction between participants was guaranteed. To solve the problem, the theoretical research method and the literature review technique were adopted. As research sources, books, scientific papers, theses, legislation and foreign jurisprudence were used, given the absence of works on the subject in Portuguese. As a result, the existence of Mental Health Courts in

dada a ausência de obras sobre o tema em língua portuguesa. Como resultado, constatou-se a existência dos *MENTAL HEALTH COURTS*, nos Estados Unidos: foros especializados que conjugam intervenção estatal, participação comunitária e, em alguns casos, abordagens restaurativas. Ao fim, concluiu-se pela possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa em alguns casos em que ofensores apresentam doenças mentais, quando asseguradas a estabilidade do participante e a segurança do procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa – Metodologia restaurativa – Inimputabilidade – Doença mental – Mental Health Court.

the United States is verified: specialized courts that combine state intervention, community participation and, in some cases, restorative approaches. In the end, it was concluded that the possibility of applying Restorative Justice in some cases in which offenders present mental illnesses, provided that the participant's stability and the safety of the procedure are ensured.

KEYWORDS: Restorative Justice – Restorative methodology – Inimputability – Mental illness – Mental Health Court.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que é justiça restaurativa. 3. A experiência dos juízos de saúde mental nos Estados Unidos. 4. Justiça restaurativa integrada aos juízos de saúde mental. 5. O problema da comunicação nas metodologias restaurativas envolvendo ofensores com doenças mentais. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Justiça Restaurativa integra um paradigma de justiça calcado na transformação pacífica dos conflitos, distinto daquilo que se pode chamar de modelo convencional de justiça penal. Sua veia abolicionista (ACHUTTI, 2016) se faz perceber pela crítica – por vezes radical – presente em seu *corpus* doutrinário e constituído a partir da segunda metade dos anos 70, dirigida contra o utilitarismo punitivo, à racionalidade penal moderna (PIRES, 2004) e ao aparelho de justiça retributiva.

Questiona-se, portanto, pela lente restaurativa, uma série de pressuposições inerentes ao universo da dogmática penal, que se estende por um amplo espectro de ideias-chaves: do conceito abstrato de crime – tal como violação do ordenamento jurídico – à especialização burocrática da justiça; da necessidade irretorquível de neutralidade da atividade decisória à utilidade da aplicação da pena como solução *standard* ao comportamento desviante (CHRISTIE, 1977; CELIS e HULSMAN, 1993).

Como consequência, recusa, a Justiça Restaurativa, a admitir, seja como função oculta, seja como subproduto indesejado de uma função declarada, a continuidade dos processos de criminalização e estigmatização que correm em paralelo ao exercício do *jus puniendi*. Por essa lente, denuncia-se a irracionalidade, a seletividade, a desumanidade e a perversão com que atuam as agências de controle formal, ao tempo em que se busca

evidenciar e considerar a complexidade subjacente ao conflito, comumente negligenciada pela dogmática judiciária (FERRAZ JÚNIOR, 2015).

No mesmo contexto de crítica às formas convencionais de tratamento de fenômenos sociais complexos (como é o crime), também se insere o movimento antimanicomialista no Brasil, cujo influxo sobre o ordenamento jurídico resultou há quase dez anos na promulgação da Lei 10.216 de 2001. Desde então, se encontram disponíveis no sistema jurídico brasileiro, normas que dispõem sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, fruto da pressão de movimento que, por seu turno, denunciou os efeitos perversos da internação¹.

De uma perspectiva conceitual, pode-se deduzir, portanto, a existência de uma área de superposição entre os campos de atuação da Justiça Restaurativa e da luta antimanicomial, uma vez que se aproximam claramente pela natureza de suas demandas. Ambas buscam a adoção de abordagens mais condizentes com a lógica dos Direitos Humanos em contextos de estigmatização e desrespeito e, por isso, entre a Justiça Restaurativa e a luta por direitos dos doentes mentais se interpõe um verdadeiro elo epistemológico.

Contudo, ainda que se possa identificar tal superfície de contato e superposição, a convivência harmônica entre ambos parece mesmo se limitar ao contexto e à natureza das reivindicações, uma vez que se mostraria inviável a aplicação da Justiça Restaurativa a casos envolvendo pessoas portadoras de doenças mentais. Isso porque as metodologias restaurativas invariavelmente pressupõem o diálogo e a compreensão de questões profundas, duas faculdades das quais os doentes mentais não gozariam. Em poucas palavras, não haveria possibilidade de a Justiça Restaurativa estender seus efeitos antiestigma a pessoas acometidas por doenças mentais, que lutam justamente contra processos estigmatizantes.

Tomando essas conexões e desconexões como premissas, o presente artigo visa aferir se de fato a Justiça Restaurativa pode ou não ser aplicada, hipoteticamente, em casos envolvendo ofensores portadores de doenças mentais. Considerando os valores e princípios restaurativos, levantou-se a hipótese, a se verificar, da possibilidade dessa aplicabilidade, uma vez garantidas algumas condições, como por exemplo a viabilidade de comunicação significativa entre os participantes. Some-se a isso o fato de que portadores de distúrbios mentais, uma vez acusados de cometer infrações penais, poderiam necessitar duplamente de abordagens do tipo restaurativo, já que acumulariam dupla vulnerabilidade (o estigma da loucura e o estigma do crime).

1. A propósito, de acordo com o texto de Justificação do Projeto de Lei 3.657 de 1989, transformado mais tarde na Lei 10.216/2001, temos que “o hospital psiquiátrico especializado já demonstrou ser recurso inadequado para o atendimento de pacientes com distúrbios mentais. Seu componente gerador de doença mostrou ser superior aos benefícios que possa trazer. Em todo o mundo, a desospitalização é um processo irreversível, que vem demonstrando ser o manicômio plenamente substituível por serviços alternativos mais humanos, menos estigmatizantes, menos violentos, mais terapêuticos”. Disponível em [<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29SET1989.pdf#page=30>]. Acesso em: 28.04.2020.

Para atingir esse objetivo, adotou-se o método de pesquisa teórica. Na ausência de fontes bibliográficas na língua portuguesa, foram consultadas fontes estrangeiras, dos Estados Unidos, sobretudo, como livros, artigos científicos, teses de mestrado, manuais de procedimentos, sites na internet de instituições governamentais e não governamentais, assim como leis e jurisprudência.

Na primeira parte desse estudo definimos o conceito de Justiça Restaurativa. Na segunda e terceira seções expomos o funcionamento dos Juízos de Saúde Mental nos Estados Unidos e demonstramos de que maneira a Justiça Restaurativa tem sido integrada a eles. Na última parte, discutimos, a partir das fontes consultadas, se há em tese, como compatibilizar Justiça Restaurativa e doença mental, e nos esforçamos para determinar de que maneira isso poderia acontecer no Brasil.

2. O QUE É JUSTIÇA RESTAURATIVA

Justiça Restaurativa, no âmbito do Direito e da Criminologia, pode ser definida como um modelo de justiça cujo fundamento é a transformação pacífica dos conflitos definidos pela lei como crime, através do tratamento de suas questões profundas, e que tem por finalidades específicas a reparação holística dos danos sofridos pela vítima e a atribuição de responsabilidade ativa ao ofensor (SANTOS, 2014, p. 359).

Embora não haja um consenso sobre o conceito, Kathleen Daly (2013) enxerga pontos em comum entre as muitas definições² existentes. Para a autora, Justiça Restaurativa é um processo em que a vítima e um ofensor confesso participam ativamente e os encargos pelas consequências do crime são compartilhados, inclusive entre os apoiadores dos envolvidos e a sociedade ampla. Segundo Daly (2013), a Justiça restaurativa é um tipo de justiça informal, calcado no diálogo e no engajamento dos protagonistas no delito, e se destina à reparação do dano e ao conserto das relações sociais debilitadas pelo crime (DALY, 2013, p. 357).

Daniel Achutti, no Brasil, combinando elementos de vários autores estrangeiros, apresenta sua definição:

“Desde a percepção do crime como um dano causado a uma pessoa, e não como uma mera violação à lei (cf. Zehr. 2008, p. 174), Shapland et al (2006, p. 507) estão de acordo com Strang (2002) e Hoyle (2010), ao mencionar que o aspecto fundamental da justiça restaurativa está no fato de as partes considerarem e decidirem, elas mesmas, o que deverá acontecer. Conforme Alison Morris (2002, p. 599), ‘vítimas, ofensores e ‘comunidades de cuidado’ se juntam e, com a ajuda de um facilitador, buscam resolver

2. O conceito de Justiça Restaurativa não é unívoco, havendo quem a defina tomando por base: a) o processo através do qual se desenvolve; b) os resultados que lhe são permitidos alcançar, ou c) ambos os critérios conjuntamente (JACCOUD, 2005; SANTOS, 2014).

PACHECO, Rubens. A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 195-228. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

como lidar com a ofensa, com as suas consequências e as suas implicações para o futuro” (ACHUTTI, 2016, p. 61)

Daniela Costa e Elísio Machado Júnior (2018) destacam o contraponto criado pela Justiça Restaurativa em face do modelo clássico de Justiça Retributiva, na medida em que aquela rompe com a “racionalidade penal moderna”, ou seja, com uma “racionalidade hierárquica do poder punitivo”, horizontalizando, assim, “a relação como meio para que a vítima seja acolhida e o ofensor adequadamente responsabilizado e conscientizado acerca dos danos provocados pelo seu comportamento” (COSTA; MACHADO JÚNIOR, 2018, p. 85).

Para os autores, a Justiça Restaurativa pressupõe uma nova forma de enxergar o crime e a justiça: o crime passa a ser concebido pela lente restaurativa como uma violação de relacionamentos e de pessoas, enquanto que a justiça passa a focalizar a reparação e a cura das vítimas, como também dos agressores (sem deixar de responsabilizá-los) (COSTA; MACHADO JÚNIOR, 2018, p. 85-86).

Justiça Restaurativa é também um paradigma de justiça não-adversarial, que rejeita a imposição de sofrimento (pena) como resposta adequada ao conflito. É um paradigma calcado nos valores da interconexão, da diversidade e do respeito, que restitui aos envolvidos o poder e a responsabilidade de decidir sobre o que fazer com as consequências do crime. A partir dessa visão, a Justiça Restaurativa apresenta como princípios: a) o foco na satisfação das necessidades das vítimas e b) na correção dos males, c) o tratamento das obrigações e d) a adoção de processos inclusivos que e) engajem todos os legitimamente envolvidos (inclusive membros da comunidade) (ZEHR, 2012).

Tem-se sustentado que, embora o pensamento e as teorias sobre a Justiça Restaurativa tenham nascidos somente no final dos anos 70 do século XX, sua prática e matriz cultural são tão antigas quanto a história da humanidade (ZEHR, 2012, p. 22)³. Sustenta-se que a forma com que a Justiça Restaurativa se apresenta hoje se deve muito ao resgate e atualização de fórmulas ancestrais, sobretudo àquelas dos primeiros povos do Canadá e dos EUA (JACCOUD, 2005, p. 163-165)⁴.

Atualmente, práticas restaurativas têm se replicado por grande parte do globo, em muitos casos em grau avançado de aplicação e regulamentação formal, como na Nova Zelândia, África do Sul, Austrália, México, Argentina, Chile e Colômbia (DE VITTO; PINTO; SLAKMON, 2005, p. 13).

A partir das experiências verificadas sobretudo nos Estados Unidos e Canadá da segunda metade dos anos 70, estudos como os de Albert Eglash (1977), Randy Barnett

3. Kathleen Daly, no artigo “Restorative Justice: the real story”, controverte essa ideia, reputando à origem ancestral da Justiça Restaurativa uma natureza mitológica (DALY, 2002).

4. Vestígios de práticas restaurativas podem ser identificadas em códigos normativos antes mesmo da primeira era cristã (códigos de Hamurabi (1700 a.C.), Lipit-Ishtar (1875 a.C.), sumeriano (2050 a.C.) e Eshunna (1700 a.C.), assim como entre os costumes de povos da África, Nova Zelândia, Áustria, América do Norte e do Sul (ZEHR, 2008; JACCOUD, 2005, p. 164).

(1977) e Howard Zehr (1985) vieram fazer com que o pensamento e as teorias sobre Justiça Restaurativa tomassem corpo. Somente nos anos 90, aparece a Justiça Restaurativa como um conjunto de respostas mais ou menos coerentes às limitações da Justiça Penal Retributiva⁵ quanto à satisfação das necessidades dos envolvidos no delito.

Atualmente uma plêiade de autores tem se debruçado sobre o tema, produzindo um vasto arsenal de informações. John Braithwaite (1989, 2002) se destaca nesse cenário com uma produção intelectual incomum, centrada, sobretudo nas teorias da “vergonha reintegrativa” (*reintegrative shaming*) e da “regulação reativa” (*responsive regulation*).

Do ponto de vista de sua prática contemporânea, ou seja, de sua metodologia, três modelos distintos têm predominado no campo da Justiça Restaurativa em todo o globo: os encontros vítima-ofensor, as conferências de família e os círculos restaurativos⁶.

Todos os formatos envolvem basicamente o encontro entre vítima e ofensor, podendo haver, não raro, a presença de terceiros (como membros da família e eventualmente pessoas da comunidade ou do meio jurídico), acompanhados por um ou por mais de um facilitador capacitado, e com o intuito de, a partir do diálogo estruturado e veiculado em um ambiente seguro, proporcionar a reparação holística dos danos causados à vítima e a responsabilização ativa do ofensor⁷.

No Brasil, se tem compreendido que a Justiça Restaurativa encontra amparo na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV, como expressão do direito ao acesso à justiça. Ainda não há lei federal que regule o tema, existindo apenas projeto de lei com esse objetivo (PL 7006/2006)⁸.

Em escala nacional, apenas resoluções têm disposto sobre o assunto, a exemplo das Resoluções 225/2016⁹, 288/2019 e 300/2019 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). De qualquer sorte, o Brasil tem contado com o funcionamento de projetos de Justiça Restaurativa

5. Sobre o que se denomina exatamente de Justiça Retributiva, ver “Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão” (PACHECO, 2019).
6. Daniel Achutti ainda dá conta de outras modalidades de prática restaurativa como os serviços de apoio à vítima, os comitês de paz, os conselhos de cidadania e o serviço comunitário (ACHUTTI, 2016, p. 80-83). A professora Karyna Sposato ainda faz menção a respeito de práticas restaurativas especificamente aplicáveis à Justiça Juvenil Restaurativa, como os modelos de mediação e conciliação, as conferências de justiça restaurativa, os círculos de resolução de conflitos e de prolação de sentença e os círculos de paz de modelo *Zwelethemba* (SPOSATO, 2018, p. 131-132).
7. As características, a aplicabilidade e as diferenças entre as metodologias restaurativas estão abundantemente documentadas, inclusive em língua portuguesa, motivo pelo qual reportamos o leitor às obras de Pallamolla (2009), Achutti (2016), Boyes-Watson e Pranis (2011) e Zehr (2012), entre outras.
8. O projeto visa alterar a Lei dos Juizados Especiais (9.099/95), o Código Penal e o Código de Processo Penal, inserindo no ordenamento o Processo Restaurativo como meio de tratamento das infrações penais (crimes e contravenções).
9. Essa resolução do CNJ basicamente espelha o disposto na Resolução 2002/2012 da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Justiça Restaurativa.

desde o ano de 2005¹⁰, havendo, nos dias atuais, diversos núcleos espalhados pelo país¹¹. Atualmente há um esforço por parte dos Tribunais de Justiça dos Estados e dos Tribunais Regionais Federais, orquestrados pelo mesmo CNJ, no sentido de criar, expandir e consolidar núcleos de Justiça Restaurativa nas sedes de suas competências¹².

Não há atualmente, no Brasil, a existência de norma que limite a aplicação de metodologias restaurativas no âmbito do processo penal, com base na gravidade do crime cometido. Em tese, seja qual for o patamar da pena cominada em abstrato ou a natureza do delito (violento ou não, por exemplo), havendo o consentimento da vítima e do ofensor, poderá haver, em fases específicas do processo, mesmo antes ou depois dele (na fase policial, preliminar ou na fase da execução penal ou depois dela) o encaminhamento do caso à Justiça Restaurativa. O que se diferencia, tomando por base a natureza do crime e da pena, é a existência ou não de efeitos jurídicos ou o tipo de efeito jurídico decorrente do cumprimento do acordo restaurativo¹³.

A tradição jurídica de cada ordenamento tem impacto direto na articulação entre Justiça Restaurativa e justiça convencional. No caso de países de tradição jurídica da *civil law* (como é o caso do Brasil) o princípio da obrigatoriedade da ação penal, no caso dos crimes de ação pública incondicionada, em tese, impede que os órgãos de fiscalização (como o Ministério Público) discricionariamente desviem o caso para a Justiça Restaurativa. Em países de tradição da *common law* (a exemplo dos Estados Unidos), nos quais vige o princípio da discricionariedade da ação, os órgãos fiscalizatórios podem decidir se instauram ou não o procedimento criminal, “conforme critérios de interesse público” (PALLAMOLLA, 2009, p. 102-103)¹⁴.

10. Há vasta bibliografia sobre os projetos pilotos de Justiça Restaurativa estabelecidos nas cidades de Brasília, Porto Alegre e São Caetano do Sul. Portanto, remetemos o leitor à obra de Achutti (2015), para mais detalhes.
11. Para mais informações sobre o cenário atual da Justiça Restaurativa no Brasil, ver o Relatório Analítico Propositivo “Pilotando a Justiça Restaurativa no Brasil”, fruto de pesquisa coordenada pela Prof. Doutora Vera Regina Pereira de Andrade. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf]. Acesso em: 22.04.2020.
12. Essa é uma das metas estabelecidas na Resolução 300 do CNJ, disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/files/original143216202001105e188af04a5d1.pdf]. Acesso em: 22.04.2020.
13. Poderá haver casos em que o único efeito percebido da prática restaurativa seja o de reparação psicológica/emocional da vítima (no caso de uma intervenção restaurativa ocorrida já na execução penal, por exemplo), sem que haja qualquer efeito jurídico para as partes do processo. Por outro lado, haverá casos em que a prática restaurativa se insira numa situação jurídico-processual de onde decorram efeitos jurídicos, que se diferenciarão dependendo do tipo de crime investigado e da etapa do procedimento judicial em que a Justiça Restaurativa seja convocada a atuar, resultando: a) a extinção do procedimento criminal pelo cumprimento do acordo restaurativo; b) a suspensão do processo até o cumprimento integral do acordo; c) o arquivamento da acusação; d) a diminuição da pena; e e) a substituição da pena, entre outros (PALLAMOLLA, 2009, p. 104).
14. Por conta disso, há uma tendência no Brasil para que somente as condutas definidas como crime, ato infracional ou contravenção penal, cometidas sem violência ou consideradas pela lei como de menor potencial ofensivo, sejam tratadas pelos programas restaurativos (PACHECO, 2018, p. 65).

Em termos conceituais, reputa-se às teorias da Justiça Restaurativa a marca característica da crítica contundente em face do sistema de justiça retributiva. Essas teorias denunciam o fracasso do sistema de justiça convencional no que diz respeito ao cumprimento de suas funções declaradas, de prevenção geral e especial do delito. Ainda nesse contexto, costuma-se atribuir também à Justiça Restaurativa a influência do Abolicionismo Penal, sobretudo nas versões de Nils Christie (1977, 1989) e Louk Huselman (1993). Em comum com essa corrente da Criminologia, a Justiça Restaurativa apresentaria a postura crítica não só da pena privativa de liberdade enquanto solução adequada para o crime, mas do sistema penal como um todo e da racionalidade que articula o funcionamento de suas instituições.

Nesse particular, as teorias da Justiça Restaurativa compartilham das mesmas premissas segundo as quais o sistema penal, de modo geral, seria um problema em si mesmo, autorreferente, ineficiente no atendimento das necessidades dos envolvidos no delito e silente quanto ao tratamento das causas subjacentes ao conflito. Denuncia a seletividade e os processos de criminalização que subsistem na base do sistema, bem como contraverte a concepção de crime como ofensa à norma abstrata, a naturalidade da pena como resposta ao crime, a condição de alheamento das partes no processo de resolução do conflito e toda a mitologia que se constrói em volta do ofensor como réu ou criminoso.

Desta forma, ao hostilizar as bases da justiça retributiva e objetar a racionalidade penal moderna, espera-se da Justiça Restaurativa o enfrentamento dos processos de estigmatização que se desenvolvem paralelamente ao exercício do direito/poder de punir do Estado, para assim oferecer à vítima e aos demais envolvidos no conflito uma resposta holística, mais condizente com suas necessidades e compatível com a lógica dos Direitos Humanos¹⁵.

Diante deste quadro, indaga-se se as vantagens que se esperam galgar com a adoção de um modelo de justiça restaurativa poderiam ser estendidas também aos ofensores que apresentam distúrbios mentais.

A ausência em nosso país dessa área de pesquisa nos obriga a buscar em fontes estrangeiras as respostas para essa indagação. Nesse movimento de observação do que se passa no exterior, logrou-se não só verificar a possibilidade de extensão da Justiça Restaurativa às necessidades desses personagens, mas também se pôde constatar como ela já tem se lançado – há alguns anos – sobre esses casos e como sobre eles já tem surtido efeitos.

3. A EXPERIÊNCIA DOS JUÍZOS DE SAÚDE MENTAL NOS ESTADOS UNIDOS

Mental Health Courts, ou Juízos de Saúde Mental, são foros judiciais que constituem um ramo especializado do sistema de justiça estadunidense. Destinam-se a atender pessoas portadoras de doenças mentais que respondem por ilícitos penais (*felonies* ou *misdemeanors*), assumindo para tanto uma abordagem distinta – mesmo oposta – da justiça

15. Sobre o tema, ver “Direito penal, humanismo e justiça restaurativa” (COSTA; PACHECO, 2018).

PACHECO, Rubens. A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 195-228. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

tradicional. Ao invés de processar, julgar e submeter o réu a uma pena, os Juízos de Saúde Mental se concentram no tratamento médico do acusado, e sem privá-lo de liberdade, oferecem-lhe suporte comunitário para satisfazer as necessidades subjacentes que porventura tenham contribuído para a prática do ilícito (AOC, 2012, p. 3; DOLLAR; RAY, 2014, p. 32; BURNS, 2014).

Os Juízos de Saúde Mental, nesse sentido, são “[...] resultado de décadas de frustração com a inabilidade dos juízos tradicionais de responder e tratar os réus acometidos de doenças mentais”¹⁶ (HARRINGTON, 2013, p. 336, tradução nossa), e sem desprezar o ideal de prevenção especial do delito – função estatal exercitável através da tutela jurisdicional – os Juízos de Saúde Mental a operacionalizam de maneira mais adequada, segundo seus critérios, a fim de satisfazer também as necessidades do réu, e mais ainda, as demandas da comunidade afetada pelo crime.

A primeira experiência de cortes judiciais desse tipo data dos anos 80 (AOC, 2012, p. 4), quando o juiz Evan Dee Goodman estabeleceu na cidade de Indianápolis, Estado de Indiana, nos Estados Unidos, um procedimento que consistia na suspensão condicional do processo instaurado contra portadores de doenças mentais, e na formulação e execução de um plano de tratamento por uma equipe multidisciplinar envolvendo também o hospital público local (ROWE et al, 2016). Uma vez cumprido o plano, após um período de avaliações médicas constantes e da realização de audiências judiciais regulares, as acusações contra o réu eram retiradas e o processo extinto.

Somente em meados dos anos 90 (HARRINGTON, 2013, p. 323), os Juízos de Saúde Mental se tornaram um programa oficial nos Estados Unidos, mais precisamente no Estado da Flórida (*Broward County*), em resposta a uma série de suicídios cometidos por doentes mentais presos nas cadeias estaduais¹⁷.

A partir da edição do *America's Law Enforcement and Mental Health Project Act*, em julho de 1999¹⁸, juízos deste tipo se disseminaram por todo o país, sendo que, no ano de 2013 os Estados Unidos já contavam com cerca de quatrocentos *Mental Health Courts*¹⁹ (DOLLAR; RAY, 2015, p. 32) instalados e em pleno funcionamento.

Atualmente há Juízos de Saúde Mental nos Estados do Alabama, Alasca, Arizona, Califórnia, Colorado, Connecticut, Flórida, Geórgia, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Maryland, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Missouri, Nevada, New Hampshire, Novo México, Nova York, North Carolina,

16. “[...] was the result of decades of frustration with traditional courts’ inability to respond to and treat defendants suffering from mental illness”, no original.

17. Disponível em: [www.cga.ct.gov/2001/rpt/2001-R-0552.htm]. Acesso em: 19.04.2020.

18. Disponível em: [www.congress.gov/bill/106th-congress/house-bill/2594/text?r=40&s=1]. Acesso em: 19.04.2020.

19. Dollar e Ray explicam que nos anos 90 havia somente três desses juízos nos Estados Unidos (DOLLAR; RAY, 2015, p. 32).

Ohio, Oklahoma, Oregon, Pennsylvania, South Carolina, Tennessee, Texas, Utah, Virgínia, Washington e West Virgínia²⁰.

Na origem, a exigência de se criar um juízo com essas características proveio de uma demanda conjunta, tanto da comunidade quanto dos atores do sistema de justiça. Havia já na época um certo consenso entre aqueles que lidavam diretamente com o problema, sobre a ineficácia da punição como resposta aos delitos que envolviam ofensores doentes mentais. Nesse contexto, os Juízos de Saúde Mental surgiram em meio a um movimento mais amplo, de especialização da justiça estadunidense como um todo: é nesse mesmo período (meados dos anos 90) em que aparecem os Juízos de Drogas (*Drug Courts*), Juízos de Violência Doméstica (*Domestic Violence Courts*) e Juízos Comunitários (*Community Courts*) (HARRINGTON, 2013, p. 333).

Por conta da característica descentralizada do aparelho de justiça estadunidense, cada Juízo de Saúde Mental encontra limites de atuação na jurisdição estadual, e como consequência da autonomia dada aos Estados no modelo federativo daquele país, apresentam sua própria organização, suas normas de aplicação particulares, seus fluxos, procedimentos e idiossincrasias, que podem variar ainda, de juízo para juízo dentro de um mesmo ente federado (DOLLAR; RAY, 2015, p. 32).

Contudo, há atributos que mais ou menos podem ser generalizados a fim de revelar um esboço sistemático do que vem a ser um Juízo de Saúde Mental. Assim, os Juízos de Saúde Mental são essencialmente: a) juízos especializados para atender ofensores portadores de doenças mentais; b) orientados para a comunidade e com forte participação comunitária; c) que não se baseiam na resposta punitiva tradicional; d) e que por isso diversificam o caso, por meio da suspensão do processo ou da pena, e) com o fim de formular planos de tratamento médico e de assistência social para ofensores que voluntariamente o desejam; e) e que se enquadram nos critérios de seleção do programa; f) que funcionam baseados na supervisão judicial contínua, no estímulo à responsabilidade e autonomia do beneficiado por meio da criação de recompensas e sanções; g) e que conta com a participação efetiva de equipe multidisciplinar especializada (COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS JUSTICE CENTER, 2007; WOLF; FABRIKANT; BELLENKO, 2011; AOC, 2012; HARRINGTON, 2013; BURNS, 2014).

Embora sejam alvos de algumas críticas relevantes²¹, os Juízos de Saúde Mental têm apresentado resultados consideráveis, mormente quando postos em comparação com

20. De acordo com o sítio eletrônico do *National Center for State Courts* (NCSC). Disponível em: [www.ncsc.org/Topics/Alternative-Dockets/Problem-Solving-Courts/Mental-Health-Courts/State-Links.aspx]. Acesso em: 16.04.2020.

21. As críticas recorrentes vão no sentido de que a intervenção dos Juízos de Saúde Mental produz o efeito colateral da expansão da rede de controle formal sobre os doentes mentais, sobretudo no caso de Juízos que se limitam a aceitar participantes acusados de cometer crimes menores (compatíveis com as contravenções penais, no Brasil). Outros destacam a incapacidade desses juízos de oferecer tratamentos adequados quando estes se mantêm com poucos recursos ou quando a comunidade de suporte é fraca. Críticas mais duras vão no sentido de que alguns doentes mentais

os da justiça tradicional, tais como a redução da taxa de reincidência²² (DOLLAR; RAY, 2015, p. 33; AOC, 2012; McNIEL; BINDER, 1401-1402), o incremento da segurança pública e a redução dos custos com o encarceramento (AOC, 2012, p. 8; HARRINGTON, 2013, p. 353).

Do ponto de vista dos envolvidos na situação delitiva, os Juízos têm alavancado o engajamento dos ofensores e, conseqüentemente, tem gerado um aumento na probabilidade de sucesso do tratamento. Além disso, o procedimento desses juízos tem impactado no decréscimo do uso de drogas, de hospitalizações por surtos psicóticos e no acréscimo da taxa de acolhimento familiar dos ofensores antes em situação de abandono (AOC, 2012, p. 5-6).

se sentem incentivados a cometer crimes para assim poder receber tratamento psiquiátrico adequado e financiado pelo Estado; ou no sentido de que alguns se sentem estimulados a se declarar culpados diante de juízes (contribuindo assim para a criminalização secundária) (BURNS, 2014, p. 439-444; HARRINGTON, 2013, p. 338).

22. Inclusive no caso de ofensores que cometeram crimes graves, mediante violência (McNIEL; BINDER, 2007). Quanto ao fenômeno do rebaixamento das taxas de reincidência nos EUA, McNiel e Binder (2007), desenvolveram pesquisa que teve por objetivo, justamente, avaliar se os Juízos de Saúde Mental, em São Francisco, poderiam reduzir o risco de reincidência e violência entre as pessoas com problemas mentais que se envolviam com o sistema de justiça criminal. Os autores aplicaram diversos métodos como os de observação retrospectiva e de análise estatística, bem como consideraram dezenas de variáveis (como sexo, raça, situação social, tipo de doença, tipo de crime cometido, histórico criminal etc.), sobre uma população de 8.067 portadores de doenças mentais, em São Francisco, presos na penitenciária estadual, e de 170 pessoas doentes mentais que foram acolhidos pelo Juízo de Saúde Mental, no período entre janeiro de 2003 e novembro de 2004. Os pesquisadores descobriram que tanto proporcionalmente quanto em termos de probabilidade, a taxa de reincidência dos participantes que concluíram com sucesso o tratamento estabelecido pelo programa do Juízo de Saúde Mental eram menores que as taxas daqueles que foram atendidos pelo sistema de justiça convencional (McNIEL; BINDER, 2007). Concluem os autores em suas palavras: “These findings provide evidence of the potential for mental health courts to achieve their goal of reducing recidivism among people with mental disorders who are in the criminal justice system. Moreover, since the mental health court participants in this study included a substantial proportion of individuals who had been charged with felonies or violent offenses, it appears possible to expand the mental health court model beyond its original clientele of persons charged with nonviolent misdemeanors in a way that public safety is enhanced rather than compromised” (McNIEL; BINDER, 2007, p. 1401-1402). No mesmo sentido conclui o relatório da *Administrative Office of The Courts* (AOC, 2012). De acordo com o documento, inúmeras pesquisas realizadas nos EUA entre 1996 e 2010 revelam o efeito de redução das taxas de reincidência advindo do tratamento realizado pelos Juízos de Saúde Mental. Dentre esses estudos são destacados os de Lamb *et al* (1996); Trupin *et al* (2001), em Seattle; Herinckx *et al* (2005); Christy *et al* (2005), na Flórida; Moore e Hiday (2006); Hiday e Ray (2009); Cosden *et al* (2005), na Califórnia; o já citado McNiel e Binder (2007), em São Francisco; Steadman *et al* (2010), na Califórnia, Minnesota e Indiana; Behnken, Arredondo e Packman (2009), em Santa Clara; Cuellar, McReynolds e Wasserman (2006), no Texas e Sullivan *et al* (2007) em Nova York (AOC, 2012, p. 6-8). De acordo ainda com Dollar e Ray (2015), outros estudos chegaram aos mesmos resultados, como por exemplo o de Dirks-Linhorst e Linhorst (2012).

PACHECO, Rubens. A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 195-228. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Para ilustrar o funcionamento dessas cortes, tomamos por base, à guisa de exemplo, o fluxo geral do Juízo de Saúde Mental do Terceiro Distrito (*Third District Mental Health Court*), situado no Condado de *Salt Lake*, Estado de Utah²³. Completamos o quadro geral dessa corte especializada apresentando informações adicionais sobre outros juízos do país, quando oportuno.

De maneira geral, os Juízos de Saúde Mental estadunidenses foram criados com os objetivos de reduzir a taxa de encarceramento, de diminuir a taxa de reincidência, de incrementar a segurança pública e reintegrar os ofensores portadores de sérios problemas mentais à comunidade (HARRINGTON, 2013; DOLLAR; RAY, 2015, p. 33).

Em comum a todos os Juízos, há a condição de que somente ofensores que decidem voluntariamente se candidatar ao procedimento, e que concomitantemente atendem aos critérios médico e legal, podem ser admitidos nesses programas.

O critério médico diz respeito ao tipo de doença da qual é acometido o ofensor. No juízo do Terceiro Distrito de *Salt Lake County*, os postulantes devem ter sido anteriormente diagnosticados pelo Diretor Clínico do juízo como portadores de esquizofrenia, distúrbio bipolar ou distúrbio esquizoafetivo (*schizoaffective disorder*). Postulantes com transtornos de personalidade e histórico de abuso de entorpecentes também são aceitos. Postulantes com traumas cerebrais e problemas de desenvolvimento podem ser aceitos²⁴.

Quanto ao critério legal, ofensores acusados ou condenados por crimes sexuais não fazem jus ao procedimento. Do mesmo modo, não são considerados aptos os candidatos denunciados por crimes cometidos na direção de veículo automotor e sob a influência de entorpecentes (*DUIs – driving under influence*)²⁵. O eventual preenchimento do critério legal é fiscalizado por promotores de justiça (*prosecutors*).

Ainda que a última palavra quanto à adoção do procedimento seja a do acusado, promotores de justiça, advogados, juízes, oficiais da condicional (*probation officers*),

23. De acordo com o Manual de Políticas e Procedimentos do Juízo de Saúde Mental do Terceiro Distrito de *Salt Lake County* (*Third District Mental Health Court Policies & Procedures Manual*). Disponível em: [www.sllda.com/wp-content/uploads/2018/05/MHC-Policy-Procedure-Manual.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

24. Em outros juízos de Utah, a exemplo do Juízo de Saúde Mental do Condado de *Cache*, são aceitos indivíduos portadores de outras doenças elencadas no Eixo I do Manual Diagnóstico e Estatístico de Desordens Mentais (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders – DSM*) como a depressão e o TDAH. Disponível em: [www.cachecounty.org/attorney/criminal-division/mental-health-court.html]. Acesso em: 17.04.2020. Para consultar a importância e o conteúdo do Manual, ver o sítio eletrônico da Associação Americana de Psiquiatria (*American Psychiatric Association*): Disponível em: [www.psychiatry.org/psychiatrists/practice/dsm]. Acesso em: 17.04.2020. Ver também a pesquisa de Wolf, Fabrikant e Belenko (2011, p. 6).

25. Segundo informações da *National Alliance on Mental Illness*, há juízos em Utah que exigem ainda: 1) que o acusado resida no local onde se situa o Juízo de Saúde Mental e 2) que o acusado não responda por crimes cometidos mediante extrema violência. Disponível em: [https://namiut.org/images/Criminal%20Justice/Criminal%20Justice%20FAQ%20-%2015-16.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

funcionários do juízo de execução, ou profissionais de saúde mental podem recomendar ou remeter um processo para análise do Juízo de Saúde Mental (WOLF; FABRIKANT; BELENKO, 2011, p. 3).

A partir daí, satisfeitos os critérios clínico e legal, o acusado é notificado para comparecer a uma audiência com a finalidade de receber orientações sobre as condições e consequências jurídicas de sua integração ao programa. Nessa audiência comparecem, além do pleiteante, seu advogado, o promotor de justiça e o diretor clínico do juízo²⁶.

Após a audiência de orientação e o aceite do acusado, este é convidado a realizar um acordo com a promotoria de justiça. Tal ajuste eventualmente implica no comparecimento do réu, em juízo, para declarar-se culpado em troca da redução da pena ou da dispensa da imputação de um ou outro ilícito investigado ou causa de majoração da pena (*guilty plea*), por parte da promotoria.

Firmado o acordo com o órgão de acusação e declarada a culpa diante do magistrado, uma sentença condenatória é proferida contra o ofensor. A execução penal, contudo, é suspensa por um prazo que pode variar (dependendo do ordenamento de cada Estado) entre seis meses a um ano (DOLLAR; RAY, 2015, p. 35) ou mais (HARRINGTON, 2013, p. 342), enquanto as condições do Acordo do Juízo de Saúde Mental (*Mental Health Court Agreement*) são cumpridas²⁷.

Há Juízos de Saúde Mental que, diferente do Juízo do Terceiro Distrito de Utah, operam em fase anterior a da *guilty plea* (*pretrial diversion*), e não exigem do ofensor uma autodeclararão de culpa (DOLLAR; RAY, 2015, p. 32), como aponta a pesquisa de Harrington (2013), examinada mais à frente.

É elaborado, então, um plano de tratamento personalizado, estritamente adaptado às circunstâncias do beneficiado. O plano é flexível, capaz de se adequar às necessidades, capacidades, objetivos e progressos do paciente ao longo do tratamento. Um oficial da condicional é nomeado para supervisionar o atendimento dos termos.

Nesse particular, o plano pode incluir tanto a obrigação do paciente de medicar-se conforme o prescrito, como pode incluir compromissos como os de comparecer às reuniões de aconselhamento individual ou grupal, a obrigação de submeter-se a exames toxicológicos, de frequentar aulas, de reportar-se sempre que solicitado ao agente da condicional, de estar presente em todas as audiências marcadas, comprometer-se a não cometer novo ilícito penal, não portar armas etc. (HARRINGTON, 2013, p. 339; BURNS, 2014).

Durante o estágio probatório e de tratamento, o beneficiado é compelido a comparecer seja diante da equipe médica, seja diante do magistrado, a fim de ser avaliado,

26. Informação obtida junto a *National Alliance on Mental Illness/Utah*. Disponível em: [https://namiut.org/images/Criminal%20Justice/Criminal%20Justice%20FAQ%20-%208-15-16.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

27. O *Council of State Governments Justice Center* (2007, p. 4) recomenda que a duração do procedimento no Juízo de Saúde Mental não ultrapasse o máximo da pena em abstrato.

semanalmente. Verificado algum progresso no tratamento, essa periodicidade é estendida (para uma vez por mês, por exemplo).

A conformidade com o plano é constantemente estimulada e apoiada pela equipe do juízo²⁸, inclusive por meio de “recompensas”, simbólicas ou materiais, concebidas por um conselho, e especificamente ajustadas à necessidade do indivíduo²⁹. O descumprimento de alguma das condições não implica na revogação automática do benefício (mesmo no caso do cometimento de novo ilícito penal), mas importa em sanções aplicadas pelo magistrado a partir de um rol não taxativo³⁰.

A informalidade e a flexibilidade são as tônicas do procedimento (que não escapa de seguir um fluxo geral pré-definido), que ainda conta com o dever de confidencialidade quanto às informações pessoais do participante, a ser observado por todos os agentes envolvidos no procedimento (COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS JUSTICE CENTER, 2007, p. 7).

Como no Brasil, o braço jurisdicional do juízo é mantido com dinheiro público (verbas estaduais e federais)³¹. Contudo, o tratamento médico oferecido tanto por clínicas e hospitais públicos quanto privados³², em convênio com o sistema de justiça, é um serviço cujo custo deve ser suportado pelo próprio paciente³³.

28. A composição dessas equipes varia de acordo com o Juízo ou conforme o Estado em que se encontram (Council of State Governments Justice Center, 2007, p. 8). A título de exemplo, a equipe que conformava o Juízo de Saúde Mental pesquisado por Dollar e Ray (2015, p. 34) se constituía de nove servidores: um juiz presidente (*presiding judge*), um promotor de justiça (*district attorney*), dois defensores (*defense attorneys*), dois gerentes de casos de saúde mental (*mental health case managers*), dois agentes de condicional (*probation officers*) e um secretário (*court administrator*). Harrington informa que profissionais de saúde mental e outros agentes da comunidade também podem fazer parte da equipe (HARRINGTON, 2013, p. 337).
29. Algumas das recompensas possíveis: prioridade de atendimento nas datas marcadas, encorajamento verbal público, aplausos em reunião de grupo, relaxamento das condições do estágio probatório, antecipação do fim do procedimento, entre outras. Para consultar uma lista mais completa das possíveis recompensas atribuíveis, ver o site do Juízo de Saúde Mental do Distrito de Utah: Disponível em: [www.utd.uscourts.gov/sites/utd/files/RISE_MentalHealthProgram_0.pdf]. Acesso em: 17.04.2020.
30. Algumas das sanções possíveis: admoestação verbal, imposição de serviço comunitário, aumento na frequência de comparecimento em juízo, incremento na intensidade do tratamento, incremento no nível de supervisão, prisão e revogação do procedimento. Para consultar uma lista mais completa das possíveis sanções aplicáveis, ver o site do Juízo de Saúde Mental do Distrito de Utah: Disponível em: [www.utd.uscourts.gov/sites/utd/files/RISE_MentalHealthProgram_0.pdf]. Acesso em: 17.04.2020.
31. A previsão é expressa na legislação do Texas, por exemplo, que prevê o financiamento de seus Juízos de Saúde Mental por meio do repasse de verbas estaduais e federais. Ver Seção 125.005, 1), b) do Código Governamental do Texas. Disponível em: [https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/GV/htm/GV.125.htm]. Acesso em: 19.04.2020.
32. Sec. 2201 do America's Law Enforcement and Mental Health Project Act.
33. Há previsão expressa da obrigação do particular de contratar o serviço médico com seus próprios recursos no Código Governamental do Texas, por exemplo, na Seção 125.004. Disponível em: [https://statutes.capitol.texas.gov/Docs/GV/htm/GV.125.htm]. Acesso em: 19.04.2020.

Pacientes que acaso não reúnam recursos para arcar com o tratamento podem se valer de programas estatais de custeio, a exemplo do *Medicaid*. Por sinal, há instituições de saúde mental conveniadas a Juízos de Saúde Mental em Utah, que atendem somente pacientes beneficiários desses programas (pacientes pobres)³⁴.

Completadas todas as etapas e condições do estágio probatório e do tratamento, o processo criminal é extinto ou a pena imposta é reduzida, dependendo do tipo de transação encetada entre o beneficiado e a promotoria de justiça³⁵.

Em caso contrário, com o descumprimento reiterado das condições ou diante da desistência do beneficiado, o processo criminal é retomado no estágio em que se encontrava e a sentença condenatória é imposta, tudo nos moldes da justiça tradicional.

4. JUSTIÇA RESTAURATIVA INTEGRADA AOS JUÍZOS DE SAÚDE MENTAL

Ao nível dos princípios, há importantes pontos de contato entre os Juízos de Saúde Mental estadunidenses e os programas de Justiça Restaurativa (DOLLAR; RAY, 2015). Ambos são orientados a atender demandas das comunidades e tendem a reforçar a sua integração. Ambos adotam procedimentos não-adversariais (BURNS, 2014, p. 447), que focam as necessidades dos envolvidos na situação-problema. Ambos são conscientes dos processos de estigmatização e dos efeitos perversos do cárcere e do tratamento em asilos (BURNS, 2014, p. 433) sobre a vida de seus internos.

Tanto o ideário da Justiça Restaurativa quanto o dos Juízos de Saúde Mental põem de lado a pena privativa de liberdade, bem como seu correspondente – a internação em hospitais psiquiátricos – como forma padrão de resolução do conflito, e partem da premissa de que há problemas subjacentes e de ordens variadas ao fenômeno criminal que não são tratados pelo sistema de justiça tradicional³⁶ (HARRINGTON, 2013; BURNS, 2014; DOLLAR; RAY, 2015).

34. De acordo com a *National Alliance on Mental Illness/Utah*. Disponível em: [https://namiut.org/images/Criminal%20Justice/Criminal%20Justice%20FAQ%20-%208-15-16.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

35. Há juízos em Utah que ainda preveem outros benefícios, no caso da imposição de pena reduzida, como o registro (no histórico de antecedentes) de um ilícito menos grave do que o apresentado na denúncia, conforme a *National Alliance on Mental Illness/Utah*. Disponível em: [https://namiut.org/images/Criminal%20Justice/Criminal%20Justice%20FAQ%20-%208-15-16.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

36. Burns (2014, p. 436-437) explica: “Many individuals with mental illness are ‘incarcerated because they displayed in public the symptoms of untreated mental illness’”. As pesquisas de Burns (2014) e Harrington (2013) apontam para uma super-representação da população portadora de doenças mentais nos presídios. Burns (2014) e Harrington (2013) apontam ainda para diversas causas subjacentes que contribuem para a estigmatização dessas pessoas, como a falta de recursos e laços familiares, a crueldade no tratamento institucional, a falta de lares, a prisão por motivos

Nesse sentido, há estudos, como o de Burns (2014) e de Harrington (2013) que apontam para a adequação “intuitiva” entre a abordagem restaurativa e o fluxo de funcionamento e principiologia dos Juízos de Saúde Mental, havendo aí uma possibilidade real de integração³⁷.

Para Burns (2014), Harrington (2013), Perlin e McCalin (2014), tanto a Justiça Restaurativa quanto os Juízos de Saúde Mental correspondem a modelos amplos de justiça não-adversarial, com foco na resolução do conflito (*problem-solving*), que encorajam a participação voluntária e que tentam criar ambientes de acolhimento propícios ao surgimento de soluções colaborativas e nos quais os envolvidos se sentem confiantes o suficiente para expressar-se e, eventualmente, permitir-se divisar o contexto de vitimização e vulnerabilidade em que cada um se encontra (BURNS, 2014, p. 447).

Entre as pesquisas que serviram de fonte para o presente artigo, três delas investigaram a possibilidade de integração de metodologias restaurativas ao fluxo procedimental dos Juízos de Saúde Mental, alcançando diagnósticos favoráveis (HARRINGTON, 2013; BURNS, 2014 e PERLIN; McCLAIN, 2015). Duas entre aquelas (DOLLAR; RAY, 2015 e DWORNIK, 2011), em estágio mais avançado, se preocuparam em verificar se a incorporação já efetivada da Justiça Restaurativa a Juízos de Saúde Mental era capaz de atingir as metas de ambos os modelos, bem como se a integração entre ambos alcançava resultados compatíveis com seus valores e princípios.

Dentre estas últimas, a pesquisa de Dollar e Ray (2015) examinou especificamente a capacidade dos Juízos de Saúde Mental – uma vez integrados às práticas de Justiça Restaurativa – de reproduzir os princípios restaurativos e, assim, de concretizar o efeito de “vergonha reintegrativa³⁸”, tal como concebido por Braithwaite (1989).

Após três anos de observação direta das práticas restaurativas desenvolvidas em um desses juízos, o estudo concluiu que a vergonha reintegrativa foi largamente promovida por meio da desaprovação respeitosa, da repreensão do comportamento ofensivo (e não do indivíduo), da rejeição do desvio como rótulo estigmatizante e da realização de cerimônias de certificação do desvio.

A desaprovação respeitosa foi verificada através da atmosfera criada, pela maneira pessoal e familiar com que os envolvidos no conflito e os membros do Juízo de Saúde Mental se tratavam e o cuidado com que os encontros eram organizados. O magistrado recusava-se a utilizar o jargão jurídico, mesmo ao explicar sobre as decisões da corte, e

menores como os de dormir na rua, “conduta desordeira e invasão de propriedade” (*disordely conduct e trespassing*), abusar de álcool e urinar em via pública etc.

37. Harrington chama a Justiça Restaurativa e a Jurisprudência Terapêutica (*therapeutic jurisprudence*) de “teorias irmãs” (HARRINGTON, 2013, p. 329).

38. Sobre a teoria da vergonha reintegrativa e sua relação com a Justiça Restaurativa, ver: BRAITWAITE, John. *Crime shame and reintegration*. 16 ed. New York: Cambridge University Press, 1989. Em português, ver: BARROS, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão: responsabilidade, crimes patrimoniais e etiologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

focava em conversas com os participantes sobre assuntos do cotidiano, de ordem pessoal. (DOLLAR; RAY, 2015, p. 36).

O magistrado procurava oportunizar a fala do ofensor quando este falhava em cumprir algum dos termos do acordo, antes de repreender (com rigor) sua conduta, inclusive alertando-o sobre a possibilidade de exclusão do programa. A todo tempo se procurava encorajar o paciente, sem buscar o controle total sobre seu comportamento. Tal atitude tinha por fim estimular a responsabilidade e o senso de autonomia (DOLLAR; RAY, 2015, p. 38).

Evitou-se usar designações estigmatizantes como “criminoso”, “réu”, mesmo “ofensor”. Em seu lugar, a equipe do juízo dirigia-se ao paciente como “participante”. Ao invés de discutir-se sobre o passado, sobre o histórico criminal, a equipe conduzia as conversas por temas como o das metas alcançadas no decorrer do tratamento. Temas relacionados à família, à escola, ao trabalho, aos *hobbies*, indicavam um tratamento holístico do indivíduo, não restrito à condição de réu em um processo criminal. Com a participação da família e de amigos nos encontros, inclusive com direito à fala, essa sensação respeitosa era intensificada (DOLLAR; RAY, 2015, p. 39).

Durante as cerimônias públicas de “graduação”³⁹, o juiz convidava o público presente a aplaudir o participante que havia alcançado todas as metas de seu plano. O magistrado expunha verbalmente o percurso de sucesso traçado pelo “graduado”, estimulava o aplauso em favor de sua família e apoiadores presentes e um discurso poderia ser proferido (que espontaneamente girava em torno de agradecimentos à equipe da corte, ao juiz, à família e que se encerrava com aconselhamentos aos participantes). Ao final, o juiz anunciava a extinção do processo e a liberação do paciente. Tal cerimônia marcava o fim do procedimento criminal, ao mesmo tempo em que sublinhava a reintegração do ex-participante à comunidade.

Em linhas gerais, os resultados obtidos pela pesquisa de Dollar e Ray apontam não só para a confirmação da hipótese de aplicação da Justiça Restaurativa em casos envolvendo ofensores doentes mentais, mas também para o sucesso – mesmo que parcial – desse tipo de abordagem. Em verdade, a pesquisa reforça a hipótese já convalidada pela pesquisa de Dwornik (2011), levada a cabo na Inglaterra, a ser abordada mais à frente.

Ainda ao nível da adequação da Justiça Restaurativa sobre os casos de ofensores doentes mentais, aparecem as pesquisas de Harrington (2013); Burns (2014) e Perlin e McClain (2015). A importância de expor os resultados dessas pesquisas repousa no fato de que elas acumulam uma gama variada de argumentos e raciocínios distintos, que aplicados em diferentes contextos, servem também para aprimorar programas já existentes, de integração entre Justiça Restaurativa e *Mental Health Courts*.

39. *Graduation* é a audiência pública que marca a conclusão de todas as etapas do programa, o fim do tratamento médico e quando se prolata a decisão de mérito no processo criminal – Manual de Políticas e Procedimentos do Juízo de Saúde Mental do Terceiro Distrito de *Salt Lake County* (*Third District Mental Health Court Policies & Procedures Manual*). Disponível em: [www.sllda.com/wp-content/uploads/2018/05/MHC-Policy-Procedure-Manual.pdf]. Acesso em: 20.04.2020.

Com efeito, a fim de realizar os princípios restaurativos e compatibilizá-los com o funcionamento dos Juízos de Saúde Mental, Burns (2014) propõe uma série de medidas, que deveriam integrar seus fluxos internos.

Dentre essas medidas, a pesquisa sugere a criação de equipes integradas aos Juízos, especializadas em Justiça Restaurativa, a fim de não sobrecarregarem as equipes já existentes e vinculadas a outras atividades. Propõe o treinamento de pessoal para atuar junto às delegacias de polícia e às cadeias locais a fim de identificar o mais cedo possível, presos ou investigados portadores de doenças mentais.

Contudo, não recomenda a realização imediata de um encontro restaurativo nos casos em que o ofensor apresenta sintomas de enfermidade mental que demonstrem um estado claro de falta de autocontrole. As partes, antes, deveriam ser preparadas emocionalmente e mentalmente a fim de que o encontro restaurativo não viesse a falhar ou resultar em mais uma experiência de vitimização.

Burns (2014) sugere que os ofensores deveriam passar por uma avaliação, tomada a efeito pelo próprio Juízo, a fim de determinar a sua capacidade de compreensão sobre a gravidade e as consequências de seus atos em juízo (*competency*)⁴⁰. Procedimentos restaurativos não alcançariam seus objetivos se admitissem ofensores sem essa capacidade (BURNS, 2014, p. 453). Propõe ainda que os juízes poderiam facilitar os encontros restaurativos ou atuar no exame da razoabilidade dos termos dos acordos restaurativos (*fair and reasonable*).

As necessidades da vítima e da comunidade, bem como eventuais responsabilidades assumidas por elas, deveriam constar como metas a serem atingidas pelo plano de tratamento e estágio probatório do ofensor (BURNS, 2014, p. 454).

Perlin e McClain (2014), por sua vez, destacam a capacidade da Justiça Restaurativa de reconhecer e atuar sobre o conjunto de fatores que conformam os padrões individuais de comportamento desviante.

No contexto dos Juízos de Saúde Mental, dois desses fatores são os distúrbios emocionais extremos e as doenças mentais (PERLIN; McCLAIN, 2014, p. 6; HARRINGTON, 2013, p. 336). Para a justiça tradicional, esses fatores pouco importam. Quando muito,

40. *Competency*, no Direito estadunidense, é um conceito de natureza processual que diz respeito à capacidade do réu de estar em juízo, ou seja, de entender o teor da acusação pendente contra ele e de ter a capacidade de promover sua defesa, seja por meio de advogado, seja por si só. Nesse sentido, assemelhar-se-ia ao disposto no artigo 152 do Código de Processo Penal brasileiro, observadas as distinções. É determinada pelo juiz antes do início do processo penal. A *competency* foi estabelecida a partir do caso *Dusky v. United States*, 362 U.S. 402 (1960). Disponível em: [https://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/402/]. Acesso em: 18.04.2020. Não se confunde com o instituto da *sanity defense*, conceito de ordem material, examinada pelo júri em sede de decisão de mérito. Um réu não pode ser considerado *insane* sem antes ter sido considerado *competent*. Um réu cuja *insanity defense* é admitida pelo júri é absolvido (*not guilty by reason of insanity*) e enviado a um hospital psiquiátrico. Disponível em: [www.law.cornell.edu/uscode/text/18/4241]; [www.psychologytoday.com/us/blog/so-sue-me/201411/the-difference-between-competency-and-sanity] e [https://criminal.findlaw.com/criminal-procedure/the-insanity-defense-among-the-states.html]. Acesso em: 18.04.2020.

são considerados para fins processuais, de eventual diminuição ou exclusão da pena em casos específicos.

De acordo com os autores, a Justiça Restaurativa apresenta potencial para reforçar positivamente os efeitos produzidos pelos Juízos de Saúde Mental, considerando que ela aumenta a percepção de justiça dos envolvidos, interrompe o ciclo de estigmatização e consequentemente faz crescer a probabilidade de reabilitação psicológica dos participantes. Escrevem os autores:

“A título de exemplo, um estudo recente mostrou que oitenta por cento das vítimas consideravam o processo e o resultado justos em casos de justiça restaurativa, em comparação com os trinta e sete por cento que passaram pelo sistema tradicional de justiça criminal. (Umbreit et al, 2001), isto claramente tem um importante componente reabilitador tanto quanto dissuasivo” (PERLIN; McCLAIN, 2015, p. 9).⁴¹

De acordo com essa pesquisa, o processo de estigmatização que se desenvolve comumente pelo contato entre os doentes mentais e os agentes e instituições do sistema de justiça tradicional se liga intimamente ao que se denomina de “sanismo”.

Sanismo é o preconceito irracional da mesma qualidade que o racismo, o sexismo, a homofobia e a intolerância étnica, que afeta as atitudes prevalentes na sociedade, de maneira geral, bem como os sistemas de justiça e de saúde. A Justiça Restaurativa, uma vez integrada aos Juízos de Saúde Mental, ao se opor às fórmulas tradicionais de tratamento penal e psiquiátrico, rompem, assim, tanto com o processo de estigmatização, quanto com a lógica do “sanismo” (PERLIN, McCLAIN, 2015, p. 13).

Em termos práticos, os juízes, promotores, defensores, e toda a equipe lotada nesses juízos devem receber orientação especializada (de um psicólogo forense, por exemplo) sobre saúde mental, para que possam:

“[...] compreender o contexto geral dos distúrbios mentais bem como a maneira com que os réus que sofrem dessas doenças podem se beneficiar das disposições legais que incorporam ações reabilitativas e restaurativas e que podem também diminuir a reincidência”⁴² (PERLIN; McCLAIN, 2015, p. 17).

A pesquisa de Harrington (2013), por seu turno, aponta para o espectro mais amplo da Justiça Restaurativa, em comparação com os Juízos de Saúde Mental. Com efeito, a

41. “By way of example, a recent study showed that eighty percent of victims felt that the process and result was fair in restorative justice cases compared with the thirty-seven percent who went through the traditional criminal justice system. (Umbreit et al, 2001), It clearly has an important rehabilitative component as well as a deterrent one”, no original.

42. “[...] understand the full texture of mental disorders as well as the manner in which defendants who suffer from these disorders can benefit from legal case dispositions that incorporate rehabilitative acts that are restorative and can also lead to decreased recidivism”, no original.

Justiça Restaurativa foca sua prática na satisfação das necessidades da vítima (não só nas do ofensor), e reconhece a comunidade como personagem importante, na medida em que ela também é atingida e responsável pelo conflito (HARRINGTON, 2013, p. 330).

Além disso, a Justiça Restaurativa foca na responsabilização do ofensor que deve assumir a obrigação de reparar o mal causado aos afetados por sua conduta, de várias formas.

No âmbito da Justiça Restaurativa há a possibilidade de se exercer a vergonha reintegrativa (como comprovado por Dollar e Ray) que repreende o ato lesivo sem estigmatizar o ofensor, reforçando sua posição de membro da comunidade (HARRINGTON, 2013, p. 331).

Ao verificar que a integração da Justiça Restaurativa ao procedimento dos Juízos de Saúde Mental pode resultar com grande probabilidade em benefícios de diversas ordens para todos os envolvidos no conflito (partes, comunidade e Estado), Harrington (2013) conclui pela adoção de modelos *pre-adjudication* de diversão.

Três modelos de diversão da justiça convencional para o procedimento dos Juízos de Saúde Mental são identificados pelo autor: *pre-adjudication model*, *post-adjudication model* e o modelo híbrido (HARRINGTON, 2013, p. 322).

No modelo *pre-adjudication*, o ofensor que preenche os requisitos para ingressar no programa não é obrigado a declarar-se culpado. Sua entrada no procedimento se dá antes da fase acusatória e conseqüentemente, antes de qualquer decisão judicial de mérito. O processo é suspenso condicionalmente até o fim do tratamento e extinto com o cumprimento integral do plano. Uma vez verificada a desistência ou o insucesso do ofensor em atingir as metas, o feito volta a correr a partir da fase acusatória (HARRINGTON, 2013, p. 341-342).

No modelo *post-adjudication*, o ofensor precisa declarar-se culpado para alistar-se no procedimento (*guilty plea*). A sentença condenatória é proferida e sua execução suspensa (tal como nos Juízos de Utah). Uma vez revogado o benefício, a sentença é imposta (HARRINGTON, 2013, p. 345-346).

O modelo combinatório consiste na acumulação da declaração de culpa (*guilty plea*), com a condenação e imposição imediata de pena ao acusado (apenas em regra distinta da privação de liberdade) e o subsequente tratamento psiquiátrico junto ao Juízo de Saúde Mental. O cumprimento integral do plano de tratamento não implica na exclusão do registro criminal do ofensor. Esse modelo é adotado por uma pequena minoria dos Juízos nos Estados Unidos (HARRINGTON, 2013, p. 349-350).

A pesquisa de Harrington (2013) conclui que o modelo *pre-adjudication* é o que atinge melhor os objetivos dos Juízos de Saúde Mental e que mais se compatibiliza com os princípios de Justiça Restaurativa.

De fato, tal modelo foca no tratamento, e por via de consequência, nas necessidades reais dos participantes. É mais atrativo aos ofensores, que, sem a necessidade de se declarar culpados logo no início do processo (e ver-se condenados sem qualquer defesa), aceitam mais rapidamente o tratamento⁴³.

43. A pesquisa de Harrington dá conta de que no modelo de *pre-adjudication*, os ofensores tendem a aceitar o tratamento entre 24 h e 48 h após a prisão. Já no modelo de *post-adjudication*, esse

Ademais, são dispensados de passar por uma ritualística estigmatizante, sem correr o risco de assumir rótulos depreciativos (que porventura venham a prejudicar o tratamento), sem ter de dispor de seus direitos (HARRINGTON, 2013, p. 343-344). A condenação sumária do ofensor poderia resultar ainda em efeitos colaterais como a dificuldade para ingresso em abrigos, oportunidades de emprego e acessibilidade em alguns programas de tratamento (COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS JUSTICE CENTER, 2007, p. 4).

Logicamente, o modelo *pre-adjudication* não é isento de falhas. Quanto maior o hiato entre o início do procedimento do Juízo e uma eventual revogação do benefício, maiores são as dificuldades da promotoria para colher provas a fim de denunciar o acusado. Ademais, os juízes poderiam se sentir mais inclinados a prolatar decisões mais severas, considerando que o réu dispensou sua chance de ver-se livre da pena (HARRINGTON, 2013, p. 345).

5. O PROBLEMA DA COMUNICAÇÃO NAS METODOLOGIAS RESTAURATIVAS ENVOLVENDO OFENSORES COM DOENÇAS MENTAIS

Questão de primeira ordem que precede qualquer tentativa de imaginar a aplicação da Justiça Restaurativa nos casos de processos criminais envolvendo doentes mentais é, sem dúvida, a sua capacidade de comunicação e entendimento.

Isso porque, a comunicação é a ferramenta, por excelência, das metodologias restaurativas, do mesmo modo que o entendimento profundo das questões que compõem o conflito é um de seus fins. O grau elevado de engajamento que se espera dos envolvidos nessas metodologias faz com que a ausência de capacidades intelectuais básicas constitua obstáculo intransponível a sua implementação.

“Uma vez que as conferências de Justiça Restaurativa são comumente sobre conversação e diálogo, a comunicação se torna um componente-chave para o sucesso. De igual modo é o que se passa com a ligação com a realidade, e o argumento de que a Justiça Restaurativa não pode ser conduzida se há um desacordo sobre os fatos a respeito da realidade”⁴⁴ (DWORNIK, 2011, p. 71, tradução nossa).

Nesse particular, os participantes das metodologias restaurativas devem estar aptos a ouvir com atenção seus interlocutores, compreendê-los e, em última análise, ser capazes de assumir responsabilidades, ajustar um acordo, para ao final cumpri-lo.

prazo pode chegar a 129 dias (HARRINGTON, 2013, p. 346). No mesmo sentido aponta o estudo do *Administrative Office of the Courts* da Califórnia (2012, p. 6).

44. “[...] Since RJ conferences are generally about conversation and dialogue, communication becomes a key component to success. Similar is the stance behind attachment to reality, and the argument that RJ cannot be conducted if there is disagreement about the facts about reality”, no original.

Entretanto, das pesquisas que tivemos acesso, se pode deduzir que pessoas acometidas por doenças mentais – algumas bastante graves – quando submetidas a tratamento adequado e sob controle, não se veem impossibilitadas da capacidade de comunicação e de discernimento.

Dwornik (2014) chama a atenção para a ingenuidade e ignorância que envolve as concepções sobre o mundo das pessoas com doenças mentais. A partir de suas experiências trabalhando no *Correctional Service of Canada* e em uma Associação de Saúde Mental (*Mental Health clubhouse*) na região de *Fraser Valley*, Canadá, como apoiadora comunitária, Dwornik (2014) testemunhou:

“[...] indivíduos fortes e inspiradores com sérias doenças mentais que mantinham uma qualidade de vida gratificante. Eles trabalhavam, se voluntariavam, namoravam e dirigiam. Mantinham relacionamentos e criavam seus filhos. [...] Eu meditei sobre os pacientes com quem eu havia trabalhado e sobre as conversas que eu havia tido com eles. Recontei numerosas ocasiões onde eles haviam compartilhado histórias comigo sobre seus episódios psicóticos e maníacos, e os sentimentos de culpa e vergonha que frequentemente os acompanhavam. Eles prontamente articulavam emoções, experiências e empatia, e reconheciam o impacto que suas ações tinham tido sobre os outros. Eles resgatavam suas histórias em uma ordem temporal que ficava fácil de compreender. Os rostos dos meus pacientes brilham bem diante dos meus olhos: O que você quer dizer com ‘eles não são capazes de fazê-lo?’, eu pensei. Claro que podem”⁴⁵ (DWORNIK, 2014, viii, tradução nossa).

Além de basear-se na experiência, Dwornik (2011) encontra fundamento para suas percepções na corrente da psicologia denominada de “Reabilitação Psicossocial” (*Psychosocial Rehabilitation and Recovery*). De acordo com essa corrente mais recente, métodos que consistem em categorizações mais ou menos fixas e estanques, tanto das doenças quanto dos doentes mentais, não são capazes de dar conta da complexidade dos fenômenos psicológicos e, por isso, tendem a ocultar um vasto espectro em tons de cinza.

A persistência na adoção de tais perfis sintomáticos fixos, ainda nos dias atuais, seria resultado da insistência na adoção de métodos e conceitos próprios da abordagem biomédica, considerada reducionista e estereotipada (DWORNIK, 2011, p. 11).

45. “[...] strong and inspirational individuals with serious mental illnesses who maintained a rewarding quality of life. They worked, they volunteered, they dated, and they drove. They maintained relationships and raised children. [...] I thought about clients with whom I had worked in my job and conversations that I had had with them. I recounted numerous occasions where they had shared stories with me about their manic or psychotic episodes, and the feelings of guilt and shame that often accompanied them. They readily articulated emotions, experiences and empathy, and recognized the impact their actions had had on others. They recollected their stories in a temporal order that was easy to understand. Faces of my clients flashed before my eyes. ‘What do you mean they can’t do it?’ I thought. Sure they can”, no original.

Diferentemente, a Reabilitação Psicossocial adota um método holístico de tratamento, bastante harmonizável com o que prega a Justiça Restaurativa: compreende os padrões de comportamento humano como resultantes do influxo de fatores múltiplos (biológicos, sociais e psicológicos); com foco na prevenção, na integração comunitária e no reconhecimento da capacidade de autonomia e autodeterminação dos indivíduos.

Os adeptos dessa corrente têm demonstrado existir meios de plena recuperação (não necessariamente de cura) dos pacientes, quando noções como as de esperança, empoderamento, responsabilidade e à medida que valores como dignidade, respeito e autonomia são incorporados ao processo de tratamento (DWORNIK, 2011, p. 29-30).

Entrevistas feitas por Dwornik (2011) revelaram que facilitadores de Justiça Restaurativa que atuam em centros comunitários em Londres, Inglaterra, comumente lidam com participantes portadores de doenças mentais, sem que estes apresentem diagnóstico prévio. De acordo com o depoimento desses facilitadores, questões relacionadas a doenças mentais são corriqueiras e comumente suscitadas em meio às dinâmicas restaurativas, sobretudo à medida que as conversas se verticalizam.

Disso decorre que, informalmente, a Justiça Restaurativa já há tempos vem sendo aplicada em casos em que há doença mental não diagnosticada, mesmo desconhecida das próprias partes (como esquizofrenia, depressão severa e distúrbio bipolar) (DWORNIK, 2011, p. 42-45). A junção entre Justiça Restaurativa e doença mental revela ser mais comum do que se imagina.

A preocupação com a inviabilidade de comunicação e entendimento, portanto, dá lugar a fatores como estabilidade e segurança, elencados na pesquisa de Dwornik (2011), como primordiais para o sucesso da metodologia restaurativa.

Com efeito, para um dos facilitadores entrevistados na pesquisa, tem-se que:

“Se alguém fosse dizer, lá trás... nos tempos pré-vitorianos, ‘essa mulher não é capaz de participar da Justiça Restaurativa porque seu cérebro não é grande o suficiente’... hoje nós saltaríamos num pulo e diríamos que é ultrajante. Bem, isso é ultrajante com os doentes mentais do mesmo jeito⁴⁶” (DWORNIK, 2011, p. 46, tradução nossa).

A partir das descobertas mais recentes da Reabilitação Psicossocial, percebe-se que a capacidade de articular ideias através de um discurso racional e ordenado não se revela prejudicada a ponto de inviabilizar o processo restaurativo, se a estabilidade biopsicológica do participante for garantida previamente por meio de tratamento adequado (DWORNIK, 2011, p. 46).

Ao invés de se restringir ao diagnóstico psiquiátrico, a equipe de facilitadores deve observar o comportamento do participante, a fim de encontrar pistas que evidenciem sua

46. “If somebody was to say back in...pre-Victorian times ‘this woman can’t do restorative justice cuz her brain’s not big enough’...today we’d leap all over that and say that’s outrageous. Well it’s outrageous with mental health as well!”, no original.

habilidade atual de comunicação e entendimento. O ônus de descartar a capacidade de participação do doente mental deve ser do psiquiatra, portanto (DWORNIK, 2011, p. 70).

Em termos práticos, a aferição do grau de estabilidade do participante deve se dar em meio a um processo de deliberação, ativado caso a caso, em que participem facilitador e profissionais da área de saúde mental (DWORNIK, 2011, p. 48-49). Por isso, não haveria obrigação de se arregimentar facilitadores somente entre aqueles com formação específica na área de saúde mental (DWORNIK, 2011, p. 67), uma vez que a complementação da formação dos facilitadores e o suporte de profissionais especializados junto aos centros de Justiça Restaurativa (DWORNIK, 2011, p. 51) poderiam suprir a necessidade de introdução desses conhecimentos nas avaliações. Durante os cursos, o contato pessoal com pessoas com doença mental seria fundamental para incrementar o nível de conforto dos facilitadores para lidar com situações futuras (DWORNIK, 2011, p. 52).

Além da estabilidade, que garantiria por via de consequência a possibilidade de diálogo significativo entre as partes, a segurança aparece como um segundo fator de importância elevada na pesquisa de Dwornik (2011).

A autora conclui que a quantidade e a qualidade de informações obtidas sobre o caso e sobre a pessoa acometida da doença, impactariam no controle prévio de situações de risco que envolvessem desequilíbrio acentuado de poder, violência potencial, ou que demonstrassem probabilidade de revitimização (DWORNIK, 2011, p. 57-58).

A presença dos profissionais de saúde que acompanham o ofensor no dia-a-dia, bem como a presença de membros de sua família e de amigos seria outro caminho adequado para se prevenir efeitos colaterais indesejados da abordagem restaurativa. O suporte emocional proporcionado pela presença desses personagens se revela importante ferramenta de redução do risco (DWORNIK, 2011, p. 58).

A pronta rejeição da competência de alguma das partes por motivo de doença mental, portanto, corresponderia a uma atitude incompatível tanto com os preceitos da Reabilitação Psicossocial quanto com os princípios da Justiça Restaurativa. Eliminar de plano tal possibilidade seria ir contra o princípio do empoderamento das partes (DWORNIK, 2011, p. 47).

“Em outras palavras, os limites entre o ‘nós’ e os ‘outros’ podem ser movidos através da Justiça Restaurativa, e consequentemente, promover a inclusão e normalização da doença mental dentro de nossa sociedade. Uma vez que se tenha estabelecido que, para participar da Justiça Restaurativa, a parte deve estar estável, definida como sendo capaz de comunicar e estar mentalmente presente durante todo o processo, a segurança pode ser garantida, e um diálogo significativo sobre doença mental pode acontecer. A única necessidade para isso é que o facilitador se sinta confiante, preparado e confortável ao trabalhar com questões de saúde mental, e consequentemente ser capaz de manter a segurança” (DWORNIK, 2011, p. 73, tradução nossa)⁴⁷.

47. “In other words, the boundaries between ‘us’ and ‘other’ can be pushed through RJ, and consequently, promote the inclusion and normalization of mental illness within our society. Since

PACHECO, Rubens. A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 195-228. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Sendo assim, nenhum grupo de pessoas, classificados pelo tipo de doença, pode ser considerado incapaz, de plano, para ingressar nessas metodologias. Seria antiético e expressaria, em verdade, o medo e o receio que decorrem de estereótipos preconcebidos, assimilados mais através da mídia do que de experiências reais dos facilitadores (DWORNIK, 2011, p. 48).

Disso decorre que, a escassez do número de casos tratados pela Justiça Restaurativa envolvendo pessoas com doenças mentais, mesmo em países em que essa abordagem já se tem aplicado ostensivamente, como no caso da Inglaterra, pode ser explicada menos pela impossibilidade de participação, e mais pelo estigma que envolve a doença mental e à falta de esclarecimento, preparo e autoconfiança da equipe⁴⁸ (DWORNIK, 2011, p. 50, 56).

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa, em si mesma, pode funcionar como ferramenta de redução do estigma uma vez que proporciona a criação de ambientes seguros, de não-julgamento, em que as pessoas se encontram face-a-face e tem a oportunidade de reconhecer a humanidade de todos, inclusive do doente mental. Através desses encontros, tanto o estigma social (o preconceito dos facilitadores e das vítimas com relação aos ofensores doentes) quanto o autoestigma (dos doentes para com eles mesmos) podem ser combatidos (DWORNIK, 2011, p. 61).

Ainda nesse contexto, o “Grupo ADA de Trabalho sobre Padrões de Mediação” (*Mediation Standards Work Group*) de Nova York (EUA), seguindo o que preceitua o *Americans with Disabilities Act* (42 USC Sec. 121201-12213 – “ADA”), elaborou um manual de mediação (*ADA Mediation Guidelines*)⁴⁹ aplicável justamente para lidar com casos em que pessoas com problemas mentais se encontrem envolvidas.

O manual estabelece que as partes que apresentam doenças mentais devem ser capazes de entender o processo e as opções discutidas, bem como devem estar aptas a consentir com os termos do acordo. Devem entender questões diversas como a natureza do processo de mediação, a identidade das partes e o papel do mediador, por exemplo.

Para tanto, os mediadores e a equipe médica devem estar preparados para determinar, em termos instrumentais, os limites de compreensão das partes, a sua capacidade de engajar em um procedimento de mediação, de avaliar as opções e de cumprir com as obrigações assumidas.

it has been established that in order to participate in RJ service users must be stable, which is defined as being able to communicate and be mentally present throughout the process, safety can be ensured, and meaningful dialogue about mental illness can ensue. The only necessity for this is that the practitioner feels confident, competent and comfortable working with mental health issues, and consequently be able to maintain safety”, no original.

48. A rejeição de aplicação de metodologias restaurativas sobre casos envolvendo doentes mentais seria expressão da “Spider Syndrome” (síndrome da aranha), que se resume no medo do desconhecido: tende-se a ter medo de aranhas porque pouco ou nada se sabe sobre elas (DWORNIK, 2011, p. 54).

49. Disponível em: [www.mediate.com/articles/adaltr.cfm]. Acesso em: 25.04.2020.

Contudo, o procedimento que determina a capacidade de comunicação e entendimento das partes não se confunde com o procedimento formal de constatação da *competency*. Tampouco essa aferição se restringe ao diagnóstico preliminar do participante ou candidato a participante no procedimento dos Juízos de Saúde Mental.

De acordo com o *ADA Mediation Guidelines*, em consonância com os resultados obtidos pela pesquisa de Dwornik (2011), essas capacidades devem ser avaliadas caso a caso. Em alguns deles, uma decisão judicial que incapacita (para uma generalidade de atos) um indivíduo pode não implicar na incapacidade de fato para mediar. Nesses casos, o acompanhamento de um representante legal seria eficaz para apoiar o portador da doença mental.

“Capacidade é um conceito de decisão específica. Capacidade para mediar pode não ser o mesmo que capacidade para tomar decisões econômicas, de cuidados com a saúde, para votar, casar ou dirigir. Uma parte com uma determinação judicial de incapacidade pode se manter apto para participar na mediação. Inversamente, uma parte sem tal determinação pode não ter a habilidade ou entendimento para participar”⁵⁰ (*ADA Mediation Guidelines*, 2000, p. 4).

Com grande probabilidade, um fluxo como o estabelecido pelo *ADA Mediation Guidelines* poderia ser analogicamente aplicado em um contexto de metodologias restaurativas em processos criminais com partes portadoras de distúrbios mentais.

Também em harmonia com as conclusões de Dwornik (2011), a pesquisa realizada por Wolf, Fabrikant e Belenko (2011) demonstra que os critérios de seleção geralmente adotados pelos Juízos de Saúde Mental nos Estados Unidos pressupõem o acometimento de doenças graves (demência, dano cerebral, distúrbios de desenvolvimento, alcoolismo crônico combinado a psicoses, esquizofrenia, desordem esquizoafetiva, distúrbio bipolar e distúrbios de personalidade)⁵¹ e giram em torno da capacidade de tratamento (*treatability*) do ofensor e de atingimento das metas dos programas, pressupondo que o tipo de doença, em abstrato, não elide a capacidade de interação pessoal.

A pesquisa, realizada ao longo de três anos sobre o funcionamento de seis Juízos de Saúde Mental de diferentes regiões dos Estados Unidos, distinguiu três fases de seleção de ingresso de candidatos. Na primeira fase (*initial screening*), promotores de justiça e coordenadores dos Juízos de Saúde Mental avaliavam o tipo de imputação criminal e evidências de existência da doença mental (WOLF; FABRIKANT; BELENKO, 2011, p. 5-6).

50. “Capacity is a decision-specific concept. Capacity to mediate may not be the same as capacity to make financial or health care decisions, to vote, marry, or drive. A party with a judicial determination of incapacity may still be able to participate in mediation. Conversely, a party without such a determination may not have the ability or understanding to participate”, no original.

51. Ver Wolf, Fabrikant e Belenko (2011, p. 7).

Na segunda fase (*assessment eligibility screening*), a equipe do Juízo considerava o tipo de doença mental (realizando ou requerendo exames médicos) e sua conexão com o comportamento ilícito no caso concreto. Outros fatores como o eventual histórico de evasão de tratamentos médicos anteriores, a necessidade de tratamento intensivo, a disponibilidade de instituições com recursos para tratar especificamente da doença na sede do Juízo, a habilidade do candidato de cumprir com o tratamento e sua tendência ao comportamento violento eram também observados (WOLF; FABRIKANT; BELENKO, 2011, p. 6-8).

Na fase final do processo seletivo, o ofensor era convidado a participar de encontros em que era informado sobre as condições de tratamento, momento também em que deveria expressar seu consentimento. Em alguns casos, o juiz, antes da decisão final sobre a inclusão do candidato, exigia um encontro direto com ele e seu defensor, para esclarecer sobre as consequências legais do procedimento e a partir daí, eventualmente exercer seu poder de veto (WOLF; FABRIKANT; BELENKO, 2011, p. 8).

Em suma, deduz-se da pesquisa de Wolf, Fabrikant e Belenko, haver sempre uma pressuposição, por parte das equipes dos Juízos de Saúde Mental, de que o ofensor enfermo seja capaz de compreender sua situação, sua relação com a equipe do Juízo e de avaliar e consentir com as opções apresentadas. Tal pressuposição era confirmada ou não caso a caso, no decorrer de um processo complexo de avaliação, dividido em fases e levado a efeito por um corpo articulado de profissionais de diferentes áreas, orientados por critérios e interesses diversificados.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas informações levantadas nesta pesquisa, pode-se afirmar, de maneira geral, que há uma forte sintonia conceitual entre a Justiça Restaurativa e o movimento antimanicomial no Brasil, e em especial, no que diz respeito às teorias da *Therapeutic Jurisprudence* (HARRINGTON, 2013) e da Reabilitação Psicossocial (DWORNIK, 2011) nos Estados Unidos. Ambas compartilham, em alguma medida, elementos do ideário abolicionista: criticam e rejeitam fórmulas convencionais de tratamento de suas respectivas clientela (penal e de saúde mental); e propugnam soluções deliberativas, voluntárias, com forte envolvimento comunitário, que procuram atender às necessidades reais dos envolvidos nas situações problemáticas.

Além disso, os programas que adotam seus fundamentos teóricos tendem a incorporar os valores do empoderamento, empatia, respeito, interconexão, autonomia e dignidade como ferramentas para combater a estigmatização e a imposição irracional de sofrimento através da pena.

Do ponto de vista axiológico-normativo, a Justiça Restaurativa também parece se harmonizar perfeitamente ao disposto na Lei 10.216/2011, quando esta prevê em seus artigos 2º, 3º e 4º, direitos, responsabilidades e princípios atinentes a valores e princípios

restaurativos, como o tratamento respeitoso, a integração familiar e comunitária, a reinserção social, a rejeição à privação da liberdade como resposta obrigatória etc.

No que diz respeito aos resultados específicos obtidos nesta pesquisa, fica demonstrado que a Justiça Restaurativa não só pode ser aplicada em casos envolvendo ofensores doentes mentais, como já o é, no contexto dos Juízos de Saúde Mental dos Estados Unidos (*Mental Health Courts*), desde o final dos anos 80.

Os problemas relativos à interação entre os participantes doentes mentais nas metodologias restaurativas podem ser manejados, uma vez que as capacidades de comunicação e compreensão não são extirpadas totalmente quando aqueles se encontram estáveis e em ambientes seguros.

Deduz-se que a eventual baixa incidência de aplicação da Justiça Restaurativa a casos em que ofensores são doentes mentais, mesmo em países que já adotam esse protocolo, como a Inglaterra, por exemplo (DWORNIK, 2011), se relaciona não com a impossibilidade *de per se* desse tipo de intervenção, mas com o estigma que envolve a doença mental e à desinformação dos profissionais. Nesse particular, intui-se que eventual pesquisa de campo poderia revelar, surpreendentemente, que a Justiça Restaurativa, de maneira informal, já tem sido aplicada em casos como esses, inclusive no Brasil, quando os ofensores não apresentam sintomas suficientemente claros durante os encontros.

Constatamos que tampouco a natureza da doença pode ser motivo para negar, de plano, o ingresso de pessoas com problemas mentais nas abordagens restaurativas. Pudemos observar que indivíduos que sofrem de doenças mentais sérias como esquizofrenia, depressão severa, distúrbio bipolar, distúrbios de personalidade, TDAH, entre outras, podem ser inseridos em procedimentos que englobam metodologias restaurativas.

Pesquisas futuras poderiam investigar a relação entre o grau de capacidade, em abstrato, de comunicação e entendimento para cada tipo de doença mental, fornecendo dados mais seguros com vistas à criação de processos avaliativos em sede de intervenção restaurativa. Métodos comunicativos mais eficazes, ainda que centrados em mecanismos diversos da comunicação oral, entre doentes e não doentes, também poderiam ser criados, a partir dessa pesquisa.

Ao menos os estudos que serviram de fundamento para esta pesquisa dão conta de que os Juízos de Saúde Mental nos Estados Unidos vêm obtendo resultados importantes como a redução da reincidência e da taxa de encarceramento, o incremento da sensação de segurança pública e da percepção de justiça dos participantes, além da redução dos custos com o aparato policial-judicial e do impacto positivo na recuperação dos ofensores (McNIEL; BINDER, 2007; AOC, 2012 e DOLLAR; RAY, 2015, por exemplo). Em parte desses Juízos, a Justiça Restaurativa tem atuado de maneira integrada, havendo pesquisas que apontam para a concretização do efeito de envergonhamento reintegrativo (BRAITHWAITE, 1989), e a consequente quebra dos ciclos de exclusão social e de estigmatização.

Logicamente, não concluímos pela possibilidade de simples importação dos modelos de Juízos de Saúde Mental, tal qual como existem nos Estados Unidos. Não há nada

no Brasil que se pareça com esses foros especializados. Aqui, os casos envolvendo réus doentes mentais ficam a cargo das varas criminais e de execução penal. Além disso, as diferenças evidentes entre as tradições jurídicas de ambos os países seriam, por si só, óbices para qualquer tentativa de mimetismo inconsequente. Mecanismos processuais como a auto-declaração de culpa e a *guilty plea*, em tese, são incompatíveis com a disciplina constitucional brasileira, sobretudo no que diz respeito às garantias penais e processuais penais. Ademais, a assunção do rótulo de culpado, pelo ofensor, como pressuposto para o ingresso no procedimento restaurativo, se mostra incompatível com os valores e princípios que o regulam. Nesse sentido, o modelo *pre-adjudication* adotado em alguns Juízos de Saúde Mental, seria o único totalmente compatível com o ideário restaurativo.

Fez-se questão de se expor com a maior riqueza de detalhes possível os fluxos de funcionamento de alguns desses Juízos. Pensamos que a exposição de exemplos práticos pode ser útil para inspirar medidas concretas, ao nível das políticas públicas, e podem servir como esboço para a estruturação de procedimentos semelhantes.

Recomenda-se que estudos futuros examinem a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa às medidas de segurança no Brasil. De pronto, pensamos ser compatíveis as metodologias restaurativas com esse instituto, na fase de execução (mesmo sem efeitos jurídicos), por força do artigo 4º da Lei de Execuções Penais. O dispositivo prevê o dever do Estado de recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança.

Ademais, entendemos ser possível a integração da Justiça Restaurativa à medida de segurança provisória, por força do disposto no artigo 2º, V, da Resolução 288/2019 do Conselho Nacional de Justiça combinado com o artigo 319, VII, do Código de Processo Penal. Neste último dispositivo, se prevê a possibilidade de internação provisória do acusado imputável ou semi-imputável. Nada impediria a adoção de metodologias restaurativas que amenizassem o rigor da internação e que, por consequência, fossem mais aptas a satisfazer as necessidades das partes do processo. De qualquer modo, estabilidade e segurança seriam critérios essenciais a ser observados nesse procedimento. Estudos futuros poderiam delinear modelos de intervenção restaurativa para esses casos.

Mais desafiador seria elaborar estudos voltados à mudança da legislação e criação de pontos de diversificação da justiça comum para a Justiça Restaurativa. Entendemos oportuna eventual pesquisa que se detivesse em criar modelos de intervenção restaurativa para inimputáveis com efeitos jurídicos no Brasil (como a extinção da punibilidade), semelhantes aos Juízos de Saúde Mental nos Estados Unidos. Inevitáveis seriam as alterações nos Códigos Penal e de Processo Penal, bem como na Lei de Juizados Especiais, pensamos.

Neste particular, nos antecipamos para afirmar que, mantido o cenário do ordenamento jurídico atual, não haveria razão para se limitar a aplicabilidade do procedimento restaurativo tomando por critério a gravidade em abstrato do crime supostamente cometido por réu portador de doença mental. Durante essa pesquisa nos deparamos com casos de aplicabilidade do procedimento dos Juízos de Saúde Mental, nos Estados Unidos, em

casos de crimes graves, cometidos mediante violência (McNIEL; BINDER, 2007). Pensamos que os critérios mais adequados ao desvio do processo para a via restaurativa são a vontade livre e consciente dos envolvidos (vítima e ofensor), a possibilidade real de reparação e satisfação de suas necessidades, além da estabilidade do participante doente mental e da garantia de um ambiente seguro de interação significativa. Eventualmente, os efeitos jurídicos decorrentes do sucesso da prática restaurativa poderão ser diferenciados. Contudo, entendemos ser este um tema a ser abordado em nova pesquisa, motivo pelo qual não o desenvolvemos aqui.

Ponto importante a ser também investigado em pesquisa futura seria o papel da rede de proteção na sistemática da Justiça Restaurativa no Brasil. Seriam os CRAS, CREAS e os CAP's os responsáveis pelo tratamento dos doentes mentais que viessem a ingressar em procedimento de diversão para a Justiça Restaurativa? Que condições esses órgãos teriam para atender essa população? A iniciativa privada poderia ser incluída nesses projetos? Como seriam financiados? Essas e outras questões não poderiam deixar de ser respondidas.

Independente da adoção de modelos de diversão, reputa-se de importância crucial a capacitação da equipe de facilitadores dos núcleos de Justiça Restaurativa a respeito do tema da saúde mental. Da pesquisa de Dwornik (2011) decorre a desnecessidade de criação de um grupo de facilitadores especialistas na área, o que iria contra os próprios fundamentos da Justiça Restaurativa, no que diz respeito a um modelo de justiça leiga, comunitária, formado de baixo para cima (CHRISTIE, 1977).

Cursos de sensibilização para juízes, promotores, advogados e defensores públicos sobre Justiça Restaurativa e saúde mental também seriam úteis, como demonstram as pesquisas expostas anteriormente.

As Cortes de Saúde Mental não são isentas de críticas nos Estados Unidos. Alguns apontam para o efeito colateral da expansão da rede de controle formal sobre os doentes mentais, sobretudo no caso de Juízos que se limitam a aceitar participantes acusados de cometer crimes menores (correspondentes às contravenções penais, no Brasil). Outros destacam a incapacidade desses juízos de oferecer tratamentos adequados quando estes se mantêm com poucos recursos ou quando a comunidade de suporte é fraca. Críticas mais duras vão no sentido de que alguns doentes mentais se sentem incentivados a cometer crimes para assim poder receber tratamento psiquiátrico adequado e financiado pelo Estado; ou no sentido de que alguns se sentem estimulados a se declarar culpados diante de juízes (contribuindo assim para a criminalização secundária) (BURNS, 2014, p. 439-444; HARRINGTON, 2013, p. 338).

Em verdade, percebe-se que os procedimentos adotados nos Juízos de Saúde Mental estadunidenses parecem seguir uma tendência já observada no Brasil (ANDRADE, 2018; PACHECO, 2019), quando o foco das práticas restaurativas a eles integradas, exageradamente se dirigem à responsabilização do ofensor em detrimento de sua função reparadora e transformativa. Tal tendência aproxima a prática da Justiça Restaurativa do paradigma etiológico em Criminologia, o que revela uma contradição importante.

Ademais, reputamos ser bastante problemática a eventual confusão entre os ideais restaurativos e as metas específicas dos Juízos de Saúde Mental, mormente no que tange às metas de redução da taxa de encarceramento, de diminuição da taxa de reincidência, de incremento da segurança pública e de reintegração dos ofensores. Definitivamente, essas não são metas a serem perseguidas pelas práticas restaurativas, que se orientam por ideais como os da transformação dos conflitos e da reparação/cura das necessidades dos envolvidos.

De qualquer sorte, pode-se esperar que a aplicação da Justiça Restaurativa a casos de ofensores com doenças mentais possa surtir, a longo prazo, o efeito de ruptura com os processos de criminalização secundária e de estigmatização inerentes ao funcionamento das agências de controle penal. Em curto prazo, espera-se que abordagens do tipo restaurativo ofereçam às pessoas afetadas pelo conflito, doentes mentais ou não, tratamento mais digno, condizente com suas necessidades reais e com a lógica dos Direitos Humanos.

7. REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, D. S. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal* – contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ANDRADE, V. R. P. D. *Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário*. [S.l.]: Conselho Nacional de Justiça, 2018.
- AOC (Administrative Office of the Courts). *AOC Literature Review*. California: Judicial Council of California, 2012.
- BARNETT, R. E. Restitution: a new paradigm for criminal justice. *Ethics*, v. 87, n. 4, p. 279-301, 1977.
- BEHNKEN, M. P.; ARREDONDO, D. E.; PACKMAN, W. L. Reduction in recidivism in a juvenile mental health court: A pre- and post-treatment outcome study. *Juvenile and Family Court Journal*, 60(3), p. 23-44, 2009.
- BOYES-WATSON, Carolyn. PRANIS, Kay. *No coração da esperança: guia de práticas circulares*. Trad. Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Juízo de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.
- BRAITHWAITE, J. *Crime, shame and reintegration*. 16. ed. New York: Cambridge University Press, 1989.
- BRAITHWAITE, J. *Restorative justice and responsive regulation*. New York: Oxford University Press, 2002.
- BURNS, Jessica. A restorative justice model for mental health courts. *Southern California Review of Law and Social Justice*, n. 23, p. 427-455, 2014. Disponível em: [<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/scws23&div=19&id=&page=>]. Acesso em: 17.04.2020.
- CELIS, J. B. D.; HULSMAN, L. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam, 1993.

- CHRISTIE, N. Conflicts as property. *The British Journal of criminology*, v. 17, n. 1, p. 1-15, january 1977.
- CHRISTIE, N. Las imagenes del hombre en el derecho penal moderno. In: STANG, R. F. (Coord.). *Abolicionismo penal*. Trad. Mariano Alberto Ciafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 127-142.
- CHRISTY, A. et al. Evaluating the efficiency and community safety goals of the Broward County mental health court. *Behavioral Sciences and the Law*, 23, p. 227-243, 2005.
- COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. *Improving responses to people with mental illnesses: the essential elements of a mental health court*. New York: Bureau of Justice Assistance, 2007.
- COSDEN, M. et al. Efficacy of a mental health treatment court with assertive community treatment. *Behavioral Sciences and the Law*, 23(2), p. 199-214, 2005.
- COSTA, D. C. A. D.; MACHADO JÚNIOR, E. A. D. S. Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna? *Revista da faculdade de direito – UFPR*, Curitiba, v. 63, n. 1, p. 65-91, jan.-abr. 2018.
- COSTA, D. C. A. PACHECO, Rubens Lira Barros. Direito Penal, Humanismo e Justiça Restaurativa. In: *XVII Encontro Nacional do CONPEDI*, Salvador/BA. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador/BA – Formas Consensuais de Solução de Conflitos II. p. 198-218, 2018.
- CUELLAR, A. E.; MCREYNOLDS, L. S.; WASSERMAN, G. A.. A cure for crime: Can mental health treatment diversion reduce crime among youth? *Journal of Policy Analysis and Management*, 25(1), p. 197-214, 2006.
- DALY, K. Restorative Justice: the real story. *Punishment & Society*, v. 4, n. 1, p. 55-79, January 2002.
- DALY, K. The punishment debate in restorative justice. In: SIMON, J.; SPARKS, R. *The SAGE handbook of punishment and society*. London: SAGE, 2013. p. 356-374.
- DE VITTO, Renato Campos. PINTO, Renato Sócrates Gomes. SLAKMON, Catherine. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005.
- DIRKS-LINHORST, P. A.; LINHORST, D. M. Recidivism outcomes for suburban mental health court defendants. *American Journal of Criminal Justice*, 37, p. 79-91, 2012.
- DOLLAR, Cindy B.; RAY, Bradley. The Practice of Reintegrative Shaming in Mental Health Court. *Criminal Justice Policy Review*, 26(1), p. 29-44. DOI: [10.1177/0887403413507275, 2015].
- DWORNIK, Ania. *Restorative Justice and Mental Illness: combating the ‘Spider Syndrome’*. Tese (Master of Social Work) – The Faculty of Graduate and Postdoctoral Studies (Social Work), The University of British Columbia, Canada, Vancouver, 2014.

- EGLASH, A. Beyond Restitution – Creative restitution. In: HUDSON, J.; GALAWAY, B. *Restitution in Criminal Justice: A critical assessment of sanctions*. Toronto: Lexinton Books, 1977. p. 91-99.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- HARRINGTON, Caitlin. T. Breaking the cycle and stepping out of the “revolving door”: why the pre-adjudication model is the way forward for Illinois mental health courts. *University of Illinois Law Review*. p. 319-362, 2013.
- HERINCKX, H. A. et al. Rearrest and linkage to mental health services among clients of the Clark County mental health court program. *Psychiatric Services*, 56(7), p. 853-857, 2005.
- HIDAY, V. A.; RAY, B. Arrests after exiting mental health court. Paper presented at the 2009. *American Psychology-Law Society Conference*, San Antonio, TX, 2009.
- JACCOUD, M. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: DE VITTO, R. C. P.; SLAKMON, C.; PINTO, R. S. G. *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005. p. 163-188.
- LAMB, H. R., WEINBERGER, L. E., RESTON-PARHAM, C. Court intervention to address the mental health needs of mentally ill offenders. *Psychiatric Services*, 47(3), p. 275–281, 1996.
- McNIEL, Dale E.; BINDER, Renée L. Effectiveness of a mental health court in reducing criminal recidivism and violence. *Am J Psychiatry*, 2017.
- MOORE, M. E.; HIDAY, V. A. Mental health court outcomes: A comparison of re-arrest and re-arrest severity between mental health court and traditional court participants. *Law and Human Behavior*, 30(6), p. 659–674, 2006.
- PACHECO, Rubens Lira Barros. *Justiça Restaurativa para além da culpa e da exclusão: responsabilidade, crimes patrimoniais e etiologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PALLAMOLLA, R. D. P. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBC-CRIM, 2009.
- PERLIN, Michael L.; McCLAIN, Valerie Rae. Can Restorative Justice Be of Value in Forensic Cases? Perspectives of a Lawyer and a Psychologist. *NYLS Legal Studies Research Paper*, October 21, 2014. Disponível em: [<https://ssrn.com/abstract=2512890>] ou [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2512890>]. Acesso em: 18.04.2020.
- PIRES, Á. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.
- ROWE, Michael et al. Contribution of Peer (Consumer) Providers to Change in Forensic Practice. In: GRIFFITH, Ezra et. al. (editors). *Bearing Witness to Change: forensic psychiatry and psychology practice*. Boca Raton: CRC Press, 2016.

- SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SPOSATO, Karyna B. *Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos*. São Paulo: CLA Cultural, 2018.
- STEADMAN, H. J. et al. Effect of mental health courts on arrests and jail days: A multisite study. *Archives of General Psychiatry*, 68(2), p. 167-172, 2010. DOI: [10.1001/archgenpsychiatry.2010.134].
- SULLIVAN, C. J., et al. Reducing out-of-community placement and recidivism: Diversion of delinquent youth with mental health and substance use problems from the justice system. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 51(5), p. 555-577, 2007.
- TRUPIN, E., Richards; H., WERTHEIMER; D. M.; BRUSCHI, C.. *City of Seattle mental health court evaluation report*. Seattle: Seattle Municipal Court, 2001.
- WOLF, Nancy. FABRIKANT, Nicole. BELENKO, Steven. Mental Health Courts and Their Selection Processes: Modeling Variation for Consistency. *Law Hum Behav*. October, 35(5). DOI: [10.1007/s10979-010-9250-4], 2011.
- ZEHR, H. Retributive Justice, Restorative Justice. *New perspectives on crime and justice: occasional papers of the MCC Canada Victim Offender Ministries Program and the MCC U.S. Office of criminal justice*, Kitchener. Ontario, n. 4, september 1985.
- ZEHR, H. *Trocando as lentes*. São Paulo: Palas Athena, 2008.
- ZEHR, H. *Justiça Restaurativa*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Limpendo as lentes": o que é justiça restaurativa?, de Rosalina Moitta Pinto da Costa – RT 1023/279-299 (DTR\2020\15246);
- Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil, de Clara Maria Roman Borges e Bruna Amanda Ascher Razera – RBCCrim 173/279-315 (DTR\2020\13259);
- Caminhos para mudanças: diálogos entre criminologia, abolicionismos penais e justiça restaurativa, de Ilton Garcia da Costa, Eluane de Lima Corrales e Gabriele Delsasso Lavorato Manfré – RBCCrim 170/143-162 (DTR\2020\8328); e
- Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa, de Daniel Feitosa de Menezes e Mônica Carvalho Vasconcelos – RBCCrim 161/163-186 (DTR\2019\40800).

APONTAMENTOS SOBRE CRIME, DIREITO PENAL E PAUPERISMO EM MARX

NOTES ON CRIME, CRIMINAL LAW AND PAUPERISM IN MARX

VITOR BARTOLETTI SARTORI

Doutor (2013) em Direito pela Universidade de São Paulo (2013). Mestre em História pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2011). Professor Adjunto da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais, ligado ao Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Direito. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, orientando trabalhos de Mestrado e de Doutorado no Projeto Coletivo "Crítica marxista à economia política, ao Direito e ao Estado". Coordenador do Grupo de Pesquisa "Marx como crítico da Política e do Direito" e da Assessoria Jurídica Universitária Popular (AJUP-UFMG). Membro do corpo editorial das Revistas Verinotio, Lutas Comuns e Revive.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0871083138441617>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9570-9968>].

vitorbsartori@gmail.com

NAYARA RODRIGUES MEDRADO

Mestre (2018) e graduada (2016) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Assistente de Criminologia e Direito Penal da Universidade Federal de Juiz de Fora – *campus* Governador Valadares. Doutoranda em Direito pela UFMG, vinculada ao Projeto Coletivo "Crítica marxista à economia política, ao Direito e ao Estado". Coordenadora do Núcleo Interdisciplinar Sociedade e Encarceramento e do Grupo de Estudos em Criminologia Crítica e Realidade Brasileira, ambos da UFJF-GV. Membro dos Grupos de Pesquisa "Economia Política das Organizações" e "Marx como crítico da Política e do Direito".

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/3440064310964891>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1408-3276>].

nayaramedrado@gmail.com

Recebido em: 06.09.2020

Aprovado em: 25.03.2021

Última versão dos autores: 24.04.2021

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Filosofia

RESUMO: A partir do que o filósofo brasileiro José Chasin chamou de análise imanente, o artigo

ABSTRACT: Based on what José Chasin referred to as "immanent analysis", the present

busca trazer as contribuições dos estudos de Marx para o tratamento de temas relacionados ao crime e à punição. Com amparo em textos marxianos pouco tratados no interior da literatura criminológica, aborda a relação entre etiquetamento e reconhecimento oficial do fato, entre crime e individualidade, entre liberdade e necessidade, entre *lumpen*, exército industrial de reserva e encarceramento e entre processos de criminalização e organização da classe trabalhadora. Analisa, também, a crítica de Marx às teorias tradicionais da pena em meio ao diálogo com o idealismo alemão e a uma crítica não moral à moralidade burguesa. Aponta, com isso, como um retorno a Marx pode oferecer uma gama de análises para além daquelas de que a Criminologia Crítica se apropriou, e fornecer pistas interessantes para alguns dos dilemas criminológicos de nosso tempo.

PALAVRAS-CHAVE: Crime – Direito Penal – Marx – Pauperismo.

paper intends to bring the Marx contributions to themes related to crime and punishment. Developing on marxian texts rarely treated within the criminological literature, it addresses the relationship between labelling and official acknowledgment of the fact, crime and individuality, freedom and necessity, between lumpen, reserve army and incarceration and between processes of criminalization and organization of the working class. It also analyzes Marx's critique of traditional theories of punishment amid dialogue with German Idealism and a non-moral critique of bourgeois morality. It thus points out how a return to Marx can offer a range of analyzes in addition to those that Critical Criminology has appropriated, and provide interesting clues to some of the criminological dilemmas of our time.

KEYWORDS: Crime – Criminal Law – Marx – Pauperism.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Acerca do conceito de crime: entre o naturalismo e o arbítrio?. 3. Sobre as funções atribuídas à pena e ao Direito Penal pelas teorias do Direito. 4. Sobre a funcionalidade do criminoso e sua relação com o pauperismo e com o lumpemproletariado. 5. Direito penal e a organização da classe trabalhadora. 6. Pauperismo e Direito Penal: uma questão de resolução política?. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo, a partir da análise imanente (CHASIN, 2009), pretende-se tratar de apontamentos de Marx sobre a “questão penal”. Intentamos realizar isso em um cenário em que autores como Rusche e Kirchheimer, bem como Melossi e Pavarini, reivindicam o marxismo como marco de suas pesquisas. Eles trouxeram à tona o tema, principalmente, ao ter em mente certa leitura do capítulo XXIV de *O capital*, capítulo este que aborda a “assim chamada acumulação primitiva”, em que Karl Marx trata tanto das *workhouses* como do encarceramento, relacionando ambos com as contradições que marcam a emergência do assalariamento enquanto elemento mediador da reprodução social como um todo (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004; MELOSSI; PAVARINI, 2006). Muito embora, tendo em mente o desenvolvimento dos autores mencionados, a fortuna da “criminologia crítica” possa ter em conta a obra de Karl Marx de modo sério e extremamente interessante, acreditamos que diversos aspectos necessários à compreensão deste difícil tema – a questão penal no autor

alemão – acabam, de um modo ou doutro, sendo secundarizados com os mencionados autores: o enfoque da tradição que mencionamos, em considerável medida, pretendeu trazer à baila os apontamentos de Marx muito mais à luz da compreensão do presente que de uma análise exaustiva dos textos do próprio autor de que partiam, o que, claro, justifica-se em diversos sentidos¹; no entanto, acreditamos que tal procedimento deixa uma lacuna àqueles que pretendem tratar do crime de uma perspectiva marxista. Até certo ponto, é possível mesmo indicar que Marx aparece muito mais como um incentivo à elaboração das pesquisas nestes autores (as quais, como já mencionamos, são essenciais e marcaram época, de modo essencialmente positivo), incentivo este que, não raro, foi temperado com aspectos da obra de Michel Foucault, e que originou toda uma vigorosa tradição “criminológica”. Tal tradição está, até certo ponto, muito mais relacionada aos estudos jurídicos, à sociologia do Direito e muito próxima ao Direito Penal (BARATTA, 2020); desse modo, não tem por objetivo primeiro e essencial a compreensão do *corpus* da obra marxiana. Não entraremos aqui em eventuais méritos (que são muitos) e deméritos da tradição criminológica que reivindica como um de seus marcos Marx; antes, intentamos realizar parte importante de uma tarefa prévia, que, de certo modo, é complementar àquilo que os clássicos da criminologia crítica procuraram enfatizar em suas pesquisas: escavar na obra do autor de *O capital*, tendo em conta o *corpus* de sua obra, referências à questão penal, ou seja, de algum modo, o pensamento de um dos grandes autores do pensamento ocidental (Marx) foi, não raro, considerado como uma espécie de preâmbulo “sociológico” – de sociologia do Direito, mais precisamente, uma “sociologia do conflito” (BARATTA, 2020) – para o desenvolvimento de apontamentos críticos situados na seara de uma teoria crítica do Direito Penal. Claro, aqui, não se nega a pertinência de uma tal análise; no entanto, procuraremos, ao analisar textos marxianos, principalmente aqueles que não são vistos como centrais para a tradição mencionada, dar alguns passos importantes na análise da questão penal em Marx. Tal se justifica porque vários dos meandros do tratamento marxiano do Direito muitas vezes são negligenciados por esses importantes autores; geralmente, ao se trazer a equação pachukaniana entre Direito, forma mercantil e sujeito de direito (NAVES, 2000; CIRINO DOS SANTOS, 2006)², isso ocorre naqueles que pretendem seguir de perto o autor de *O capital*, o que pode tomar Pachukanis por Marx e, mesmo que o autor da *Teoria geral do Direito e o*

1. Esse expediente de trazer um autor para o presente pode ser interessante para diversos fins, porém, muitas vezes, deixa de analisar aspectos que possam parecer menos atuais do desenvolvimento de obras clássicas, no caso aqui analisado, a marxiana. No presente texto, não nos opomos à serventia de uma análise que explicita a atualidade de Marx. Mas o enfoque é outro: é mostrar como que a obra marxiana é mais abrangente do que normalmente se supõe.
2. Pachukanis certamente é essencial à crítica marxista ao Direito e influencia o melhor dela no Brasil. Autores importantes como Márcio Naves (2014) e Alysson Mascaro (2012, 2013), por exemplo, toma-a explicitamente como ponto de partida. Porém, mesmo reconhecendo os méritos do autor de *Teoria Geral do Direito e o Marxismo*, deve-se trazer à tona com cuidado aspectos, presentes já na obra de Karl Marx (e de Friedrich Engels), que ultrapassam o referencial pachukaniano. Para estudos neste sentido, Cf. SARTORI, 2020a, 2020b, 2019a, 2019b e 2019c.

SARTORI, Vitor Bartoletti; MEDRADO, Nayara Rodrigues. Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 229-272. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

marxismo seja essencial a uma perspectiva crítica sobre o Direito, a obra marxiana, acreditamos, é mais rica que a teorização pachukaniana (SARTORI, 2015a). Deste modo, mesmo o melhor da tradição de crítica marxista ao Direito (SARTORI, 2015 b) – como aquilo presente nos textos de Márcio Naves (2014) ou, quanto à criminologia brasileira, na obra de Juarez Cirino dos Santos (2018) – apoia-se nesse ponto, ao nosso ver, deixando de lado como algo marginal outras nuances importantes da análise marxiana da esfera jurídica, que se explicitam, acreditamos, ao se ter em conta a questão penal.

Nossa abordagem também se justifica porque, em verdade, o tratamento marxiano é bastante avesso a uma abordagem parcelar, ou seja, que tenha um objeto epistemologicamente delimitado, como nas ciências parcelares (LUKÁCS, 1971), mesmo que se trate de uma abordagem “interdisciplinar”, como aquela que é, por vezes, advogada, na criminologia³, ou seja, o ponto de partida marxiano é *sui generis* ao passo que não pode ser “simplesmente” conformado em qualquer ciência parcelar ou em um tratamento “interdisciplinar”; com efeito, o autor procura apreender o próprio movimento unitário da história em sua concreção tendo em conta a peculiaridade de cada esfera do ser social, como aquela do Direito (SARTORI, 2015b). Se Marx e Engels apontaram n’A *Ideologia alemã* que “conhecemos apenas uma ciência, a ciência da história” (MARX; ENGELS, 2002, p. 107), há de se tomar bastante cuidado para a análise do tema que nos propomos aqui. O tratamento da questão penal em Marx deve – caso queira ser coerente com os próprios pressupostos marxianos – trazer consigo uma compreensão bastante relacionada à função concreta que o crime, a punição e o cárcere tiveram na história (questão bastante analisada por autores como Rusche e Kirchheimer, bem como por Melossi e Pavarini), ao mesmo tempo que as nuances dessas funções e do modo pelo qual elas se concatenam não podem ser deixadas de lado, sob pena de se considerar o movimento histórico sobremaneira linear ou fragmentado.

Em grande parte, a função social do cárcere na emergência e na consolidação do modo de produção capitalista foi compreendida pelos autores que supracitamos (embora, talvez, seja possível averiguar aquilo que trataram com algum cuidado extra), de modo que nos propomos neste artigo a tratar de alguns meandros da questão. Intentamos realizar isso a partir da compreensão da obra do próprio Marx, tendo em conta textos específicos que esses citados autores ou não mencionam ou somente tangenciam. Acreditamos que a análise imanente de textos menos estudados do autor, e que passam pelo tema tratado aqui, possa ajudar bastante tanto aos que intentam compreender o texto marxiano (o que tem importância óbvia aos autodenominados marxistas) como aos que pretendem se colocar além do pensamento desse importante autor ao analisar com cuidado a questão penal, por exemplo, a partir de uma perspectiva criminológica. Com isso, podemos tanto oferecer uma contribuição àqueles que estudam a obra marxiana quanto àqueles que procuram desenvolver perspectivas críticas quanto ao Direito Penal e à Criminologia. Analisaremos

3. Como aponta Lukács, “hoje, fala-se de uma abordagem interdisciplinar, mas eu suspeito que por trás da busca por ‘uma abordagem interdisciplinar’ há uma enorme confusão conceitual” (LUKÁCS, 2017, p. 242).

aqui somente a obra marxiana. A compreensão desta é um pressuposto tanto para que se tenha uma leitura mais cuidadosa de um clássico como para que se possa complementá-lo, bem como tomá-lo como referência de um modo ou doutro.

2. ACERCA DO CONCEITO DE CRIME: ENTRE O NATURALISMO E O ARBÍTRIO?

Para Marx, o crime não pode ser considerado como uma construção jurídico-discursiva, ao mesmo tempo que não tem um estatuto de algo simplesmente “natural”. Se é verdade que ele (o crime) é visto usualmente – em meio à sociabilidade capitalista – como uma espécie de “segunda natureza”, se formos seguir Marx, não se pode dizer que um tratamento oposto (relacionado ao caráter essencialmente construtivo do processo mediante o qual se reconhece determinada conduta como crime) possa trazer a solução para a naturalização – socialmente determinada em meio à reprodução do sistema capitalista – de determinadas construções sociais do cotidiano, em que, para que se inverta Hegel, o “real é irracional e o irracional é efetivo”⁴. Para que se compreenda a posição marxiana, é preciso que alguns pontos importantes sobre nosso tema sejam vistos. Assim, dizem Marx e Engels, em *A ideologia alemã*, algo que pode ser um bom ponto de partida:

“Assim como o direito não procede da pura arbitrariedade, tampouco procede dela o crime, isto é, a luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes. Ao contrário, ele está nas mesmas condições que aquele domínio. Os mesmos visionários que vislumbram no direito e na lei o domínio de uma vontade universal independente para si mesma conseguem ver no crime a simples quebra do direito e da lei. Portanto, não é o Estado que subsiste por meio da vontade dominante, mas o Estado que procede do modo de vida material dos indivíduos tem também a forma de uma vontade soberana.” (MARX; ENGELS, 2007, p. 318)

Para Marx, o Direito tem uma base material e uma função real e efetiva, de modo que somente poderia trazer uma espécie de reconhecimento de circunstâncias colocadas anteriormente na própria realidade efetiva da esfera econômica (SARTORI, 2016); nas palavras do autor, trazidas em oposição à pretensão proudhoniana de colocar a esfera jurídica como anterior à própria base material da sociedade: “o Direito nada mais é que o reconhecimento oficial

4. Como aponta Marx, em meio às categorias efetivas na sociabilidade capitalista, “as mediações das formas irracionais em que determinadas condições econômicas aparecem e praticamente se acoplam não importam nem um pouco para os portadores práticos dessas condições econômicas em sua ação diuturna; e já que eles estão acostumados a se movimentar no meio delas, não ficam nem um pouco chocados com isso. Uma perfeita contradição não tem nada de misterioso para eles. Nas formas fenomênicas que perderam a coerência interna e que, tomadas em si, são absurdas, eles se sentem tão à vontade como um peixe na água” (MARX, 1986, p. 241).

SARTORI, Vitor Bartoletti; MEDRADO, Nayara Rodrigues. Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 229-272. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

do fato.” (MARX, 2004, p. 84.)⁵ O Direito, desse modo, segundo o autor da *Miséria da filosofia*, não poderia derivar da “pura arbitrariedade”, estando relacionado a condições sociais ligadas de modo mais ou menos mediado a determinado modo de produção mediante o qual os homens conformam-se historicamente como seres sociais autopostos. Nesse processo, as situações relacionadas às condições econômicas e históricas de produção, no limite, trariam ao indivíduo alternativas que se impõem mediante a coerção econômica e que, assim, são reconhecidas pela esfera jurídica como parte da “ordem” na medida mesma em que necessitam da violência estatal (LUKÁCS, 2013). Nesse sentido, entre essas duas esferas – a econômica e a político-estatal – está o Direito, sendo preciso sua mediação para que determinada conduta seja reconhecida como ilegal e como crime (SARTORI, 2020b).

Neste último, segundo Marx e Engels, tem-se algo importante: a “luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes”, de tal modo que o central para a caracterização do crime está na função social (ou melhor, já adiantamos, no caráter não funcional da conduta diante das “condições dominantes”) desse indivíduo diante das “mesmas condições daquele domínio”. Ao mesmo tempo que tais circunstâncias se impõem com ares de uma espécie de “segunda natureza”, nada têm elas de “natural”, sendo fruto do processo histórico de constituição de determinada formação social, no caso, relacionada à sociabilidade capitalista. Note-se também que os autores d'A *Ideologia alemã*, ao contrário do que se dá no romance burguês, não tendem a ter uma visão idealista quanto ao assim chamado criminoso; a sua não funcionalidade diante das condições de produção capitalistas não o leva a um papel de questionamento substancial da ordem, ao mesmo tempo que, como mencionado, há a “luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes”; tal “isolamento” é essencial para a compreensão marxiana, já que, em verdade, pode tender a eclipsar a visão reta sobre a natureza classista dos conflitos essenciais à conformação do modo de produção capitalista enquanto tal.

Enxergar o crime como uma simples “quebra do direito e da lei” seria o mesmo que deixar de lado a função social supramencionada, ou seja, ao passo que o Direito, de fato, reconhece nexos presentes na própria realidade socioeconômica, os “visionários” atacados por Marx e Engels não só enxergam na esfera jurídica uma “vontade universal

-
5. Lukács diz: “a determinação ‘o fato e seu reconhecimento’ expressa com exatidão a condição de prioridade ontológica do econômico: o direito constitui uma forma específica do espelhamento, da reprodução consciente daquilo que sucede de fato na vida econômica. A expressão ‘reconhecimento’ apenas diferencia ainda mais a peculiaridade específica dessa reprodução, ao trazer para o primeiro plano seu caráter não puramente teórico, não puramente contemplativo, mas precipuamente prático. Pois é evidente que, no caso de contextos puramente teóricos, essa expressão seria simplesmente tautológica, como: ‘Reconheço que duas vezes dois são quatro’. O reconhecimento só pode adquirir um sentido real e razoável dentro de um contexto prático, a saber, quando por meio dele se enuncia como deve ser a reação a um fato reconhecido, quando nele está contida uma instrução sobre que tipo de pores teleológicos humanos devem decorrer daí, ou, então, como deve ser apreciado o referido fato enquanto resultado de pores teleológicos anteriores. Ora, esse princípio experimenta uma concretização ainda maior por meio do adjetivo ‘oficial’.” (LUKÁCS, 2013, p. 237-238.) Para uma análise detida, vide SARTORI, 2010.

independente”, como também enxergam as raízes do crime na contraposição a essa universalidade presente na lei e no Direito, isto é, com essa posição, somente seria possível a definição do crime por meio de artifícios jurídicos, certamente: o reconhecimento de que fala Marx em *Miséria da filosofia* exige agentes que operem o Direito. No entanto, para Marx, só é possível trazer à esfera “oficial” aquilo que está colocado, ao menos enquanto possibilidade concreta, na faticidade da realidade efetiva (LUKÁCS, 2013; SARTORI, 2019a, 2019b, 2019c).

O modo pelo qual a função social do “indivíduo isolado” – conformação esta da individualidade que pressupõe o processo de separação entre trabalhadores e meios de produção, bem como a atomização dos indivíduos colocados no mercado (MARX, 2013) – coloca-se “contra as condições dominantes”, para o autor de *O capital*, precisa objetivamente existir para que o reconhecimento jurídico possa ser trazido à tona em meio à suposta corporificação da “vontade universal independente” no Estado. A punição do crime, na visão de tais “visionários”, assim, seria justamente a negação da negação da soberania estatal, tal qual teria colocado Hegel⁶ (2003). No entanto, Hegel passaria longe de trazer tal unilateralidade, pois justamente – mesmo que de modo equívoco, segundo Marx – traz à tona a correlação entre sociedade civil-burguesa (*bürgerliche Gesellschaft*), Estado, e crime, “sendo a propriedade e a personalidade reconhecidas como válidas na sociedade civil [-burguesa], o crime não é apenas uma ofensa à infinitude subjetiva mas ainda uma violação da coisa pública que nelas possui uma existência firme e sólida” (HEGEL, 2003, p. 194), ou seja, o autor de *Princípios da filosofia do Direito* passa longe de deixar de lado a “vida material dos indivíduos”, mencionada por Marx; no entanto, a partir de uma equação entre propriedade privada e personalidade, aponta que a punição é necessária àqueles que infringem o domínio dos proprietários. Nesse sentido, diz Marx sobre Hegel: “o idealismo alemão, aqui, como em muitas outras ocasiões, nada mais faz que dar uma sanção transcendental às leis da sociedade existente.” (MARX, 2015 a, p. 33.) O Direito, assim, é “reconhecimento

-
6. Como aponta Hegel, “a violação, na medida em que atinge a vontade que existe em si (e tanto, por conseguinte, a do criminoso como a da vítima), não tem uma existência positiva nesta vontade em si como tal nem nos resultados dela. Para si, esta vontade em si existente (o direito, a lei em si) antes é o que não existe exteriormente, o que, portanto, não pode ser violado. Do mesmo modo, a violação é, para a vontade particular da vítima e dos outros, algo de negativo. A violação só tem existência positiva como vontade particular do criminoso. Lesar esta vontade como vontade existente é suprimir o crime, que, de outro modo, continuaria a apresentar-se como válido, e é também a restauração do direito” (HEGEL, 2003, p. 87-88). Ainda complementa o autor: “a pena com que se aflige o criminoso não é apenas justa em si; justa que é, é também o ser em si da vontade do criminoso, uma maneira da sua liberdade existir, o seu direito. E é preciso acrescentar que, em relação ao próprio criminoso, constitui ela um direito, está já implicada na sua vontade existente, no seu ato. Porque vem de um ser de razão, este ato implica a universalidade que por si mesmo o criminoso reconheceu e à qual se deve submeter como ao seu próprio direito.” (HEGEL, 2003, p. 89.) Aqui não podemos tratar da questão, mas uma posição similar fora adotada por Marx (1998) no tempo da *Gazeta Renan*, em 1842, momento em que o autor ainda trazia consigo uma posição muito próxima da hegeliana.

oficial do fato”, tendo-se a conduta criminosa como algo que, ao mesmo tempo, só se configura como crime mediante a atuação estatal por meio do Direito, e que se coloca objetivamente como algo que traz uma posição e uma função precisas diante da conformação objetiva da realidade efetiva da economia⁷.

O crime, como tratado por Marx (e ainda atualmente, acreditamos)⁸, aparece pressupondo a forma de uma vontade soberana enquanto algo efetivo na sociedade – ou seja, tem-se a conformação capitalista do Estado e do Direito, como uma espécie de “comunidade ilusória” (MARX; ENGELS, 2007, p. 37)⁹. Ao mesmo tempo, essa vontade não é outra que a “vontade dominante”, relacionada por Marx ao domínio classista, ou seja, o modo pelo qual se tem a conformação do criminoso pressupõe uma vontade que, simultaneamente, mostra-se como universal e nunca pode sê-lo, já que Marx e Engels apontam quanto à burguesia: “vosso Direito não passa da vontade de vossa classe erigida em lei, vontade cujo conteúdo é determinado pelas condições materiais de vossa existência como classe.” (MARX; ENGELS, 2008, p. 55.) Mesmo que a passagem mencionada agora pareça, em uma primeira visada, ser bastante simplista, é preciso que se tenha cuidado: pelo que se colocou antes, nota-se que o modo pelo qual a vontade opera no Direito passa longe de ser arbitrário; ao mesmo tempo, há um papel ativo dessa vontade, de modo que somente é possível pensar o estatuto do crime de modo dúplice: objetivamente, a conduta criminosa não está colocada de modo harmônico com as “condições dominantes”; concomitantemente, tal oposição a essas condições não é e nem pode ser revolucionária, já que se trata da conduta de um indivíduo atomizado, da “luta do indivíduo isolado”, ou seja, de algo que, tendencialmente, deixa a estrutura social do modo de produção capitalista intocada. Nesse sentido, há um claro caráter classista no reconhecimento de um crime: trata-se, no Direito Penal, da contraposição a condutas que, se generalizadas – para além do “indivíduo isolado” – põem em risco o próprio domínio da burguesia enquanto classe. No entanto, o

7. Esta correlação entre o papel ativo do Estado e o reconhecimento dos nexos presentes na esfera econômica é essencial ao debate marxiano sobre o Direito e faz com que o tema da autonomização do Estado diante da sociedade civil-burguesa seja central. No entanto, a partir de Pachukanis, autores como Mascaro (2013, 2018) têm trazido uma correlação mais direta entre forma mercadoria e aquilo que chama de forma jurídica. Em Marx, tanto a mediação estatal quanto a compreensão das formas jurídicas são um tanto quanto distintas. (SARTORI, 2021).
8. Apenas com base nessa visão que, de algum modo relaciona-se com aquilo que Baratta (2020, p. 119) denunciou como um “princípio do interesse social”, é possível sustentar “a proteção de bens jurídicos como função do direito penal” (ROXIN, 2006).
9. Veja-se o contexto da passagem: ter-se-ia a “contradição do interesse particular com o interesse coletivo que o interesse coletivo assume, como Estado, uma forma autônoma, separada dos reais interesses singulares e gerais e, ao mesmo tempo, como comunidade ilusória, mas sempre fundada sobre a base real [realen] dos laços existentes em cada conglomerado familiar e tribal, tais como os laços de sangue, a linguagem, a divisão do trabalho em escala ampliada e demais interesses – e em especial, como desenvolveremos mais adiante, fundada sobre as classes já condicionadas pela divisão do trabalho, que se isolam em cada um desses aglomerados humanos e em meio aos quais há uma classe que domina todas as outras” (MARX; ENGELS, 2007, p. 37).

criminoso mesmo, não raro, como “indivíduo isolado”, acaba por não se ver enquanto funcional à concatenação das “condições dominantes” em seu sentido mais estrito, ligado à estruturação da relação-capital; isso tem uma razão forte: efetivamente, ele não é. Todavia, isso não significa que sua função seja desprezível ao se enxergar a totalidade do modo de produção capitalista. Nesse ponto, Rusche e Kirchheimer, tal qual Melossi e Pavarini, principalmente a partir da leitura do capítulo XXIV de *O capital*, trazem uma importante contribuição ao descrever o processo mediante o qual o surgimento do cárcere relaciona-se com a conformação da força de trabalho proletária.

Quando Marx diz que o Direito burguês “não passa da vontade de vossa classe erigida em lei”, esse aspecto vem à tona, pois, principalmente ao se ter em conta crimes patrimoniais (embora não só), garante-se, por meio da esfera jurídica, as “condições materiais de existência” da burguesia como classe. O crime, portanto, não “procede da pura arbitrariedade”, ao mesmo tempo que, para que uma conduta seja reconhecida como criminosa, é necessário que se tenha a “forma de uma vontade soberana” trazida na lei, cujo conteúdo é dado pela “vontade” burguesa “erigida em lei”. A questão penal em Marx só pode ser compreendida de modo cuidadoso passando-se por todos esses aspectos, que remetem às contradições entre as classes sociais na sociedade capitalista.

O ponto de vista do jurista, que enxerga no crime a mera violação do Direito (e da “vontade universal independente para si mesma”), assim, seria patético. Ao mesmo tempo, de acordo com o autor alemão, sob a sociedade capitalista, isso apareceria como socialmente necessário (SARTORI, 2020c). Marx passa longe de desconsiderar esse papel, inclusive, ao passo que enxerga na ideologia jurídica parte essencial do modo pelo qual a classe burguesa vê-se como tal depois do momento em que a economia política perde parte do seu apelo (SARTORI, 2018a). Não se trata, pois, de uma simples “ilusão” a ser iluminada pelos marxistas, que figurariam como uma espécie de vanguarda iluminada; a conformação mesma do Direito traria consigo esse aspecto, o qual, no caso do Direito Penal e da caracterização do crime, teria uma função essencial (LUKÁCS, 2013). Vejamos como Marx acredita ser unilateral a postura – “jurídica” – daqueles que acreditam que os crimes são cometidos por certa “petulância” diante da sacrossanta vontade universal presente no Direito:

“Os mesmos ideólogos que puderam imaginar que direito, lei, Estado etc. se originaram de um conceito geral, tal como, em última instância, do conceito do homem, e que teriam sido desdobrados por causa desse conceito, é natural que os mesmos ideólogos possam imaginar também que os crimes sejam cometidos por pura petulância contra um conceito, que os crimes em termos gerais não sejam nada mais que zombaria contra conceitos e que só seriam punidos para proporcionar satisfação aos conceitos violados. Sobre esse assunto já dissemos o necessário acima, com referência ao direito e, já antes disso, com referência à hierarquia, ao que remetemos.” (MARX; ENGELS, 2007, p. 330.)

Ao caçar do apego ao “conceito”, Marx tem em conta o modo pelo qual os neohegelianos, criticados em *Ideologia alemã*, tratam de modo idealista (e invertido) questões essenciais. Na esteira de Hegel, tais autores inverteriam a relação entre sociedade

civil-burguesa e Estado (MARX, 2005), de modo que enxergariam no Direito a realização real e racional da liberdade (SALGADO, 1998), sendo crime uma afronta ao conceito, em que a ideia estaria corporificada¹⁰, ou seja, pareceria que há efetivamente no mundo uma razão hipostasiada, que poderia estar expressa nos imperativos jurídicos, isto é, aqueles que se colocassem contra o Direito, colocar-se-iam contra a própria razão, não enxergando o quão petulantes estariam sendo¹¹.

O que o texto marxiano aponta contra os neohegelianos, portanto, volta-se também – acreditamos – contra certo tratamento do conceito de crime: “Direito, lei e Estado” pareceriam se originar de “um conceito geral”, diz Marx, tratar-se-ia do próprio “conceito de homem”, ou seja, nesse raciocínio, uma contravenção à legislação penal volta-se contra o próprio conceito de homem como tal, de maneira que um crime significaria uma violação à própria humanidade do homem; os “ideólogos”, no caso, pois, realizam uma função concreta: na medida mesma em que o Direito e o Estado, e, portanto, o crime, parecem assentar-se em bases meramente conceituais, tal aparência é defendida por tais ideólogos. No entanto, diz Marx ser sempre preciso, a partir das aparências, romper com elas: “toda ciência seria supérflua se a forma de aparecimento e a essência das coisas coincidissem imediatamente.” (MARX, 1985, p. 271.) Uma posição científica, por conseguinte, caracterizar-se-ia, também, por romper com aquilo que aparece como uma espécie de segunda natureza. E uma dessas aparências mais fortes quando se trata do crime é a relativa à universalidade da vontade presente na lei e no modo pelo qual está erigido o sistema jurídico da sociedade capitalista.

O Direito apareceria como se sua base estivesse em si mesmo ou em uma suposta natureza das coisas, presente, por exemplo, em um “conceito geral”, ou no “conceito de homem”, ao passo que essa inversão, em verdade, tem por trás de si a “comunidade ilusória” do Estado, cuja base real está nas contradições da sociedade civil-burguesa, ou seja, por mais que seja necessária a atuação jurídica, e da vontade dos funcionários (públicos ou privados) (SARTORI, 2020 c) para que o crime se constitua como tal, é necessário dizer que só se pode, por meio do Direito, reconhecer algo que está presente na realidade efetiva mesma, marcada pelas tensões e contradições que caracterizam a existência da sociedade capitalista¹². Em meio a esses conflitos (principalmente colocados

10. Diz Hegel que “realidade (*Realität*) e idealidade são consideradas muitas vezes como uma dupla de determinações que se contrapõem uma à outra com igual autonomia e, por esse motivo, se diz que fora da realidade há também uma idealidade. Ora, a idealidade não é algo que haja fora e ao lado da realidade, mas o conceito de idealidade consiste expressamente em ser a verdade da realidade, isto é, que a realidade posta como é em si, mostra-se ela mesma como idealidade” (HEGEL, 2005, p. 194).

11. Aqui não é o local para se tratar a fundo do assunto, mas esta conexão entre uma ideia hipostasiada de razão e o Direito não é incomum ainda hoje em dia (SARTORI, 2017).

12. Não sem ironia quanto à relação entre imprensa, opinião pública e a questão de que tratamos, diz Marx: “de acordo com o entendimento humano ordinário, alguém é caluniado quando é acusado de fatos fictícios; mas no entendimento extraordinário do Código Penal, alguém é caluniado quando

entre classes sociais) é que o crime e o criminoso vão se constituir: não só como algo arbitrário e decorrente da vontade estatal, jurídica ou burguesa, mas de acordo com a posição e a função (ou a não funcionalidade) de indivíduos colocados diante dos imperativos reprodutivos do capital. Marx, portanto, não coloca a conformação do crime como algo simplesmente decorrente do desenvolvimento econômico da sociedade, ao mesmo tempo que não reduz o crime a algo que é trazido por meio de uma espécie de etiquetamento¹³ de determinadas condutas; a esfera jurídica coloca-se como um elo intermediário entre a sociedade civil-burguesa e o Estado, de tal forma que, da contraditória relação entre estas, tem-se a caracterização do crime como real e efetivo na luta do indivíduo, e não das classes sociais como um todo, diante das condições sociais que se impõem na sociedade capitalista. E pode-se mesmo dizer que, neste sentido, há um enfoque importante de Marx na tematização da individualidade, também, ao abordar o Direito (SARTORI, 2018a, 2018b). E, assim, por mais que autores como Pachukanis – e aqueles que o seguem, como, no Brasil, Mascaro e Naves – abordem aspectos essenciais da obra marxiana, há pontos que estão presentes no texto do autor de *O capital* que, ao analisar a questão penal, explicitam-se sem terem sido abordados com cuidado a partir da correlação entre forma mercantil e jurídica¹⁴.

Mais à frente, veremos como, por vezes, a caracterização do crime pode também estar direta e politicamente ligada a determinada classe social, como no caso da “legislação penal de exceção”. Antes, porém, é necessário aprofundar um pouco mais sobre a forma

é censurado por fatos verdadeiros, fatos que podem ser provados, mas apenas de uma maneira excepcional, apenas por meio de uma sentença, por meio de um documento oficial. Que milagrosa a força das sentenças e documentos oficiais! Apenas fatos julgados, documentados oficialmente são verdadeiros, são fatos reais. Alguma vez um Código Penal caluniou tão gravemente o mais ordinário entendimento humano? Alguma vez a burocracia levantou uma semelhante muralha chinesa entre si e a opinião pública? Protegidos sob a couraça deste parágrafo, funcionários e deputados são tão imunes quanto os reis constitucionais. Estes senhores podem cometer tantos fatos ‘que os exponham ao ódio e ao desprezo dos cidadãos’ quantos quiserem, mas estes fatos não podem ser declarados, escritos, impressos, sob pena de perda dos direitos civis, acrescida da inflexível prisão e multa. Viva a liberdade de imprensa e de expressão atenuada pelos parágrafos 367, 368 e 370! Você é ilegalmente encarcerado. A imprensa denuncia a ilegalidade. Resultado: A denúncia é ‘apreciada’ em um ‘inquérito judicial’ por “calúnia” do honrado funcionário que cometeu a ilegalidade, a não ser que tenha ocorrido um milagre e, sobre a ilegalidade que ele cometeu hoje, já ontem uma sentença tenha sido lavrada.” (MARX, 2010a, p. 142-143.)

13. Embora não haja aqui espaço para desenvolvimento do tema de forma adequada, a sinalização de Marx pode trazer contribuições interessantes para o debate mais recentemente estabelecido entre duas importantes correntes do pensamento criminológico – a Criminologia Crítica e o assim chamado Realismo de Esquerda –, mais especificamente quanto ao acerto de contas com o *Labelling Approach*, uma das fontes teóricas fundamentais da primeira (BARATTA, 2020, p. 85-100), e que teria conduzido a algo que a segunda criticou como um “idealismo de esquerda”, manifesto exatamente na incorporação de um construtivismo social (FONSECA; SOZZO, 2014, p. 374).
14. Para que se explicito o modo como a categoria forma jurídica aparece em Marx principalmente no livro III de *O capital*, e não tanto no livro I, como enfatiza a tradição pachukaniana (SARTORI, 2021).

SARTORI, Vitor Bartoletti; MEDRADO, Nayara Rodrigues. Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 229-272. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

como a crítica de Marx a uma visão idealista de Direito repercute na crítica a certas compreensões em torno das funções da pena. Isto é essencial para que se perceba como que a análise da obra do próprio autor alemão fornece pontos de partida que nem sempre foram explicitados na tradição da criminologia crítica, bem como da crítica marxista ao Direito.

3. SOBRE AS FUNÇÕES ATRIBUÍDAS À PENA E AO DIREITO PENAL PELAS TEORIAS DO DIREITO

Os argumentos desenvolvidos por Marx e por Engels n'*A Ideologia Alemã* para criticar uma visão idealista do Direito aparecem também n'*A Sagrada Família*, primeira obra escrita a quatro mãos pelos autores, em que se faz nítida a visão sobre algo que Marx denominou por “teoria teológica da pena”, produto de uma certa filosofia neohegeliana que interpretava o crime e a punição de modo especulativo. É a partir daí que a crítica de Marx ao idealismo “de esquerda” da *Sagrada Família* – Bruno Bauer e seus consortes –, que, no lugar da práxis, do enfrentamento à realidade objetiva, privilegiava a autoconsciência como grande motor de transformação das misérias alemãs¹⁵, aparece, no último capítulo do livro, escrito exclusivamente por Marx, como crítica também a um direito idealista e, mais especificamente, a uma concepção idealista da pena e de sua função. A partir da interpretação do romance-folhetim *Les Mystères de Paris* (*Os Mistérios de Paris*), de Eugène Sue, e, em especial, da crítica à releitura distorcida dessa obra pelo jovem hegeliano Franz Szeliga, Marx criticará tanto uma visão literalmente teológica da pena, quanto, de modo geral, as implicações de um raciocínio idealista sobre o crime e a punição.

O romance de Sue foi publicado entre 1842 e 1843 no conservador *Journal des Débats* e teve amplo alcance e popularidade na época, tanto entre as frações burguesas quanto no seio da classe trabalhadora. Trata-se de uma das primeiras obras literárias a descrever as condições de miserabilidade do operariado francês do período, muito embora, na visão de Marx, o faça a partir da pregação de um moralismo barato, de fundo cristão, naquilo que Lukács (1968, p. 18) chamou de “utopismo pequeno-burguês reacionário”, e Leandro Konder (2015, p. 98) classificou como “demagogia sentimentalóide de fundo conservador”.

Mas o embate de Marx não é exatamente com Sue, e sim com um neohegeliano em específico, integrante indireto da *Sagrada Família* Bauer. Franz Szeliga (pseudônimo de Franz-Zychlin von Zychlinski), ao comentar os *Mistérios de Paris*, forneceu uma apoteose, uma exegese especulativa da obra. Na visão de Marx, se Eugène Sue, apesar de

15. “Porque o “mundo religioso enquanto mundo religioso” apenas existe na condição de mundo da autoconsciência, o Crítico crítico – teólogo ex professo – nem sequer chega ao pensamento de que existe um mundo no qual *consciência* e *ser* são coisas distintas, mundo que segue em pé como antes, se eu apenas superar sua existência intelectual, sua existência como categoria, como ponto de vista, quer dizer, se eu modificar minha própria consciência subjetiva sem mudar com isso a realidade objetiva de maneira realmente objetiva, quer dizer, sem mudar minha própria realidade objetiva, a minha e a das outras pessoas” (MARX; ENGELS, 2011, p. 216).

opor uma resposta moralista e conservadora ao pauperismo e às violências gestadas pelo capitalismo, teve o mérito, em alguns momentos, de elevar-se acima do horizonte de sua própria concepção de mundo, batendo à cara dos preconceitos da burguesia (MARX; ENGELS, 2011, p. 194), o “Crítico crítico” Szeliga, distorcendo o sentido original do texto, não faz mais que “transformar trivialidades em mistérios”, que “ocultar aquilo que já estava desocultado”. De fato, questões como a desigualdade entre ricos e pobres no interior do Estado e perante o Direito¹⁶ e até, naquilo que nos interessa em especial, as determinações do crime, que já haviam sido desveladas em alguma medida pela literatura socialista e mesmo pela economia política vulgar (ainda que, claro, como “representantes científicos da riqueza”, sem grandes pretensões de remexer nessa situação), são novamente transformadas, pela Crítica crítica de Szeliga, em mistérios, convertidas em uma “relação ingênua entre rico e pobre”: “o que ocorre é que não desenvolve, *em parte nenhuma*, um conteúdo real, de modo que nele a construção especulativa aparece sem nenhum adiantamento estranho que a desequilibre, sem nenhum tapume de duplo sentido, brilhando ante os nossos olhos em toda sua beleza nua” (MARX; ENGELS, 2011, p. 76).

E esse exercício especulativo se dá com forte apelo à moralidade burguesa e religiosa. É ela que Szeliga tem em vista e reafirma ao, em releitura do romance de Sue, transformar os personagens do folhetim em alegorias, figuras que se apresentam, cada uma delas, como espécie de encarnação de um determinado “vício” (o inconformismo, a raiva, a sensualidade, a ambição) ou de determinada “virtude” (a subserviência, a devoção, a gratidão, o arrependimento), eleitos não a partir de considerações sobre a individualidade humana ou sobre as circunstâncias concretas em meio às quais os homens forjam essa individualidade, mas a partir de um tipo ideal, pautado em uma “hipocrisia religiosa” que “vê tudo o que há de humano no homem como algo alheio a ele, e tudo o que não é um humano nele como seu *próprio e verdadeiro* patrimônio” (MARX, ENGELS, 2011, p. 196). Desse modo, “depois de engendrar a categoria ‘o mistério’ a partir do seio do mundo real, ele engendra o mundo real a partir dessa categoria [...], convertendo ‘o mistério’ em um sujeito independente, que se *encarna* nas situações de pessoas reais” (MARX; ENGELS, 2011, p. 75).

Marx critica a pretensão de Szeliga, por assim dizer, desde dentro¹⁷: apontando a imoralidade presente no procedimento “moral” das personagens designadas como virtuosas, e a humanidade autêntica presente no comportamento daquelas caracterizadas como viciadas, o autor *d’A Sagrada Família* ridiculariza o modo como o “crítico crítico”, em sua distorcida leitura da obra de Sue, reafirma a ideologia burguesa e cristã nos seus valores morais, impressos nas diversas personagens (ALBINATI, 1999, p. 122). Nesse exercício, Marx aponta o caráter artificial e hipócrita do arranjo de Szeliga e, com isso, empreende uma crítica não moral à moralidade burguesa, remetendo-a à própria base real que a origina e a sustenta.

16. A “miséria física e moral da pobreza” (MARX; ENGELS, 2011, p. 71).

17. Para uma análise deste procedimento marxiano, vide LUKÁCS, 1959.

SARTORI, Vitor Bartoletti; MEDRADO, Nayara Rodrigues. Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 229-272. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

É em meio a essa crítica que Marx analisa a teoria da pena proposta pelo personagem-protagonista Rodolfo, “o príncipe de Geroldstein”, aristocrata colocado na posição de “pai dos pobres” e grande guia moral, sendo, por isso, o representante da Crítica crítica de Szeliga. Cabe a Rodolfo, “o *primeiro* servidor do *Estado* da humanidade” (MARX, ENGELS, 2011, p. 185), o papel de conduzir os personagens viciados em sua “transformação crítica”.

É o que acontece com o personagem Maître d'école, descrito por Marx como

“um criminoso de força física hercúlea e grande energia espiritual, [...] homem culto e instruído, [...] um apaixonado atleta que entra em conflito com as leis e os costumes da sociedade burguesa, cuja medida geral é a mediocridade, a moral delicada e o comércio secreto” (MARX; ENGELS, 2011, p. 200).

Em seu projeto de “reforma crítica”, que passa sobretudo por salvar a alma, Rodolfo propõe uma punição baseada na expiação dos pecados da carne, especialmente a partir de um isolamento, capaz de promover a penitência e o arrependimento e, com isso, a redenção:

“Apenas te isolarei do mundo exterior para que te afundes sozinho com a recordação de teus feitos infamantes em uma noite impenetrável [...] Tu te verás obrigado a contemplar teu interior [...] tua inteligência, que tu mesmo degradaste, haverá de despertar e te conduzir à expiação.” A ideia do isolamento como método de correção é levada às últimas consequências: o criminalista Rodolfo cega o criminoso Maître e, com isso, enfia-o, senão em um convento real, em um “convento ideal” (MARX; ENGELS, 2011, p. 202).

Marx critica como esse suposto método de correção do delinquente é mais desumano que os mais desumanos métodos de correção vigentes no período, como as colônias penais, além de apontar como, no fundo, ele está pautado na vingança. Trata-se, em verdade, como o próprio Marx vai reconhecer, de uma referência ao sistema celular, um tipo de confinamento solitário adotado inicialmente e por curto período nos Estados Unidos ainda no século XVIII, por iniciativa entusiasta dos *Quakers*, e que se expande para toda a Europa ao longo do século XIX¹⁸. Mas, para além do caráter nitidamente religioso dessa teoria, descrita por Marx como “a união da teologia com a jurisprudência”, como

18. Para Georg Rusche, “o confinamento solitário, sem trabalho ou com um trabalho puramente punitivo, é um sintoma de uma mentalidade que, como resultado do excedente populacional, abandona a tentativa de encontrar uma política racional de reabilitação, ocultando este fato com uma ideologia moral” (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 2004, p. 192). Se os americanos, com seu repentino e extraordinário desenvolvimento industrial, logo abandonaram o confinamento solitário em prol do “sistema de Auburn”, “o que a sociedade europeia precisava, com seu exército industrial de reserva, era de um tipo de punição que produzisse medo no coração dos miseráveis [...]”. O sentimento de dependência completa e de inutilidade que o confinamento solitário engendra era considerado o pior tormento para qualquer um” (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 186).

“a teoria penal da Igreja *católica*” (MARX; ENGELS, 2011, p. 201), o que o autor d’A *Sagrada Família* vai sustentar é que a teoria de Rodolfo nada mais é, ao fim, que uma replicação da teoria da pena construída pelo idealismo alemão: a teoria hegeliana da pena, baseada no autoenjuizamento do criminoso, na ideia de que, na punição estatal, o criminoso “dita a sentença sobre si mesmo”, elevando-se ao plano de “juiz’ de seu ‘próprio’ delito” (MARX; ENGELS, 2011, p. 202).

A teoria hegeliana da pena, que compõe aquilo que na ideologia do Direito Penal costuma-se chamar de Teoria Absoluta ou de Teoria Retributiva da Pena (SCHÜNEMANN, 1991, p. 149; FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 45; CIRINO, 2012, p. 422; CARVALHO, 2013, p. 55), também é criticada por Marx em um artigo publicado em 1853 no *The New Tribune* e traduzido com o nome de “Pena Capital – Panfleto do Sr. Cobden – Regulações do Banco da Inglaterra”. Como o próprio Marx explicará, para Hegel, o crime representa a negação do direito e, sendo a pena a negação dessa negação, ela aparece como “uma afirmação do direito requerida e imposta a si mesmo pelo criminoso” e, por isso, representa para este mesmo criminoso um direito. Apesar de reconhecer algo de sedutor na fórmula hegeliana, por, reconhecendo a dignidade humana em abstrato, elevar o homem à qualidade de ser livre que se autodetermina, Marx afirmará que:

“o idealismo alemão, aqui, como em muitas outras ocasiões, nada mais faz que dar uma sanção transcendental às leis da sociedade existente. Não é uma ilusão substituir o indivíduo com seus reais motivos, com variadas circunstâncias sociais pressionando-o, pela abstração do ‘livre-arbítrio’ – uma entre as muitas qualidades do homem em si! Esta teoria, que considera a punição resultado da vontade do próprio criminoso, é apenas a expressão metafísica do velho *jus talionis*: olho por olho, dente por dente, sangue por sangue.” (MARX, 2015a, p. 33.)

A crítica de Marx à visão hegeliana da pena – encarnada na teoria penal de Rodolfo – coloca-se em meio a uma crítica mais ampla do autor às tendências do idealismo alemão, como destacado no último tópico. Mas, como é perceptível do trecho supra, essa crítica também está profundamente relacionada com a concepção marxiana de individualidade (SARTORI, 2018a, 2018b). Contra a afirmação de um “livre-arbítrio”, de um sujeito desvinculado e indeterminado, Marx compreende o homem como ser ativo, autoprodutor, construtor de sua história, mas que produz sua existência sob determinadas condições materiais. As circunstâncias fazem os homens ao mesmo tempo que os homens fazem as circunstâncias, ou, na famosa síntese expressa n’O 18 *Brumário de Luís Bonaparte*:

“Os homens fazem a sua própria história; contudo, não a fazem de livre e espontânea vontade, pois não são eles quem escolhem as circunstâncias sob as quais ela é feita, mas estas lhes foram transmitidas assim como se encontram. A tradição de todas as gerações passadas é como um pesadelo que comprime o cérebro dos vivos.” (MARX, 2011b, p. 25.)

Não há em Marx, portanto, um ser indeterminado, atomizado, tomado em descon sideração ao seu meio, onde ele forja sua existência. Há, antes, um ser social que transforma a natureza por meio de sua autoatividade e, com isso, modifica simultaneamente a sua própria natureza humana: o ponto de partida são os “indivíduos produzindo em sociedade” (MARX, 2011a, p. 39). Essa autoatividade opera-se sempre em sua inter-relação com o meio e com outros homens, estando necessariamente condicionada a um determinado resultado material histórico, essa “tradição de todas as gerações passadas” que “comprime o cérebro dos vivos”. Como ser social, o homem não existe fora de suas relações materiais de produção e de reprodução da vida em sociedade, guiadas a partir da busca pelo atendimento a suas necessidades vitais.

Perceber o crime como fruto exclusivo do livre-arbítrio ou da vontade do criminoso seria um exercício de “robinsonada”, que Marx tanto criticou na economia política clássica de David Ricardo e Adam Smith, e, de outro modo, no contratualismo de Rousseau: tal qual Robinson Crusoe, pressupor o indivíduo isolado em uma ilha e dessa pressuposição retirar todas as consequências interpretativas (MARX, 2011a, p. 39). Por isso mesmo, o indivíduo que o idealismo alemão concebe, que escolhe livremente praticar um crime, não é mais que uma abstração não razoável, que se presta a sancionar o existente, em uma releitura metafísica da lei taliônica¹⁹. O indivíduo – e, obviamente, o indivíduo que pratica um crime – deve ser entendido, para Marx, não como um átomo, um ser pré-formatado, desembaraçado de qualquer tipo de amarra social, mas, ao contrário, como ser autoposto, em meio a suas determinações materiais, construtor ativo de sua história dentro das molduras colocadas pela própria realidade efetiva, o que, claro, também não se confunde com a defesa de um sociologismo durkheimiano ou de um determinismo tacanho nos moldes positivistas. Marx reconhece a liberdade como escolha diante de diferentes alternativas colocadas na realidade concreta, o que, se o afasta de um determinismo mecânico, apenas o autoriza a admitir o livre-arbítrio como “uma entre as muitas qualidades do homem em si”, diferentemente do que quer o idealismo alemão e, embora com tonalidade diversa, o iluminismo jurídico-penal herdeiro do contratualismo clássico, que, aliás, ainda hoje compõe uma das influências fundantes da tradição em relação à qual a dogmática penal e processual-penal brasileira mais progressista é legatária (FERRAJOLI, 2002). Isto se dá até mesmo porque nosso autor é um profundo crítico da tradição sociológica, bem como das ciências parcelares (SARTORI, 2018a).

19. Aqui não podemos aprofundar a questão. Porém, há de se perceber um duplo aspecto: primeiramente, que aquilo desenvolvido, na esteira da teoria pachukaniana, sobre a relação entre a lei taliônica, a equivalência que parte da forma mercadoria e a humanização do Direito Penal é interessantíssimo e tem um teor crítico bastante proveitoso. Contudo, ainda que reconhecendo a importância de autores como Juarez Cirino dos Santos (2018) que, seguindo a trilha dos estudos de Dário Melossi e Massimo Pavarini (2006), enfatizam a abordagem pachukaniana da pena como retribuição equivalente, nota-se que, por outro lado, a teorização marxiana, embora englobe tal elemento, traz aspectos outros e que precisam ser vistos e desenvolvidos com cuidado.

É também a partir de uma precisa compreensão da individualidade que *A Sagrada Família* fornece elementos para se pensar uma recorrentemente reivindicada função “ressocializadora” da pena, isto é, a ideia de que a função da pena seria promover uma correção, uma reforma do indivíduo penalizado de modo a torná-lo apto a conviver em sociedade, a partir da introjeção de certos valores fundamentais. Para além do personagem Maître que, submetido ao isolamento reformador, acaba por desenvolver alucinações, Marx aborda essa questão a partir do personagem Chourineur, um açougueiro que é transformado, por “diversas fatalidades”, em um assassino, e que é então submetido, pelo príncipe Rodolfo, ao que Szeliga chamou de restituição de humanidade, analisada por Marx como uma “admirável domesticação do implacável homem selvagem”. A “transformação crítico-moral” de Chourineur não é mais, enfim, que a destruição de sua individualidade e de sua independência, em um processo de reificação que presta homenagens a uma “honestidade burguesa atrasada”: “o antigo açougueiro se transformou num cão”, mas “não se tornou um buldogue comum, mas sim um *buldogue moral*” (MARX; ENGELS, 2011, p. 187). O açougueiro torna-se, com a metamorfose crítica, um espião e agente provocador a serviço de Rodolfo, responsável por armar emboscadas farsantes, além de cuidar do seu “senhor” como enfermeiro, até que, ao fim, de tão domesticado, “deixa-se esfaquear em defesa de seu magnânimo senhor”, e assim se declara “útil” (MARX; ENGELS, 2011, p. 188). Algo parecido ocorre com a personagem Flor de Maria, mulher livre, forte, autêntica e otimista que, submetida à pena católica de Rodolfo e enclausurada em um convento, é ensinada a olhar-se desde o ponto de vista cristão, o que a leva à literal destruição de sua individualidade: “de primeiro Rodolfo converte Fleur de Marie em uma pecadora arrependida, a pecadora arrependida logo se converte em uma freira e, por último, a freira se converte em um cadáver. Em seus funerais, além do padre católico, também o padre *crítico* Szeliga pronuncia uma oração fúnebre” (MARX; ENGELS, 2011, p. 199).

A teoria católica de Rodolfo que Szeliga elogia não apenas toma o homem como absolutamente livre e desembaraçado, mas também como ser pré-formatado, constituído por uma parte profana (o corpo), à qual são atribuídos todos os seus vícios, e uma parte espiritual, sagrada (a alma), que merece ser salva. Para o jovem hegeliano, apenas a alma compõe a humanidade do ser, sua verdadeira essência. O caminho da salvação é justamente aniquilar o que o homem tem de profano: “é esse o meio cristão, que arranca o olho quando o olho está em pecado, em *uma* palavra, que mata o corpo quando o corpo peca, uma vez que olho, mão e corpo na verdade são apenas ingredientes puramente supérfluos e pecaminosos do homem. É preciso matar a natureza humana para curar suas enfermidades.” (MARX; ENGELS, 2011, p. 201.)

Contra essa perspectiva que apenas enxerga o homem a partir das ideias fixas de “bem” ou “mal”, e que transforma “os *homens reais* em *pontos de vista abstratos*”, Marx vê esses assim chamados “pecados” identificáveis eventualmente no crime como manifestações, por vezes “perturbadoras” ou “falsas”, das forças essenciais humanas. O crime de Maître d’école não pode ser visto de outro modo senão como uma manifestação de sua

individualidade humana e concreta: o fato de ser uma “manifestação perturbadora” não a torna menos humana. Mas é exatamente nesse sentido que Marx conclui: “uma teoria penal que reconhece no delinquente, ao mesmo tempo, o *homem*, apenas pode fazê-lo na *abstração*, na imaginação, precisamente porque a *pena* e a *coação* contradizem o comportamento *humano*.” (MARX; ENGELS, 2011, p. 202.)

De tudo isso, é possível concluir que a crítica de Marx no capítulo oitavo d’*A Sagrada Família* orienta-se em uma dupla dimensão. De um lado, questiona essa “crueldade cristã”, “que se limita a cortar a cabeça de um homem quando quer aniquilá-la”, apontando com essa teoria penal católica não é mais que a mutilação da própria individualidade humana – e a pena como tal parece ser, ela mesma, contraditória com o reconhecimento dessa individualidade; de outro, é apresentado como essa “reforma crítica”, bebendo nas fontes do idealismo alemão, nada mais é que uma adaptação forçada às leis próprias da sociedade burguesa.

Completando o quadro dos discursos legitimadores da pena, Marx é também um crítico da visão de uma pretensa função preventiva ou dissuasória da pena, aparentemente também ela uma “expressão metafísica das penas empíricas usuais”, como disse o autor em referência à teoria hegeliana n’*A Sagrada Família*. Em artigo publicado no *The New Tribune* em 1853, Marx ironiza:

“A punição em geral tem sido defendida como um meio de atenuar ou de intimidar. Agora que direito você tem para me punir em nome da melhoria ou da intimação dos outros? E além disso há toda uma história – existe algo chamado estatística – que prova com a mais completa evidência que desde Caim o mundo não tem sido nem intimidado nem amenizado pela punição. Muito pelo contrário.” (MARX, 2015a, p. 33.)

No fim, já nesses escritos, Marx apresenta o tom idealista e moralista, ao mesmo tempo que hipócrita, caracterizador dos discursos a respeito das funções da pena, que comporiam aquilo que tradicionalmente é chamado de “ideologia da defesa social” (BARATTA, 2020, p. 41), desdobrável nos discursos de retribuição (as assim chamadas teorias absolutas) ou prevenção (as assim chamadas teorias relativas, que incluiriam ideias como as de dissuasão, de ressocialização, de neutralização etc.). Afinal, Rodolfo “possui exatamente todas as paixões do *mau*, que ele castiga no outro furando-lhe os olhos. Apenas uma série de acasos felizes, dinheiro e posição salvam o *bom* de ir em cana” (MARX; ENGELS, 2011, p. 233). Ao mesmo tempo, o autor d’*A Ideologia Alemã* antecipa, de algum modo, a função social desempenhada por essa ideologia: Rodolfo, “o maior dos criminalistas”, discute com o mundo jurídico a respeito dos diferentes modos e tipos da punição, mas nunca “sobre a pena em si”. Por isso mesmo, a teoria hegeliana da pena, na qual Rodolfo de algum modo parece buscar inspiração, segue sendo uma “interpretação meramente especulativa das *penas criminais empíricas usuais*” (MARX; ENGELS, 2011, p. 202).

Se há uma “defesa social” que pode ser atribuída à pena, ela está naquilo que o autor argumentava em seu escrito de 1853: “Falando claramente, e dispensando todas as

paráfrases, a punição nada mais é que um meio de a sociedade defender-se contra a infração de suas condições vitais, qualquer que seja o caráter destas” (MARX, 2015b, p. 33). Pensar a pena em si, no sentido marxiano, significa, antes de tudo, pensar em quais são essas condições vitais próprias de uma dada forma de sociabilidade e o modo como a pena serve à proteção dessas mesmas condições vitais. Significa, ainda hoje, pensar as condições vitais do modo capitalista de produção e reprodução da vida imediata, e em como a pena, tal como a adotamos, serve à garantia dessa específica forma de sociabilidade, do mesmo modo que o direito, em um sentido mais geral, “apenas se limita a sancionar o existente” (MARX; ENGELS, 2011, p. 214).

Se n’A *Sagrada Família* já aparece, portanto, uma preocupação de Marx com o “pensar a pena em si”, algo de que o “mundo jurídico” enquanto mundo jurídico se furta, será especialmente em textos escritos para a *Nova Gazeta Renana*, n’O *Capital* e nas *Glosas Críticas de 1844* que o autor trará contribuições fundamentais para pensar o modo como a pena, e mais especificamente a pena privativa de liberdade, serve às necessidades impostas pelo capitalismo. Passemos a eles.

4. SOBRE A FUNCIONALIDADE DO CRIMINOSO E SUA RELAÇÃO COM O PAUPERISMO E COM O LUMPENPROLETARIADO

Marx trata da “assim chamada acumulação primitiva”, procurando mostrar o modo como, na via clássica ao capitalismo²⁰, conforma-se a relação-capital, em um processo sanguinário e violento. Os autores que mencionamos acima, como Rüsche e Kirschheimer, bem como Melossi e Pavarini, tratam da questão de forma bastante cuidadosa, de modo que não nos aprofundaremos na questão aqui; porém, é necessário que tragamos alguns poucos aspectos essenciais para que continuemos delineando a questão que abordamos neste artigo:

“Expulsos pela dissolução dos séquitos feudais e pela expropriação violenta e intermitente de suas terras, esse proletariado inteiramente livre não podia ser absorvido pela manufatura emergente com a mesma rapidez com que fora trazido ao mundo. Por outro lado, os que foram repentinamente arrancados de seu modo de vida costumeiro tampouco conseguiam se ajustar à disciplina da nova situação. Converteram-se massivamente em mendigos, assaltantes, vagabundos, em parte por predisposição, mas na maioria dos casos por força das circunstâncias. Isso explica o surgimento, em toda a Europa ocidental, no final do século XV e ao longo do século XVI, de uma legislação

20. Aqui não poderemos tratar do modo pelo qual Marx enxerga outros modos de objetivação do capitalismo em formações sociais distintas. Só para que elenquemos dois locais de características muito diferentes, há de se apontar que Marx tratou do capitalismo alemão e do caso russo. Para uma análise do último, vide SARTORI, 2018b. Para um estudo sobre o primeiro, vale verificar o modo como Lukács (1959) se apropria das leituras de Marx e de Engels.

SARTORI, Vitor Bartoletti; MEDRADO, Nayara Rodrigues. Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 229-272. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

sanguinária contra a vagabundagem. Os pais da atual classe trabalhadora foram inicialmente castigados por sua metamorfose, que lhes fora imposta, em vagabundos e *paupers*. A legislação os tratava como delinquentes “voluntários” e supunha depender de sua boa vontade que eles continuassem a trabalhar sob as velhas condições, já inexistentes”. (MARX, 2013, p. 980.)

Marx mostra que a formação do proletariado tem por trás de si o processo de “expropriação violenta e intermitente de suas terras”; trata-se de um “proletariado inteiramente livre”, tanto dos meios de produção como para vender sua força de trabalho:

“trabalhadores livres no duplo sentido de que nem integram diretamente os meios de produção, como os escravos, servos etc., nem lhes pertencem os meios de produção, como no caso, por exemplo, do camponês que trabalha por sua própria conta etc., mas estão, antes, livres e desvinculados desses meios de produção.” (MARX, 2013, p. 961.)

No entanto, como não poderia deixar de ser, não se trata de um processo automático: o modo repentino pelo qual se deram as expropriações retira aqueles habituados com “seu modo de vida costumeiro” de suas antigas condições de vida e “traz” tais homens “ao mundo” como proletários, dependentes da emergente indústria, então representada na figura da manufatura²¹. Ao mesmo tempo, porém, a situação faz com que tais pessoas não estejam ainda preparadas para a disciplina da produção vigente no modo de produção capitalista, ou seja, é preciso ter em conta o modo pelo qual, concretamente, tem-se a formação da classe trabalhadora. Marx, assim, é bastante preciso ao dizer em *O capital* que tal processo passa longe de ser natural, evidente e automático:

“Não basta que as condições de trabalho apareçam num polo como capital e no outro polo, pessoas²² que nada têm para vender a não ser sua força de trabalho. Não basta também forçarem-nas a se venderem voluntariamente. Na evolução da produção capitalista, desenvolve-se uma classe de trabalhadores que, por educação, tradição, costume, reconhece as exigências daquele modo de produção como leis naturais evidentes.” (MARX, 1996b, p. 358.)

Podemos dizer que a revolta individual, mencionada anteriormente, e que leva à “luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes”, coloca-se contra o reconhecimento das “exigências daquele modo de produção como leis naturais evidentes”. Isso é essencial.

21. Diz Marx que “a pobreza enquanto tal começa com a liberdade dos agricultores – o agrilhoamento feudal ao solo ou ao menos à localidade havia até então poupado à legislatura o trabalho de ocupar-se com os vagabundos, pobres etc.” (MARX, 2011a, p. 615).

22. Sobre o modo pelo qual a noção de pessoa aparece em Marx, vide SARTORI, 2015b.

SARTORI, Vitor Bartoletti; MEDRADO, Nayara Rodrigues. Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 229-272. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

Para que tais indivíduos se conformem como “uma classe de trabalhadores que, por educação, tradição, costume, reconhece as exigências daquele modo de produção como leis naturais evidentes”, é preciso muito esforço e tempo, mas também força, trazida, por exemplo, na figura do Direito Penal. Vale enfocar neste ponto de nossa análise, porém: Marx passa longe de atribuir somente ao emergente sistema penal a inteira responsabilidade pela formação de uma classe trabalhadora adequada aos imperativos do modo de produção capitalista. Educação, tradição e costumes são levados em conta pelo autor alemão e, mesmo que não sejam analisados de modo pormenorizado em *O capital*, deve-se admitir que a análise marxiana abre um campo essencial de pesquisa, explorado com maestria por autores como E. P. Thompson, por exemplo. Disso, contudo, não podemos tratar neste artigo, em que nos voltamos ao texto do próprio Marx.

Segundo Marx, o proletariado decorrente das expropriações em massa que constituem a “assim chamada acumulação primitiva”, no caso inglês, não podia ser absorvido de imediato pela manufatura. Com isso, em meio à impossibilidade de venderem sua força de trabalho, esses numerosos trabalhadores “converteram-se massivamente em mendigos, assaltantes, vagabundos” diante da imposição dos imperativos do capital²³; no que se percebe ainda que, segundo Marx, houve alternativas e graus de não funcionalidade diante da relação-capital colocados a esses homens: é muito diferente tornar-se um mendigo, vagabundo ou assaltante. Se formos usar os padrões criminais brasileiros atuais, por exemplo, somente o assaltante seria, em sentido estrito, um criminoso.

Outro meandro que é preciso que fiquemos atentos diz respeito à determinação dessas alternativas. Na “maior parte dos casos por força das circunstâncias”, tal situação se configura; ao mesmo tempo, Marx – é verdade que com uma dicção que não deixa de estar marcada por certa tonalidade problemática do século XIX – indica que haveria, em parte, predisposição, ou seja, a “educação, tradição, costume” destes homens (e não qualquer conformação natural ou biológica, por óbvio) faz de suas individualidades mais propensas a sucumbirem diante das circunstâncias que se impõem no processo de conformação do capital²⁴. No que se tem mais um campo bastante importante: Marx abre espaço

23. Diz Marx sobre a mais-valia absoluta que “a primeira forma corresponde à transformação violenta da maior parte da população em trabalhadores assalariados e à disciplina que transforma sua existência na de meros trabalhadores. Durante 150 anos, p. ex., desde Henrique VII, os anais da legislação inglesa contêm, escritas com sangue, as disposições punitivas que foram empregadas para transformar em trabalhadores assalariados livres a massa da população que se tornara sem propriedade e livre. A supressão dos séquitos, o confisco dos bens das igrejas, a supressão das guildas e o confisco de suas propriedades, a expulsão violenta da população do campo por meio da transformação da terra agrícola em pastagens, o cercamento das áreas comuns etc., tinham posto os trabalhadores como simples capacidade de trabalho. Mas eles preferiram, é claro, a vagabundagem, a mendicância etc., ao trabalho assalariado, e primeiro tiveram de ser violentamente habituados a ele. Algo parecido se repete com a introdução da grande indústria, das fábricas funcionando com máquinas” (MARX, 2011, p. 1062).

24. Vale apontar como Engels, sob esse aspecto, tem uma dicção muito mais problemática que a de Marx: “o desprezo pela ordem social manifesta-se com a maior clareza em sua mais extrema

em sua obra a uma pesquisa séria sobre a relação entre determinação social, formação da individualidade e o modo pelo qual se dá a luta “contra as condições dominantes”. Pelo que vemos, há algumas alternativas a serem analisadas quanto ao seu potencial: é muito diferente se tal luta se dá na figura do indivíduo isolado, com a mediação da consciência de classe, com uma aspiração à realização da cultura ocidental etc. As mediações nessa luta são várias e não podemos tratar delas aqui, destacando somente que autores como György Lukács (2013) talvez tenham contribuído muito nesse estudo, ou seja, a análise marxiana não traz qualquer esquema fechado, indicando em *O capital* o modo clássico pelo qual se tem a entificação do capitalismo (CHASIN, 2009); nesse modo de entificação, há inúmeras tendências contraditórias que são levadas em conta pelo autor alemão, de modo que a leitura atenta de sua obra traz uma missão dúplice: compreender como o autor mesmo relaciona tais tendências (e, assim, analisar o modo pelo qual elas se colocam somente em correlação) e, doutro lado, averiguar como nas distintas formas de entificação do capitalismo tais correlações se desenvolvem histórica e concretamente.

Ao tratar da Inglaterra, diz Marx que a “legislação sanguinária contra a vagabundagem” surge nos séculos XV e XVI em razão da “metamorfose” abrupta a que foram submetidos os “pais da atual classe trabalhadora”, que, “por educação, tradição, costume”, ainda não reconheciam “as exigências daquele modo de produção como leis naturais evidentes”, ou seja, o papel ativo do Direito e, em especial, de sua faceta penal, é trazido à tona ao passo que se busca reconhecer alternativas dentro da educação, tradição e costume da classe trabalhadora nascente, alternativas estas que sejam mais desejáveis que outras. De acordo com a análise marxiana, o modo de produção capitalista depende da existência do proletariado, ao mesmo tempo que não são todos os atributos possíveis dos indivíduos proletários que são funcionais, ao menos não imediatamente, à reprodução da relação-capital. Aqueles despojados dos meios de produção, e ainda não prontos para a venda da força de trabalho em condições ideais à manufatura, são convertidos em “paupers”, sendo o pauperismo uma grande questão na sociedade capitalista (MARX, 2013, 2010b). Assim, o modo de produção capitalista, segundo Marx, simultaneamente, incrementa a riqueza material e aumenta, ao menos em seus primórdios, a pobreza, de modo que aponta o autor de *O capital*: “deve haver algo de podre na essência mesma de um sistema social que eleva sua riqueza sem diminuir sua miséria, e eleva sua criminalidade ainda mais rapidamente” (MARX, 2015b, p. 120).

expressão, o crime. Quando as causas que concorrem para degradar moralmente o operário atuam com mais força e impacto do que de hábito, é tão certo ele tornar-se um criminoso como é certo que a água passa do estado líquido ao gasoso se aquecida a 80° Réaumur. Sob a ação brutal e embrutecedora da burguesia, o operário transforma-se numa coisa tão desprovida de vontade como a água e, como esta, submete-se às leis da natureza com a mesma inevitabilidade – num certo ponto, qualquer liberdade, para ele, deixa de existir. É por isso que, na Inglaterra, a criminalidade aumentou em paralelo ao aumento do proletariado e hoje, no mundo, a nação inglesa detém o primado da delinquência.” (ENGELS, 2010, p. 168-169).

O modo pelo qual se relaciona a população excedente (a “superpopulação relativa”), o pauperismo e o crime, pois, é de grande importância na compreensão da obra de Marx, que, nesse ponto, volta-se de modo bastante decidido contra autores (que considera apologeticos da sociedade capitalista) como Malthus (Cf. MARX, 1980). E deve-se destacar que justamente Malthus é um dos autores mais elogiados por um dos pais da teoria contemporânea do Direito, John Austin, sendo Marx consciente disso, ao dizer que “o *Province of jurisprudence determined* de Austin se constituiu durante muito tempo como um dos manuais mais respeitados na universidade de Oxford” (MARX, 1988, p. 287). Tal jurista vê em Malthus “o verdadeiro princípio da população” (AUSTIN, 2000, p. 68)²⁵, ao passo que Marx tem uma visão muito diferente, tratando de como o modo de produção capitalista efetivamente se coloca e se desenvolve para tratar da questão da população, relacionada tanto à questão do pauperismo quanto do lumpen e do crime. Justamente, para que o aumento da produtividade e da riqueza material seja efetivo no início da sociedade capitalista – que Malthus trata também –, há “algo de podre” que se coloca em meio a um modo de produção em que os trabalhadores são forçados a vender voluntariamente sua força de trabalho. Marx complementa ainda dizendo que “não basta também forçá-los a se venderem voluntariamente”, sendo preciso que se tenha como fato consumado, concretamente, e com recurso à força se necessário, que, “na evolução da produção capitalista, desenvolve-se uma classe de trabalhadores que, por educação, tradição, costume, reconhece as exigências daquele modo de produção como leis naturais evidentes”. A “essência mesma de um sistema social que eleva sua riqueza sem diminuir sua miséria, e eleva sua criminalidade ainda mais rapidamente” tem por trás de si o processo constante de imposição das “exigências daquele modo de produção” como algo inquestionável, como “leis naturais e evidentes”. Tal espécie de “segunda natureza” impõe-se no dia a dia e tem por trás de si, segundo Marx, tanto o Direito como a educação, a tradição e o costume. A partir da concepção marxiana, um autor como Lukács não deixará de apontar que a normalidade cotidiana mesma não prescinde do papel ativo da esfera jurídica, a qual, não obstante sua função concreta, parece ser algo autônomo, relacionado à vontade livre e de um fechamento lógico ímpar (SARTORI, 2010). No que toca ao nosso tema, tal questão tem importância também.

No que, novamente, vem à tona a questão da vontade, que é hipostasiada no Direito e, em especial, quando se trata do Direito Penal: diz Marx sobre os *paupers* que “a legislação os tratava como delinquentes ‘voluntários’ e supunha depender de sua boa vontade que eles continuassem a trabalhar sob as velhas condições, já inexistentes”, ou seja, ao mesmo tempo que o apelo à autonomia da vontade é claro na legislação, tem-se esse apelo

25. O tom de Austin é bastante negativo no que toca à classe trabalhadora, tal qual Malthus: “a condição dos trabalhadores (mesmo que seus salários possam ser altos ou baixos; seu trabalho moderado ou extremo) depende de sua própria vontade, e não da vontade dos ricos. No verdadeiro princípio da população, detectado com sagacidade pelo Sr. Malthus, eles precisam procurar a causa e o remédio para a sua penúria e para o seu sofrimento.” (AUSTIN, 2000, p. 68.)

SARTORI, Vitor Bartoletti; MEDRADO, Nayara Rodrigues. Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 229-272. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

reconhecendo a imposição da força das circunstâncias, trazidas no modo brutal como se efetivaram os imperativos do capital. E mais: apela-se a uma noção de “boa vontade” para com os “delinquentes”, tendo-se uma dupla caracterização na forma como se apresentam as casas de trabalho (*workhouses*) na Inglaterra:

“Na Inglaterra, onde a dominação da burguesia é a mais desenvolvida, a caridade pública também assumiu, como se sabe, as formas mais nobres e magnânimas. As *workhouses* inglesas – estabelecimentos públicos em que a população trabalhadora excedente vegeta às custas da sociedade burguesa – aliam de maneira verdadeiramente refinada a caridade à vingança que a burguesia descarrega nos miseráveis coagidos a apelar à sua caridade. Os pobres diabos não apenas são alimentados com os meios de subsistência mais parcos, miseráveis e que mal são suficientes para a reprodução física, como também sua atividade é limitada a uma simulação de trabalho improdutivo, repugnante, embotadora do espírito e do corpo – por exemplo, mover moinhos a pedal. Para tornar perfeitamente claro aos infelizes toda a grandeza de seu crime, um crime que consiste em, no lugar de ser material produtivo e lucrativo para a burguesia, como no curso normal da vida, ter se transformado antes em custo para seu usufrutuário nato, do mesmo modo que os tonéis de bebidas deixados no depósito se tornam custo para o comerciante de álcool; para que aprendam a perceber toda a grandeza desse crime, são privados de tudo o que se concede aos criminosos comuns, convívio com mulher e filhos, entretenimento, fala – tudo. E mesmo essa “caridade feroz” da burguesia inglesa não se baseia de modo algum em razões apaixonadas, mas sim muito práticas, inteiramente calculáveis. De um lado, a ordem burguesa e a atividade comercial poderiam sofrer de maneira inquietante se todos os paupers da Grã-Bretanha fossem subitamente arremessados à rua. Por outro lado, a indústria inglesa oscila entre períodos de febril superprodução, em que a demanda por braços mal pode ser atendida e os braços devem ser obtidos tão barato quanto possível, e períodos de recuo comercial, em que a produção excede largamente o consumo e apenas com esforço a metade do exército de trabalhadores pode ser empregada, com metade do salário. Que meio mais sensato do que as *workhouses* para manter à disposição um exército de reserva para os períodos favoráveis e, ao mesmo tempo, durante os períodos desfavoráveis para o comércio, transformá-lo, pela punição nestes piedosos estabelecimentos, em máquina sem vontade, sem resistência, sem exigências, sem necessidades?” (MARX, 2010 a, p. 36.)

Ao mesmo tempo, Marx trata da “boa vontade” incorporada na caridade e do modo pelo qual ela pode, ao final, mesmo na Inglaterra, “aonde a dominação burguesa é mais desenvolvida”, aparecer sobre a faceta de uma “caridade feroz”; a Inglaterra é tomada por Marx como um dos países em que o modo de produção capitalista se desenvolve de modo “clássico” e trazendo os maiores avanços do capitalismo. Aqui, não podemos tratar de outros modos pelos quais o capitalismo é objetivado (LUKÁCS, 1959; CHASIN, 1999), no entanto, cabe destacar que os “ganhos civilizatórios”, nesses casos, são muito menores, ou seja, mesmo no caso clássico, o surgimento do Direito Penal moderno, na melhor das

hipóteses, vem com uma espécie de caridade feroz o acompanhando. De acordo com o autor de *O capital*, o surgimento do cárcere tem uma relação íntima com o funcionamento das *workhouses*, “estabelecimentos públicos em que a população trabalhadora excedente vegeta às custas da sociedade civil-burguesa”; tal população coloca-se efetivamente depois das expropriações em massa, em que “esse proletariado inteiramente livre não podia ser absorvido pela manufatura emergente com a mesma rapidez com que fora trazido ao mundo”, conformando-se enquanto aquilo que foi chamado pelo autor alemão de “lumpemproletariado”. Tal classe se concretiza em razão do modo pelo qual ainda não se forma entre todos os indivíduos que, diante da mercantilização das condições de vida trazida pela implementação da relação-capital, só tem sua força de trabalho para vender, “uma classe de trabalhadores que, por educação, tradição, costume, reconhece as exigências daquele modo de produção como leis naturais evidentes”. O lumpen, assim, é, ao mesmo tempo, um sintoma de uma espécie de resistência ao modo de produção capitalista e o resultado – ao menos nessa época – da implementação ainda em processo das bases do sistema capitalista de produção. Em meio a isso, a resposta burguesa vem com as *workhouses*, em que “educação, tradição, costume” são impostos em meio à disciplina do trabalho. Tem-se, assim, algo *sui generis*: esses estabelecimentos “aliam de maneira verdadeiramente refinada a caridade à vingança que a burguesia descarrega nos miseráveis coagidos a apelar à sua caridade”. O apelo à caridade, que se dá porque a classe trabalhadora nascente ainda não “reconhece as exigências daquele modo de produção como leis naturais evidentes”, é castigado; se tais miseráveis, *paupers*, são “coagidos” a apelar à caridade burguesa, a caridade burguesa não pode deixar de vir com um apelo classista ligado à vingança em relação àqueles que a burguesia mesma, em meio ao processo de acumulação primitiva, criou. A boa vontade transmuta-se em “caridade feroz” e em vingança de classe, o que fica muito mais claro no caso do cárcere, em que a questão se manifesta de forma bastante correlacionada (MELOSSI; PAVARINI, 2006).

Nas *workhouses*, em verdade, tem-se a disciplina do trabalho colocada sem que se tenha qualquer contrapartida positiva em termos de objetivação do homem no mundo²⁶: se, segundo Marx, no trabalho concreto, ou seja, no trabalho produtivo de valores de uso no sentido amplo (COTRIM, 2013), ao transformar a natureza, o homem transforma a sua própria natureza²⁷, isso se dá de modo essencialmente negativo e estranhado quando

26. Sobre a relação entre trabalho, objetivação e a conformação da individualidade, vide LUKÁCS, 2013.

27. Diz Marx: “antes de tudo, o trabalho é um processo entre o homem e a Natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a Natureza. Ele mesmo se defronta com a matéria natural como uma força natural. Ele põe em movimento as forças naturais pertencentes a sua corporalidade, braços e pernas, cabeça e mão, a fim de apropriar-se da matéria natural numa forma útil para sua própria vida. Ao atuar, por meio desse movimento, sobre a Natureza externa a ele e ao modificá-la, ele modifica, ao mesmo tempo, sua própria natureza. Ele desenvolve as potências nela adormecidas e sujeita o jogo de suas forças a seu próprio domínio.” (MARX, 1996a, p. 297.) Em uma passagem que não podemos analisar

se tem “uma simulação do trabalho improdutivo, repugnante, embotadora do espírito e do corpo”. Marx, na *Crítica ao Programa de Gotha*, critica aqueles que querem em meio a um programa de partido socialista, em geral, retirar de campo o trabalho e diz: “a combinação do trabalho produtivo, desde a mais tenra idade, é um dos mais poderosos meios de transformação da sociedade atual.” (MARX, 2012, p. 49). Com isso, ressalta que a transformação da própria natureza do homem se dá, de acordo com o autor de *O capital*, também, em meio à sua atividade produtiva.

A questão nos diz respeito por duas razões: primeiramente, porque esse tipo de atividade é o que é deixado de lado em meio às *workhouses* e, deve-se dizer, segundo Marx, no cárcere. Tem-se, antes, “uma simulação do trabalho improdutivo, repugnante, embotadora do espírito e do corpo”; ou seja, está vedado qualquer processo de “edificação” em meio ao modo pelo qual, em verdade, trata-se de transformar os homens, “pela punição nestes piedosos estabelecimentos, em máquina sem vontade, sem resistência, sem exigências, sem necessidades”, ou melhor dizendo, trata-se – também, embora não só – de formar uma classe trabalhadora que “por educação, tradição, costume, reconhece as exigências daquele modo de produção como leis naturais evidentes”. No entanto, existe só isso nesse campo porque, em verdade, aí não se tem só a classe trabalhadora, mas também o lumpen, que, para a burguesia, é muito melhor quando deixa de trazer qualquer forma de “revolta” individual, ou seja, quando o crime deixa de ser atrativo a esta classe como uma espécie de “luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes”, isto é, trata-se de uma maneira pela qual o modo de produção capitalista conforma indivíduos improdutivos do ponto de vista do capital (ou seja, não conformados enquanto parte da relação-capital), procurando fazer com que se tenha indivíduos que funcionem como “máquinas sem vontade”, e não como aqueles que se expressam pelo crime, quer dizer, pela “luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes”. As *workhouses*, e o cárcere posteriormente, portanto, não são somente uma espécie de “fábrica de proletários”²⁸; têm uma função diversa também, é preciso que nos atentemos a isso.

Não podemos tratar aqui da questão do trabalho produtivo em seus diversos sentidos, nem do modo pelo qual tais questões se desdobram (COTRIM, 2013); dizemos apenas que Marx é um crítico do trabalho produtivo no sentido do “trabalho produtivo para o

aqui, inclusive, Marx diz que a extinção imediata do trabalho prisional seria um equívoco em meio ao programa de um partido socialista: “reivindicação mesquinha num programa operário geral. De qualquer forma, dever-se-ia afirmar claramente que não se pretende que os criminosos comuns, por medo da concorrência, sejam tratados como gado, e que não se quer privá-los precisamente de seu único meio de correção: o trabalho produtivo. Isso é o mínimo que se espera de socialistas.” (MARX, 2012, p. 48.)

28. Como “fábrica de homens”, o cárcere, dirão Melossi e Pavarini (2006, p. 211-212), desempenha a função “atipicamente econômica” de “produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de *proletários* a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica”, em um processo descrito pelos autores como uma “mutação antropológica”, baseada na “transformação do ‘criminoso-internado’ em ‘proletário’”.

capital”, na figura do trabalho que produz mais-valor²⁹ e que se configura no trabalho assalariado (afinal de contas, em grande parte, ele que configura o sistema capitalista de produção, que precisaria ser suprimido); ao mesmo tempo, há um sentido mais amplo de trabalho produtivo (menos usado em sua obra, é verdade), que é aquele que produz valores de uso, sendo esse essencial à própria conformação do homem no processo em que, ao se objetivar no mundo, transforma a si mesmo. Confundir tais conceitos seria bastante equivocado³⁰, sendo preciso a nós dizermos que o tema que tratamos passa por dois polos da questão: de um lado, o proletariado coloca-se como produtivo na medida em que seu trabalho é estranhado e voltado à produção de mais-valor, em grande parte, independentemente do valor de uso que produz³¹; doutro, o lumpen se caracteriza como tal ao passo que é uma espécie de população excedente, de superpopulação relativa, do ponto de vista do capital: tem-se “seu crime, um crime que consiste em, no lugar de ser material produtivo e lucrativo para a burguesia, como no curso normal da vida, ter se transformado antes em custo para seu usufrutuário nato, do mesmo modo que os tonéis de bebidas deixados no depósito se tornam custo para o comerciante de álcool”. Bom ressaltar que parcelas do proletariado podem passar para o lumpen e vice-versa, de modo que, no que toca à questão da superpopulação, há uma relação muito próxima com as crises e com o modo pelo qual varia a demanda pela mercadoria força de trabalho.

A caridade burguesa, assim, não pode deixar de ser exercida como uma espécie de vingança de classe, derivada dos custos que o lumpen gera ao sistema capitalista como um todo. A questão, porém, é bastante mediada: essa “população excedente”, em meio à disciplina da produção, torna-se também “exército industrial de reserva”, ou seja, a superpopulação relativa que permite que o valor da força de trabalho do proletariado permaneça relativamente baixo. Segundo Marx, pois, a burguesia, ao mesmo tempo, precisa lutar contra o lumpen e depende profundamente de sua existência. Tal “caridade feroz”, assim, é brutal (e diferencia-se do tratamento dado aos “criminosos comuns”), mas é muito menos apaixonada e visceral que ligada à reprodução diuturna do modo de produção capitalista: assim, aponta Marx que “essa ‘caridade feroz’ da burguesia inglesa não

29. Marx diz: “trabalho produtivo portanto é o que – no sistema de produção capitalista produz mais-valor para o empregador ou que transforma as condições materiais de trabalho em capital e o dono delas em capitalista, por conseguinte trabalho que produz o próprio produto como capital.” (MARX, 1980, p. 391.)

30. Como diz Marx, trata-se de algo que a concepção apologética burguesa sempre faz: “só o tacanho espírito burguês, que considera absolutas e portanto formas naturais eternas as formas capitalistas de produção, pode confundir estas duas perguntas – que é trabalho produtivo do ponto de vista do capital, e que trabalho é em geral produtivo ou que é trabalho produtivo em geral – e assim ter-se na conta de muito sábio, ao responder que todo trabalho que produza alguma coisa, um resultado qualquer, por isso mesmo, é trabalho produtivo.” (MARX, 1980, p. 388.)

31. Nas *Teorias da mais-valor* aponta Marx: “trabalho produtivo é uma qualificação que, de início, absolutamente nada tem a ver com o conteúdo característico do trabalho, com sua utilidade particular ou com o valor de uso peculiar em que ele se apresenta.” (MARX, 1980, p. 395.)

se baseia de modo algum em razões apaixonadas, mas sim muito práticas, inteiramente calculáveis”, ou seja, a crítica marxiana ao sistema penal remete às raízes dele na reprodução social e no processo de acumulação de capital. Por mais que haja seletividade neste processo, ela vem a reconhecer imperativos existentes na sociedade capitalista. Uma crítica ao Direito Penal, portanto, deve ser uma crítica ao próprio capitalismo³².

Se levarmos a sério o que diz Marx, pode-se complementar que a “desordem” seria muito grande se a população das *workhouses* e do cárcere fossem subitamente soltas. O sistema produtivo capitalista não consegue absorver real e efetivamente todos esses indivíduos, que permanecem sempre reféns do movimento das crises e da euforia da produção, conformando-se enquanto uma espécie de superpopulação relativa e variável do ponto de vista da população. Tal “desordem” se deve ao fato de que “o crime, isto é, a luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes” poderia vir à tona e, com isso, “a ordem burguesa e a atividade comercial poderiam sofrer de maneira inquietante se todos os *paupers* da Grã-Bretanha fossem subitamente arremessados à rua”; no que pode-se dizer que, na obra do autor de *O capital*, têm-se a população excedente (a superpopulação relativa), o pauperismo e o lumpen relacionados com a reprodução e a situação do período que vive a economia: em meio à “febril superprodução”, em que se precisa de número muito grande de “braços”, haveria um excedente menor, ao passo que haveria também “períodos de recuo comercial”, em que a demanda por força de trabalho é muito menor. Geralmente, de acordo com Marx, “apenas com esforço a metade do exército de trabalhadores pode ser empregada, com metade do salário”. Há uma relação bastante grande, portanto, entre a dinâmica populacional, que em Marx é uma função da concatenação objetiva do modo de produção capitalista em determinada formação social, as crises comerciais, a conformação efetiva dos indivíduos em meio às classes sociais (“educação, tradição, costume”), a função destes em meio ao trabalho produtivo e a caracterização do crime. Se formos dar atenção a Marx, qualquer análise da questão penal que deixe de lado um desses aspectos é, para dizer o mínimo, muito limitada e pode padecer de esquematismo, sendo preciso também tratar dos meandros entre a pobreza, o proletariado e o lumpen, dado que essas questões são equacionadas em relação às fases distintas pelas quais passa o sistema capitalista como um todo e as formações sociais específicas.

Vê-se, portanto, que, para compreender a posição marxiana, é necessário ter em mente, com cuidado, todas essas mediações. Uma abordagem que não passe por esses aspectos viria a deixar de compreender o próprio movimento da realidade efetiva. Uma questão importante também é: a análise marxiana passa pelo capitalismo de extração clássica. Assim, devemos ainda destacar que, em caso de sociedades com formações

32. A advertência é especialmente importante se considerado o contexto de uma Criminologia Crítica que nasce com a centralidade de estudos de economia política da pena, mas que, repercutindo a crise do marxismo em geral, vê uma mitigação paulatina, nas últimas décadas, da crítica ao capitalismo como tal e um aumento do enfoque na crítica à parcialidade e à discricionariedade na aplicação do Direito Penal. Stuart Russel (1997) já alertava sobre essa tendência em meados da década de 1990.

sociais diferentes daquela da objetivação clássica (a prussiana, a colonial, por exemplo), a questão precisaria ser analisada de modo diverso. Os elementos destacados por Marx, acreditamos, como “abstrações razoáveis” (CHASIN, 2009), certamente apareceriam de um modo ou doutro; no entanto, a análise da diferença específica dessa forma de aparição poderia ser decisiva na compreensão de determinada formação social.

5. DIREITO PENAL E A ORGANIZAÇÃO DA CLASSE TRABALHADORA

Uma questão que é bastante destacada por Marx é que os indivíduos, sob o modo de produção capitalista, aparecem, de maneira mais ou menos meandrada, como indivíduos atomizados e como personificações de relações estranhadas, como personificações do próprio capital (SARTORI, 2018b), ou seja, em grande parte, aparecer como “empregado” designa isso muito bem: tal dicção diz muito sobre o sistema capitalista. Assim como pode-se usar uma maquinaria para determinados tipos de produção, pode-se empregar os homens nelas. Trata-se do domínio da máquina sobre os homens, e do tempo sobre a vida destes³³, ou melhor, a conformação da força de trabalho na sociedade capitalista é aquela em que “o homem, como a máquina, se gasta e tem que ser substituído por outro homem” (MARX, 1996b, p. 378)³⁴. Em outras palavras, a conformação da individualidade em meio ao processo produtivo é aviltante e tem como consequência que o critério segundo o qual os homens são julgados é aquele de sua posição e funcionalidade na cadeia produtiva. Tratar da função dos homens é dizer que eles se colocam, do ponto de vista da produção e da reprodução do capital, como indivíduos normais somente ao aparecerem como um elo evanescente na cadeia produtiva. Pelo que vimos no presente texto, aqueles que individualmente não se conformam com tal situação podem ter como horizonte, ao fim, “o crime, isto é, a luta do indivíduo isolado contra as condições dominantes”. No entanto, há de se perceber: mesmo que, pelo hábito, pela tradição e pela

33. Como diz Marx: “o trabalho simples tornou-se o eixo da indústria. Ela supõe que os trabalhos se equalizam pela subordinação do homem à máquina ou pela divisão extrema do trabalho; supõem que os homens se apagam diante do trabalho; que o trabalho tornou-se o balanço do pêndulo e tornou-se a medida exata da atividade relativa de dois operários, como o é da rapidez de duas locomotivas. Então, não é preciso dizer que uma hora de um homem vale uma hora de outro homem, mas sim que um homem de uma hora vale outro homem de uma hora. O tempo é tudo, o homem não é mais nada; ele é no máximo a carapaça do tempo. Não mais existe a questão da qualidade. A quantidade sozinha decide tudo: hora por hora, jornada por jornada.” (MARX, 2004, p. 49.)

34. Veja-se a passagem inteira de Marx: “que é, pois, o valor da força de trabalho? Como o de toda outra mercadoria, esse valor se determina pela quantidade de trabalho necessário para produzi-la. A força de trabalho de um homem consiste, pura e simplesmente, na sua individualidade viva. Para poder crescer e manter-se, um homem precisa consumir uma determinada quantidade de meios de subsistência; o homem, como a máquina, se gasta e tem que ser substituído por outro homem.” (MARX, 1996b, p. 378.)

educação, tais indivíduos estejam prontos para submeter-se à maquinaria e ao processo produtivo como um todo, há outras variáveis que os tornam, potencialmente, parte da superpopulação relativa. As flutuações econômicas mesmas (tempos de crise ou de demanda alta por força de trabalho) são essenciais quando se tem isso em conta. Há ainda outro aspecto a ser destacado: por vezes, o uso de determinada força de trabalho faz com que, com o seu “desgaste”, esta não seja mais funcional à reprodução econômica da moderna sociedade civil-burguesa³⁵. Veja-se o que Marx diz sobre certo uso feito da força de trabalho infantil no século XIX:

“Assim que se tornam velhos demais para esse trabalho pueril, ou seja, no mais tardar aos 17 anos, são despedidos da gráfica, tornando-se recrutas do crime. Diversas tentativas de arranjar-lhes ocupação em outro lugar fracassam por causa de sua ignorância, seu embrutecimento e sua degradação física e espiritual.” (MARX, 2013, p. 679.)

Tais homens se tornam “recrutas do crime”, de acordo com Marx, na medida em que deixam de ser funcionais para a produção capitalista e, principalmente, por causa do próprio modo pelo qual sua força de trabalho foi usada: de maneira aviltante à personalidade dos homens e de forma que lembra, inclusive, o trabalho das *workhouses*: “repugnante, embotadora do espírito e do corpo”, ou seja, justamente por estarem adequados àquilo que era esperado deles, tais homens tornam-se, ao fim, “recrutas do crime”. Depois de muito tempo em determinado tipo de trabalho, adquirem como qualidades “sua ignorância, seu embrutecimento e sua degradação física e espiritual”. Aquilo que, até certa idade, era adequado à cadeia produtiva, deixa de ser e a “ocupação”, o “emprego” de tais indivíduos torna-se muito difícil. Isso, de acordo com Marx, traz à tona, “na maioria dos casos por força das circunstâncias”, mas “em parte por predisposição” (nos termos em que vimos anteriormente), o crime como uma opção. O funcionamento normal do modo de produção capitalista, pois, gera também “recrutas do crime”; não só em fases de crise, ou em momentos de emergência de uma nova forma de sociabilidade e, com ela, de disciplina, tem-se o desenvolvimento da criminalidade. Uma questão essencial para compreender essa mesma criminalidade, portanto, liga-se à conformação contraditória dos indivíduos em meio às relações sociais de produção capitalistas. No entanto, ainda há mais aspectos a destacar.

Há uma relação bastante grande da organização dos trabalhadores como classe e o aspecto penal e criminal. Marx analisa tal questão no caso inglês em *O capital* e sofre na

35. Como aponta Marx: “o capital não tem, por isso, a mínima consideração pela saúde e duração da vida do trabalhador, a menos que seja forçado pela sociedade a ter essa consideração. Às queixas sobre a degradação física e mental, a morte prematura, a tortura do sobretrabalho, ele responde: deveria esse martírio nos martirizar, ele que aumenta nosso gozo (o lucro)? De modo geral, no entanto, isso tampouco depende da boa ou má vontade do capitalista individual. A livre concorrência impõe ao capitalista individual, como leis eternas inexoráveis, as leis imanentes da produção capitalista.” (MARX, 2013, p. 432.)

própria pele com isso, já que, em sua condição de socialista, foi muitas vezes perseguido criminalmente, como se vê, por exemplo, nos casos debatidos na *Nova gazeta renana* (e mesmo antes, em 1842, na *Gazeta renana*, na condição de oposição ao governo). Diversos líderes trabalhistas, como Lassale, foram presos e tal aspecto não pode deixar de ser destacado, embora não possamos aprofundá-lo aqui. Vale, porém, trazer à tona o papel que teve a legislação penal na conformação da atomização da força de trabalho e dos próprios trabalhadores:

“Desde o século XIV até 1825, ano da revogação das leis anticoalizio, considerava-se crime grave toda coalizão de trabalhadores. O espírito do estatuto trabalhista de 1349 e de seus descendentes se revela muito claramente no fato de que o Estado impõe um salário máximo, mas de modo algum um mínimo.” (MARX, 2013, p. 986.)

Até 1825, toda a coalização dos trabalhadores era vista enquanto crime. Isso tem um duplo aspecto: de um lado, trata-se da atomização da classe trabalhadora nascente ao se romper com as oficinas de ofício e guildas medievais; doutro, a organização da classe trabalhadora como classe já era punida. Algo importante a se destacar diz respeito não só ao elemento salarial (relativo à fixação de um salário máximo aos trabalhadores), mas ao fato de que somente com a luta dos trabalhadores, e com a organização destes³⁶, foi possível derrubar tais leis: “as cruéis leis anticoalizes caíram em 1825, diante da atitude ameaçadora do proletariado” (MARX, 2013, p. 987). Há, porém, que se destacar o modo pelo qual isso se deu. Diz-se em *O capital*:

“As cruéis leis anticoalizes caíram em 1825, diante da atitude ameaçadora do proletariado. Apesar disso, caíram apenas parcialmente. Alguns belos resíduos dos velhos estatutos desapareceram somente em 1859. Finalmente, a lei parlamentar de 29 de junho de 1871 pretendeu eliminar os últimos vestígios dessa legislação classista, reconhecendo legalmente as trades’ unions. Mas uma lei parlamentar da mesma data (An act to amend the criminal law relating to violence, threats and molestations) restaurou, de fato, a situação anterior sob nova forma. Por meio dessa escamoteação parlamentar, os meios a que os trabalhadores podem recorrer numa greve ou lock-out (greve dos fabricantes coligados, realizada mediante o fechamento simultâneo de suas fábricas) são subtraídos ao direito comum e submetidos a uma legislação penal de exceção, cuja interpretação cabe aos próprios fabricantes, em sua condição de juizes de paz. Dois anos antes, a mesma Câmara dos Comuns e o mesmo sr. Gladstone, com a proverbial honradez que os distinguem, haviam apresentado um projeto de lei que abolia todas as leis penais de exceção contra a classe trabalhadora. Porém, jamais se permitiu que tal projeto chegasse a uma segunda leitura, e assim a questão foi protelada até que o ‘grande partido liberal’, por meio de uma aliança com os tories, ganhou finalmente a coragem de se voltar resolutamente contra o mesmo proletariado que o conduzira

36. Como diz Marx: “a consolidação de uma jornada de trabalho normal é o resultado de uma luta de 400 anos entre capitalista e trabalhador.” (MARX, 2013, p. 432)

SARTORI, Vitor Bartoletti; MEDRADO, Nayara Rodrigues. Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 181. ano 29. p. 229-272. São Paulo: Ed. RT, julho/2021.

ao poder. Não satisfeito com essa traição, o ‘grande partido liberal’ autorizou os juízes ingleses, sempre a abanar o rabo a serviço das classes dominantes, a desenterrar as proscritas leis sobre ‘conspirações’ e a aplicá-las às coalizões de trabalhadores. Como vemos, o parlamento inglês só renunciou às leis contra as greves e *trades’ unions* contra sua vontade e sob a pressão das massas, depois de ele mesmo ter assumido, por cinco séculos e com desavergonhado egoísmo, a posição de uma permanente *trades’ union* dos capitalistas contra os trabalhadores”. (MARX, 2013, p. 987-988)

Pelo que assevera Marx, somente em 1871 reconhece-se as *trades’ union* por meio da legislação. Trata-se de um processo que decorre da luta dos trabalhadores e que passa pelo modo como o Direito, em determinadas circunstâncias, pode colocar-se como um freio racional ao domínio do capital. Segundo Marx, “para ‘se proteger’ contra a serpente de suas aflições, os trabalhadores têm de se unir e, como classe, forçar a aprovação de uma lei, uma barreira social intransponível que os impeça a si mesmos de, por meio de um contrato voluntário com o capital, vender a si e a suas famílias à morte e à escravidão” (MARX, 2013, p. 373-374). No mesmo sentido, complementa o autor alemão ao dizer que “tal regulação foi o primeiro freio racional aplicado aos volúveis caprichos da moda, homicidas, carentes de sentido e por sua própria natureza incompatíveis com o sistema da grande indústria” (MARX, 2013, p. 550). Pelo Direito, pois, os trabalhadores têm a possibilidade de, em meio às lutas sociais – luta de classes – “se unir” para romper com o atomismo que lhes é imposto em meio à reprodução da sociabilidade capitalista.

Mesmo que Marx não veja uma grande potencialidade nas lutas que tenham por central o Direito (SARTORI, 2016), a união dos trabalhadores, “como classe”, é vista como um grande passo e é em meio a este processo de luta que o proletariado conquista uma “barreira intransponível” que possibilita que se organize como classe, também, nos sindicatos. A liberdade contratual do indivíduo atomizado – reconhecida oficialmente pelo Direito e trazida à tona na compra e venda da força de trabalho – é aquela do indivíduo que se coloca diante das suas condições de vida de modo atomizado. No processo produtivo, e nas lutas envolvidas na defesa dos interesses dos trabalhadores, porém, a questão poderia mudar de figura. Como aponta Marx:

“É preciso reconhecer que nosso trabalhador sai do processo de produção diferente do que nele entrou. No mercado ele, como possuidor da mercadoria ‘força de trabalho’, se defrontou com outros possuidores de mercadorias, possuidor de mercadoria diante de possuidores de mercadorias. O contrato pelo qual ele vendeu sua força de trabalho ao capitalista comprovou, por assim dizer, preto no branco, que ele dispõe livremente de si mesmo. Depois de concluído o negócio, descobre-se que ele não era ‘nenhum agente livre’, de que o tempo de que dispõe para vender sua força de trabalho é o tempo em que é forçado a vendê-la, de que, em verdade, seu explorador não o deixa, ‘enquanto houver ainda um músculo, um tendão, uma gota de sangue para explorar’. Como ‘proteção’ contra a serpente de seus martírios, os trabalhadores têm de reunir suas cabeças e como classe conquistar uma lei estatal, uma barreira social intransponível, que os impeça a si mesmos de venderem a si e à sua descendência, por meio de contrato voluntário com o

capital, à noite e à escravidão! No lugar do pomposo catálogo dos ‘direitos inalienáveis do homem’ entra a modesta *Magna Charta* [...]” (MARX, 1996a, p. 414.)

Tais lutas, assim, não trazem consigo a centralidade do Direito, mesmo que se tenha, por meio dele, reconhecida uma “barreira intransponível”, a qual, sabemos hoje, tal qual Marx já sabia, tem tal intransponibilidade bastante relativizada em diversos momentos. O essencial é que o trabalhador se transforma em meio ao processo produtivo – entra como um indivíduo atomizado, mero “possuidor da mercadoria ‘força de trabalho’ – e pode sair substancialmente diferente, ao perceber que a liberdade contratual não o faz “nenhum agente livre”, de modo que, ao “reunir suas cabeças e como classe” organizam-se e, em meio à luta de classes, conquista uma lei estatal³⁷. Ela, segundo Marx, não passa propriamente por aquilo de mais elevado no Direito, “pomposo catálogo dos ‘direitos inalienáveis do homem’”, mas pela modesta *Magna Charta*, que se liga a interesses imediatos da própria classe trabalhadora. Com isso, os trabalhadores trazem à tona uma “barreira social intransponível”, certamente; no entanto, diz Marx que a questão é mais complexa, já que no terreno do Direito pode passar “excepcionalmente” a operar de modo a buscar reverter a situação. Nesse sentido, aponta o autor de *O capital* que se tem uma situação em que “os meios a que os trabalhadores podem recorrer numa greve ou *lock-out* [...] são subtraídos ao direito comum e submetidos a uma legislação penal de exceção, cuja interpretação cabe aos próprios fabricantes, em sua condição de juizes de paz”, ou seja, mesmo com as conquistas dos trabalhadores, em determinadas situações, a “barreira social intransponível” é transposta, por exemplo, por uma “legislação penal de exceção”. No que se tem que o Direito Penal, segundo Marx, tem uma função bastante clara no dia a dia das lutas de classe e do modo pelo qual, por vezes, o terreno legal é aquele em que, não obstante alguns protestos “liberais”, há muita liberdade e, diriam alguns, “abusos”, no uso da legislação penal contra a classe trabalhadora. Focar em tais “abusos”, porém, acreditamos, não é o central a Marx, até mesmo porque, pelo que diz o autor alemão, e pelo que se tem em sua experiência concreta³⁸, eles parecem ser, até certo

37. Ainda nesse sentido afirma Marx n’*A Ideologia Alemã*: “os proletários, no entanto, chegam a essa unidade só depois de um longo desenvolvimento, um desenvolvimento em que o apelo ao seu direito também desempenha um papel importante. Esse apelo ao seu direito, aliás, é apenas um meio para fazer que eles se tornem ‘Eles’, ou seja, uma massa unida, revolucionária.” (MARX, 2007, p. 312.)

38. Para além das constantes migrações motivadas por perseguição política e de presenciar e denunciar, ao longo de toda sua vida, a repressão penal ao movimento operário e comunista, Marx foi, ele mesmo, preso em ao menos duas ocasiões. Em meio à atmosfera revolucionária de 1848, depois de receber ordem de expulsão da Bélgica, Marx já preparava a mudança para a França quando foi surpreendido e preso em plena madrugada pela Polícia de Bruxelas, acusado de irregularidades documentais: Marx havia recebido um montante de dinheiro de sua mãe, e o governo belga desconfiava da utilização desse recurso para financiar ações do movimento operário (MCLELLAN, 1995, p. 174). Na mesma ocasião, algumas horas depois, também sua esposa, Jenny, foi presa, acusada de “vagabundagem” por não portar documentos. Posteriormente, por volta de 1853,

ponto, inerentes à jurisdição penal. Isto talvez seja essencial para um tratamento marxista do Direito Penal.

Mesmo que, de acordo com os parâmetros do “grande partido liberal”, tal uso pudesse, de certo modo, ser considerado um “abuso”, tal partido autoriza o judiciário a “desenterrar leis proscritas sobre ‘conspirações’”, de tal feita que a natureza do partido liberal é evidente a Marx: ao “sempre a abanar o rabo a serviço das classes dominantes”, tais homens apresentam uma consciência “liberal” que, quando se trata de luta de classes, não vê qualquer contradição em retomar legislações espúrias que noutras épocas condenou. Assim, é apesar do terreno do Direito que os trabalhadores conseguem conquistas legais, e não por causa dele (SARTORI, 2016); Marx é claro ao dizer que “o parlamento inglês só renunciou às leis contra as greves e trades’ unions contra sua vontade e sob a pressão das massas, depois de ele mesmo ter assumido, por cinco séculos e com desavergonhado egoísmo, a posição de uma permanente trades’ union dos capitalistas contra os trabalhadores”. E, no que toca à legislação penal de caráter claramente classista, dá-se o mesmo.

No que é interessante notar que Marx, ao tratar da manipulação presente no terreno legal, não coloca somente a legislação e o parlamento como centrais para tal campo. Antes, nota que, pelo Direito, algo que não consegue ser trazido à tona diretamente, em meio aos debates parlamentares e legislativos como um todo, pode aparecer mediante autorizações para os juízes, por exemplo, tal qual teria ocorrido com o “grande partido liberal”. Tratando da questão penal em meio à legislação sindical, o autor de *O capital*, pois, traz uma análise bastante mediada: o Direito Penal não se relaciona somente com as *workhouses* e com o cárcere; também não se liga somente aos *paupers* e ao lúmpen; pode ser trazido à lembrança em um uso explicitamente político na medida em que se liga às lutas de classe; por fim, percebe-se que tal uso abertamente político do Direito Penal não passa somente pelo parlamento, mas exige, por vezes, meandros, como a atuação dos juízes e da jurisdição penal como um todo. A legislação penal de exceção, portanto, tem duas portas, aquela do legislativo e a do judiciário, que, por meio das formas jurídicas³⁹, reconhecem o conteúdo classista contrário aos trabalhadores.

Marx passou um fim de semana na prisão depois de tentar penhorar algumas joias herdadas da família de Jenny, atitude que, vinda de alguém em constante penúria econômica, foi considerada suspeita pelo penhorista e pelas autoridades policiais (MCLELLAN, 1995, p. 240). Marx também tem registro bem anterior, ainda durante seus tempos de estudante, por volta de 1835-36, de passagem pelo cárcere universitário, acusado de importunação ao sossego noturno e embriaguez (MCLELLAN, 1995, p. 35-36).

39. Como aponta Marx sobre a relação entre formas jurídicas, conteúdo econômico e “justiça”: “as formas jurídicas em que essas transações econômicas aparecem como atos de vontade dos participantes, como expressões de sua vontade comum e como contratos cuja execução pode ser imposta à parte individual por meio do Estado não podem, como simples formas, determinar esse conteúdo. Elas apenas o expressam. Esse conteúdo será justo contanto que corresponda ao modo de produção, que lhe seja adequado. E injusto, assim que o contradisser. A escravatura, na base do modo de produção capitalista, é injusta; da mesma maneira a fraude na qualidade

Nota-se, portanto, que Marx dá grande importância ao Direito ao se compreender a dinâmica da luta de classes. Este terreno não é, geralmente, aquele mais propício às lutas da classe trabalhadora. Mas, ao mesmo tempo, sem ele, de certo modo, ela sequer consegue se organizar “como classe”; Marx, portanto, passa longe de dizer que não se deve travar lutas que redundem na aprovação de uma lei, e de uma “barreira social intransponível”. Ao mesmo tempo, o autor alemão percebe que o modo pelo qual o terreno do Direito opera faz dele um *locus* muito mais propício às classes dominantes que – se necessário por meio da legislação penal de exceção, ou por legislações que estavam a muito proscrias – pode trazer à tona um uso diretamente político (imiscuído na luta de classes) da regulamentação sindical e das lutas dos trabalhadores. Sobre este último ponto, ainda vale destacar que o autor de *O capital* é bastante sensível aos meandros da questão: mesmo que a legislação não postule diretamente um conteúdo classista, isso pode ficar a cabo do judiciário.

6. PAUPERISMO E DIREITO PENAL: UMA QUESTÃO DE RESOLUÇÃO POLÍTICA?

Tendo tratado da relação entre Direito Penal, luta de classes, pauperismo, lumpen, trouxemos alguns meandros da questão penal em Marx. Ao mesmo tempo, porém, não pudemos abordar a questão da política com cuidado (CHASIN, 2009). Tratamos dela ao passo que, para o autor de *O capital*, a luta de classes tem uma dimensão política, certamente. Seria possível, assim, que alguns argumentassem que, por meio da política, fosse possível resolver algumas questões urgentes (como a pobreza e a condição de “exclusão dos criminosos”), não tendo Marx tratado da questão com a atenção devida. Neste item final de nosso texto, procuraremos mostrar que, em verdade, o autor alemão se debruça sobre a questão. Diz Marx, nesse sentido, acerca do ponto de vista da sociedade civil-burguesa sobre os *paupers* e sobre a pobreza em geral:

“o pauperismo é a miséria da qual os próprios trabalhadores são culpados e ao qual portanto não se deve prevenir como uma desgraça, mas antes reprimir e punir como um delito. [...] Nas workhouses, a assistência é engenhosamente entrelaçada com a vingança da burguesia contra o pobre que apela à sua caridade.” (MARX, 2010b, p. 53.)

A passagem traz muitas similitudes com uma passagem da *Nova Gazeta renana* analisada acima; a relação entre a pobreza, a vingança burguesa, a caridade e o crime é bastante clara. Se, antes, Marx apontou que “as workhouses ingleses [...] aliam de maneira verdadeiramente refinada a caridade à vingança”, agora, em um texto de 1844, diz que “nas workhouses, a assistência é engenhosamente entrelaçada com a vingança da burguesia

da mercadoria.” (MARX, 1986, p. 256.). Sobre este tratamento plural das formas jurídicas, vide SARTORI, 2021.

contra o pobre que apela à sua caridade”. A continuidade temática, assim, é bastante evidente, ao mesmo tempo que se reafirma que a “assistência” e a “caridade” passam longe de trazer qualquer resolução da “questão social”. Antes, estão intimamente entrelaçadas com certa vingança de classe. O apelo à caridade, tanto no texto de 1848 quanto no de 1844, é visto enquanto algo, ao mesmo tempo, natural da sociedade burguesa e destinado a ser reprimido, inclusive por meio da vingança burguesa, a partir da caracterização dos trabalhadores e dos membros do lumpemproletariado como criminosos. A “solução” à questão do pauperismo, assim, passa tanto pela “caridade feroz” quanto pela “assistência [que] é engenhosamente entrelaçada com a vingança da burguesia contra o pobre que apela à sua caridade”, ou seja, o ser-propriadamente-assim da sociabilidade do capital traria consigo a impossibilidade da resolução da questão penal, bem como da questão social por meios assistenciais e administrativos. Isso se dá até mesmo porque há dois fatores entrelaçados a isso que perpassam a luta de classes: de um lado, o modo pelo qual a legislação penal de exceção vem a ser usada contra a classe trabalhadora organizada; doutro, o modo pelo qual as crises econômicas trazem à tona uma superpopulação relativa, a qual, não sendo absorvida como trabalho produtivo, pode ficar em situação de pauperismo e, assim, ingressar no lumpen e, potencialmente, na própria criminalidade. A boa vontade que mencionamos anteriormente aparece aqui também, de modo que diz Marx:

“Como se vê, a Inglaterra tentou acabar com o pauperismo primeiramente através da assistência e das medidas administrativas. Em seguida, ela descobriu, no progressivo aumento do pauperismo, não a necessária consequência da indústria moderna, mas antes o resultado do imposto inglês para os pobres. Ela entendeu a miséria universal unicamente como uma particularidade da legislação inglesa. Aquilo que, no começo, fazia-se derivar de uma falta de assistência, agora se faz derivar de um excesso de assistência. Finalmente, a miséria é considerada como culpa dos pobres e, desse modo, neles punida [...] a lição geral que a política da Inglaterra tirou do pauperismo se limita ao fato de que, no curso do desenvolvimento, apesar das medidas administrativas, o pauperismo foi configurando-se como uma instituição nacional e chegou por isso, inevitavelmente, a ser objeto de uma administração ramificada e bastante extensa, uma administração, no entanto, que não tem mais a tarefa de eliminá-lo, mas, ao contrário, de discipliná-lo e eternizá-lo. Essa administração renunciou a estancar a fonte do pauperismo através de meios positivos; ela se contenta em abrir-lhe, com ternura policial, um buraco toda vez que ele transborda para a superfície do país oficial. Bem longe de ultrapassar as medidas de administração e de assistência, o Estado inglês desceu muito abaixo delas. Ele já não administra mais do que aquele pauperismo que, em desespero, deixa agarrar-se e prender-se.” (MARX, 2010b, p. 54-55.)

Efetivamente, segundo Marx, houve tentativas de acabar com o pauperismo. Não se trata, portanto, de algo que tem persistência simplesmente por “falta de vontade política” ou algo do gênero. O autor menciona também a influência da lei dos pobres sobre a questão, ao mesmo tempo que destaca que, ao contrário do que acredita a burguesia, o pauperismo

é a “consequência necessária da indústria moderna”. A ilusão inglesa, assim, consistiu em acreditar poder resolver a questão da pobreza por meios administrativos e assistenciais, ou seja, por acreditar que a “miséria universal” não está relacionada à conformação objetiva da indústria moderna, mas à “peculiaridade da legislação inglesa”. A burguesia, assim, agiria de tal modo que a questão da pobreza poderia ser resolvida por via político-jurídica. Diante da insuficiência – para se dizer o mínimo – dessa posição, no entanto, há uma mudança substantiva de atitude: da caridade e assistência, passa-se à punição.

Aquilo que posteriormente Marx chamou de “caridade feroz” aparece, pois, como o resultado da impotência da tentativa de resolução da questão social por meios assistenciais e administrativos. Uma posição como a do “grande partido liberal”, por exemplo, buscava a assistência, mas tal posição poderia oscilar, até mesmo porque os caminhos da luta de classes poderiam fazer com que tal partido desenterrasse legislações espúrias contra as quais lutou antes do proletariado ser trazido à cena; sem a possibilidade de negar a natureza da sociedade civil-burguesa, a dialética entre assistência e punição se coloca de tal modo que “aquilo que, no começo, fazia-se derivar de uma falta de assistência, agora se faz derivar de um excesso de assistência”. Em verdade, do ponto de vista burguês, segundo Marx, “a miséria é considerada como culpa dos pobres e, desse modo, neles punida”; o lumpen parece estar na condição que está por causa da certa “petulância”, portanto, sendo necessário que a resolução político-administrativa da questão leve isso em conta: se tais homens são vagabundos, petulantes, não haveria muito mais o que fazer do que tornar o pauperismo (cuja culpa seria dos próprios pobres) não como algo a ser superado, mas a ser administrado, o que se deu, de acordo com o autor de *O capital*, tanto pela criminalização de determinadas condutas quanto por meio das *workhouses*. Marx, nesse sentido, já em 1844, menciona a necessidade de disciplinar esses homens. Isso se dá não só pela necessidade de se formar uma classe trabalhadora que toma como naturais o trabalho fabril e as “condições dominantes”; trata-se de evitar a revolta que se expressa na “luta do indivíduo isolado” e, posteriormente, de reprimir a organização da classe trabalhadora, ou seja, em Marx, as funções do Direito Penal dependem muito da situação das relações sociais de produção, sendo muito diferente uma situação em que se tem uma classe trabalhadora nascente, outra em que esta se organiza para a luta social, ou uma situação em que há tentativas político-administrativas – sempre não resolutivas, de acordo com o autor de que aqui tratamos – para lidar com a questão da pobreza.

O movimento que Marx explicita é aquele em que se passa da tentativa de resolver o pauperismo pela assistência e pelas vias administrativas à “caridade feroz”, em que o máximo que se tem é “ternura policial”. Uma solução assistencial, bem como uma policialesca, por conseguinte, são frutos das mesmas determinações sociais, as quais mencionamos supra e que são parte constitutiva do sistema capitalista de produção⁴⁰.

40. Note-se que Marx passa bastante longe de ser um adepto de um uso racional do Direito, e que seja condizente com os direitos do homem. Para nosso autor, esta posição vem a ser aquela a se consolidar como uma das faces de Janus na peculiar relação entre ternura policial, medidas

No caso, o autor de *O capital* diz que, nesse sentido, “bem longe de ultrapassar as medidas de administração e de assistência, o Estado inglês desceu muito abaixo delas”; de uma espécie de boa vontade política, passa-se ao reconhecimento da impotência política diante da estruturação da moderna sociedade civil-burguesa. As vias administrativas assim conformam-se, principalmente, pela política criminal, tendo-se a verdadeira faceta da “caridade feroz” mencionada por Marx: o Estado “já não administra mais do que aquele pauperismo que, em desespero, deixa agarrar-se e prender-se”. A busca por uma resolução político-administrativa, portanto, traz consigo a detenção e o encarceramento dos *paupers*. Podemos mesmo dizer que, seguindo esse raciocínio, a postura que não defende de modo decidido a resolução social da questão – para Marx, somente possível por meio de uma revolução que desse cabo do sistema produtivo capitalista, a qual suprime as classes sociais como tais e, portanto, o antagonismo classista – seria insuficiente, quando não contraditória com uma finalidade do que o autor alemão chama de emancipação humana.

Isso se dá também porque, segundo Marx, a postura da administração, em verdade, é sempre negativa. Ao mesmo tempo que envolve “boa vontade”, implica em reconhecimento de impotência diante da conformação real e efetiva da moderna sociedade civil-burguesa:

“O Estado não pode eliminar a contradição entre a função e a boa vontade da administração, de um lado, e os seus meios e possibilidades, de outro, sem eliminar a si mesmo, uma vez que repousa sobre essa contradição. Ele repousa sobre a contradição entre a vida pública e a vida privada, sobre a contradição entre os interesses gerais e os interesses particulares. Por isso, a administração deve limitar-se a uma atividade formal e negativa, uma vez que exatamente lá onde começa a vida civil[-burguesa] e o seu trabalho, cessa o seu poder.” (MARX, 2010b, p. 60)

A função concreta da administração está em sua relação com a sociedade civil-burguesa, de modo que mesmo os direitos humanos não conseguiriam se opor a tal realidade efetiva⁴¹; há, portanto, uma contradição patente entre a “boa vontade”, seja ela colocada

administrativas, caridade feroz e desenvolvimento do sistema capitalista de produção. A questão pode, inclusive, ser bastante atual.

41. Como aponta o autor: “demonstrou-se como o reconhecimento dos direitos humanos por parte do Estado moderno tem o mesmo sentido que o reconhecimento da escravidão pelo Estado antigo. Com efeito, assim como o Estado antigo tinha como fundamento natural a escravidão, o Estado moderno tem como base natural a sociedade [civil-]burguesa e o homem da sociedade [civil-]burguesa, quer dizer, o homem independente, entrelaçado com o homem apenas pelo vínculo do interesse privado e da necessidade natural inconsciente, o escravo do trabalho lucrativo e da necessidade egoísta, tanto da própria quanto da alheia. O Estado moderno reconhece essa sua base natural, enquanto tal, nos direitos gerais do homem. Mas não os criou. Sendo como é, o produto da sociedade burguesa, impulsionada por seu próprio desenvolvimento até mais além

na assistência, na caridade ou nos direitos humanos, de um lado, e a função concreta da administração, doutro. Os “meios e as possibilidades” disponíveis ao se tomar por base o modo de produção capitalista, ao final, fazem com que haja um movimento pendular entre a boa vontade e a punição colocada na jurisdição penal. Pelo que coloca Marx, a atividade político-administrativa traz consigo certa impotência diante da realidade da “vida civil-burguesa”. O poder da “resolução” política começa onde termina o interesse privado e a vida civil-burguesa; ou seja, ao se tratar do sistema capitalista de produção, diz Marx que “o Estado moderno tem como base natural a sociedade [civil-]burguesa e o homem da sociedade [civil-]burguesa” e complementa o autor, “quer dizer, o homem independente, entrelaçado com o homem apenas pelo vínculo do interesse privado e da necessidade natural inconsciente, o escravo do trabalho lucrativo e da necessidade egoísta, tanto da própria quanto da alheia” (MARX; ENGELS, 2003, p. 132)⁴². A atividade político-administrativa, portanto, vem a reconhecer o pauperismo como uma instituição, de modo que a medida a ser adotada diante deste, dependendo da situação, não poderia ser outra que não o Direito Penal.

A questão penal (relacionada, inclusive aos “abusos” do Direito Penal), bem como a questão social, relacionada, por sua vez, à existência do pauperismo e da miséria, portanto, segundo Marx, estão indissoluvelmente ligadas. Inclusive, se formos tomar o autor a sério, há de se dizer que a solução de tais questões precisaria remeter para uma forma de sociabilidade distinta, em que o antagonismo classista, bem como o poder político, torna-se relíquias do passado. No *Manifesto*, diz-se:

“Quando, no curso do desenvolvimento, desaparecerem os antagonismos de classes e toda a produção for concentrada nas mãos dos indivíduos associados, o poder público perderá seu caráter político. O poder político é o poder organizado de uma classe para a opressão de outra.” (MARX; ENGELS, 1998, p. 59.)

Marx, portanto, reconhece o modo pelo qual há um uso claramente classista do Direito Penal. Ao mesmo tempo, seu enfoque não pode estar na jurisdição penal mesma. Antes, para o autor, não há como defender e contrapor efetivamente a assistência, os direitos humanos e a boa vontade política contra os abusos da política criminal. Ao se tratar do modo pelo qual esta última se concatena, seria necessário se colocar no terreno social,

dos velhos vínculos políticos, ele mesmo reconhece, por sua vez, seu próprio local de nascimento e sua própria base mediante a proclamação dos direitos humanos.” (MARX; ENGELS, 2003, p. 132.)

42. Aponta Marx que “mais ainda: frente a consequências que brotam da natureza antissocial dessa vida civil, dessa propriedade privada, desse comércio, dessa indústria, dessa rapina recíproca das diferentes esferas civis, frente a essas consequências, a impotência é a lei natural da administração. Com efeito, essa dilaceração, essa infâmia, essa escravidão da sociedade civil[burguesa] é o fundamento natural em que se apoia o Estado moderno, assim como a sociedade civil da escravidão era o fundamento no qual se apoiava o Estado antigo. A existência do Estado e a existência da escravidão são inseparáveis” (MARX, 2010b, p. 60).

analisando com cuidado a função ativa que tem o Direito Penal em meio à reprodução ampliada do sistema capitalista. O autor de *O capital*, como vimos, traz alguns apontamentos preciosos sobre a questão.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De tudo que expomos, fica claro que resgatar Marx uma vez mais pode indicar caminhos interessantes para uma Criminologia que se pretenda crítica. De um lado, é notório como muitas das teses presentes na obra de Georg Rusche ou de Michel Foucault já faziam parte, embora com tonalidade mais ou menos diversa, das reflexões do próprio Marx, em textos como *A Nova Gazeta Renana*, *O Capital*, e as *Glosas Críticas Marginais* de 1844, ainda que o autor alemão seja pouco referenciado, de modo direto, nos escritos desses autores considerados fundadores da tradição de uma “Economia política da pena”. Por outro lado, há um profícuo tratamento de Marx sobre temas como teorias da pena e as funções sociais do Direito Penal na reprodução ampliada do capital, desde a gênese e ao longo do desenvolvimento histórico do modo de produção capitalista, e as imbricações dessas funções com a caridade e a assistência ou, de modo mais amplo, com a administração política do pauperismo. Também assuntos como as relações entre faticidade, reconhecimento e Direito, ou as imbricações entre luta de classes e violações da lei ou, ainda, o papel supostamente contestatório do próprio crime, aparecem de modo significativo, e podem apontar caminhos para debates travados no interior da Criminologia Crítica. Ainda haveria, em Marx, uma série de outras tematizações, como maiores detalhamentos da relação entre crime e sociedade capitalista, que não pudemos abordar aqui, em razão da limitação de espaço (MEDRADO, 2018).

Mesmo que o trabalho de Marx não tenha sido exaustivo, dado que a assim chamada “questão penal” não ocupa um papel central em suas análises, acreditamos que traz um belo exemplo de como compreender, em meio às contradições das formações sociais capitalistas, a questão do crime e da punição. Os diversos aspectos que tratamos acima formam um todo, em que a determinação econômica passa longe de ser monocausal, e em que os meandros do próprio Direito e da atividade administrativa do Estado são cuidadosamente levados em conta. Diante da fortuna da chamada criminologia crítica, pretendemos, com isso, ter colaborado tanto para a interpretação da obra marxiana quanto ao trazer o entrelaçamento de diversas questões essenciais na compreensão da questão criminal e de sua imbricação com a questão social. Se formos dar crédito a Marx, uma criminologia que se pretenda crítica e que deixa de trazer tal entrelaçamento estará fadada ao fracasso. A volta ao texto do próprio autor de *O capital*, assim, tanto pode mostrar que os horizontes dele são mais amplos que normalmente se supõe quanto explicita aspectos da sociabilidade capitalista que não podem ser esquecidos na análise crítica do Direito Penal, da pena, do crime e daquilo que permeia os estudos da criminologia crítica.

8. REFERÊNCIAS

- ALBINATI, Ana Selva Castelo Branco. *Gênese, função e crítica dos valores morais nos textos de 1841 a 1847 de Karl Marx*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1999.
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. New York: Prometheus books, 2000.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2020.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CHASIN, José. *Marx: Estatuto Ontológico e Resolução Metodológica*. São Paulo: Boitempo, 2009.
- CHASIN, José. *Miséria brasileira*. Santo André: Ad Hominem, 2000.
- ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. Trad. B. A. Schumann. São Paulo: Boitempo, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.
- FONSECA, David S.; SOZZO, Maximo. Entre a criminologia crítica e a imaginação criminológica – Entrevista com Jock Young. *Revista Dilemas*, v. 7, n. 2, p. 367-390, abr./maio/jun. 2014.
- HEGEL, Georg. *Enciclopédia das ciências filosóficas*. Trad. Paulo Menezes. São Paulo: Loyola, 2005. v. I – A ciência da lógica.
- HEGEL, Georg. *Princípios da filosofia do Direito*. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- KONDER, Leandro. *Marx: vida e obra*. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2015.
- LUKÁCS, György. Conversando com Lukács: entrevista com Franco Ferrarotti. Trad. Murilo Pereira Neto e Carolina Peters. *Verinotio – Revista on-line de filosofia e ciências humanas*, Rio das Ostras, n. 21, 2017.
- LUKÁCS, György. *El asalto a la razón*. Trad. Manuel Sacristan. México: Fondo de Cultura Económica, 1959.
- LUKÁCS, György. *Marxismo e Teoria da Literatura*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.
- LUKÁCS, György. *Ontologia do ser social I*. Trad. Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2012.
- LUKÁCS, György. *Ontologia do ser social II*. Trad. Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2013.

- MARX, Karl. *Crítica à filosofia do direito de Hegel*. Trad. Rubens Enderle e Leonardo de Deus. São Paulo: Boitempo, 2005.
- MARX, Karl. *Crítica ao programa de Gotha*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2012.
- MARX, Karl. Debates acerca da lei sobre o furto da lenha. Trad. Celso Eidt. In: EIDT, Celso. *O Estado racional: lineamentos do pensamento político de Karl Marx nos artigos da Gazeta Renana (1842-1843)*. Belo Horizonte, 1998.
- MARX, Karl. *Glosas críticas marginais ao artigo “O rei da Prússia e a reforma social”*: de um prussiano (1844). Trad. Ivo Tonet. São Paulo: Expressão Popular, 2010b.
- MARX, Karl. *Grundrisse: manuscritos econômicos de 1857-1858 – Esboços da crítica da economia política*. Trad. Mario Duayer e Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011a.
- MARX, Karl. *Los apuntes etnológicos de Karl Marx*. In: (KRADER, Lawrence (Org.)). Madrid: Pablo Iglesias Editorial, 1988.
- MARX, Karl. *Manuscritos Economía y Filosofía*. 11. ed. Madrid: Editorial Alianza, 1985.
- MARX, Karl. *Miséria da filosofia*. Trad. J. C. Morel. São Paulo: Ícone, 2004.
- MARX, Karl. *Nova Gazeta Renana*. Trad. Livia Cotrim. São Paulo: Educ, 2010a.
- MARX, Karl. *O 18 Brumário de Luís Bonaparte*. Trad. Nélío Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011b.
- MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996a. v. I.
- MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996b. livro I, t. II.
- MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. livro I.
- MARX, Karl. *O Capital*. Trad. Regis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1986. livro III, t. IV.
- MARX, Karl. *Pena Capital – Panfleto do Sr. Cobden – Regulações do Banco da Inglaterra*. Trad. José Lopes Alves. *Verinotio – Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas*, Rio das Ostras, n. 19, ano X, abr. 2015 e 2015a.
- MARX, Karl. *População, crime e pauperismo*. Trad. Gabriel Perdigão. *Verinotio – Revista Online de Filosofia e Ciências Humanas*, Rio das Ostras, n. 19, ano X, set. 2015 e 2015b.
- MARX, Karl. *Teorias da mais-valia*. Trad. Reginaldo Sant’Anna. São Paulo: Civilização brasileira, 1980.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)*. Trad. Rubens Enderle, Nélío Schneider e Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Ideologia alemã*. Trad. Luís Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Manifesto comunista*. Trad. Álvaro Pena. São Paulo: Boitempo, 2008.
- MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Sagrada família*. Trad. Marcelo Backers. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MASCARO, Alysson Leandro Barbate. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018.
- MASCARO, Alysson Leandro Barbate. *Estado e forma política*. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MASCARO, Alysson Leandro Barbate. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MCLELLAN, David. *Karl Marx, a biography*. Londres: Papermac, 1995.
- MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.
- NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- NAVES, Márcio Bilharinho. *A questão do direito em Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2014.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Livraria do Advogado, 2006.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.
- RUSSELL, Stuart. The Failure of Postmodern Criminology. In: *Critical Criminology*, v. 8, n. 2, Autumn 1997.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. Petrópolis: Loyola, 1998.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 4. ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal – Parte Geral*. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. A crítica marxista do Direito diante de Friedrich Engels: a tensão entre exposição e pesquisa em sua análise da esfera jurídica. In: *Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas*, Belo Horizonte, v. 26, n. 2, 2020a.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. As formas jurídicas em O capital de Karl Marx. In: *Revista Direito e práxis*, Rio de Janeiro, 2021. (No prelo)
- SARTORI, Vitor Bartoletti. Acerca da individualidade, do desenvolvimento das forças produtivas e do “romantismo” em Marx. *Revista Práxis Comunal*, Belo Horizonte, 2018b.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. O que é crítica ao Direito? In: AKAMINE, Oswaldo; KASHIURA, Celso; MELO, Tarso de (Orgs.). *Para uma crítica ao Direito*. São Paulo: Expressão Popular, 2015a.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. Direito, interpretação e marxismo: uma análise a partir de Lukács. In: *Revista Dialectus*, n. 11. Fortaleza, 2017.

- SARTORI, Vitor Bartoletti. Direito, política e reconhecimento: apontamentos sobre Karl Marx e a crítica ao Direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 61, 2016.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. Fetichismo, transações jurídicas, socialismo vulgar e capital portador de juros: o livro III de O capital diante do papel ativo do Direito. *Revista da Sociedade Brasileira de Economia política*, Niterói, 2019c.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. Marx e Hegel: três momentos da crítica marxiana ao Direito. *Verinotio: Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas*, n. 23, n. 23, 2018a.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. Marx e o “Direito do trabalho”: a luta de classes, o terreno jurídico e a revolução. In: *Katálisis*, Santa Catarina, v. 22, n. 2, 2019a.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. O livro II de O capital e o Direito: um debate com Pachukanis. In: *Libertas*, Juiz de Fora, 2020b.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. Os juristas nas Teorias do mais-valor de Karl Marx: produtividade e desenvolvimento capitalista diante da concepção marxiana de socialismo. In: *Verinotio: Revista Online de Filosofia e Ciências Humanas*, Rio das Ostras, v. 26, n. 1, 2020c.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. Sociedades capitalistas tardias, o livro III de O capital e a dialética entre trabalho e as figuras econômicas concretas. In: *Revista de estudos organizacionais*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, 2019b.
- SARTORI, Vitor Bartoletti. Teoria geral do direito e marxismo de Pachukanis como crítica marxista ao direito. In: *Verinotio: Revista on-line de Filosofia e Ciências Humanas*, Belo Horizonte, n. 19, 2015b.

PESQUISAS DO EDITORIAL

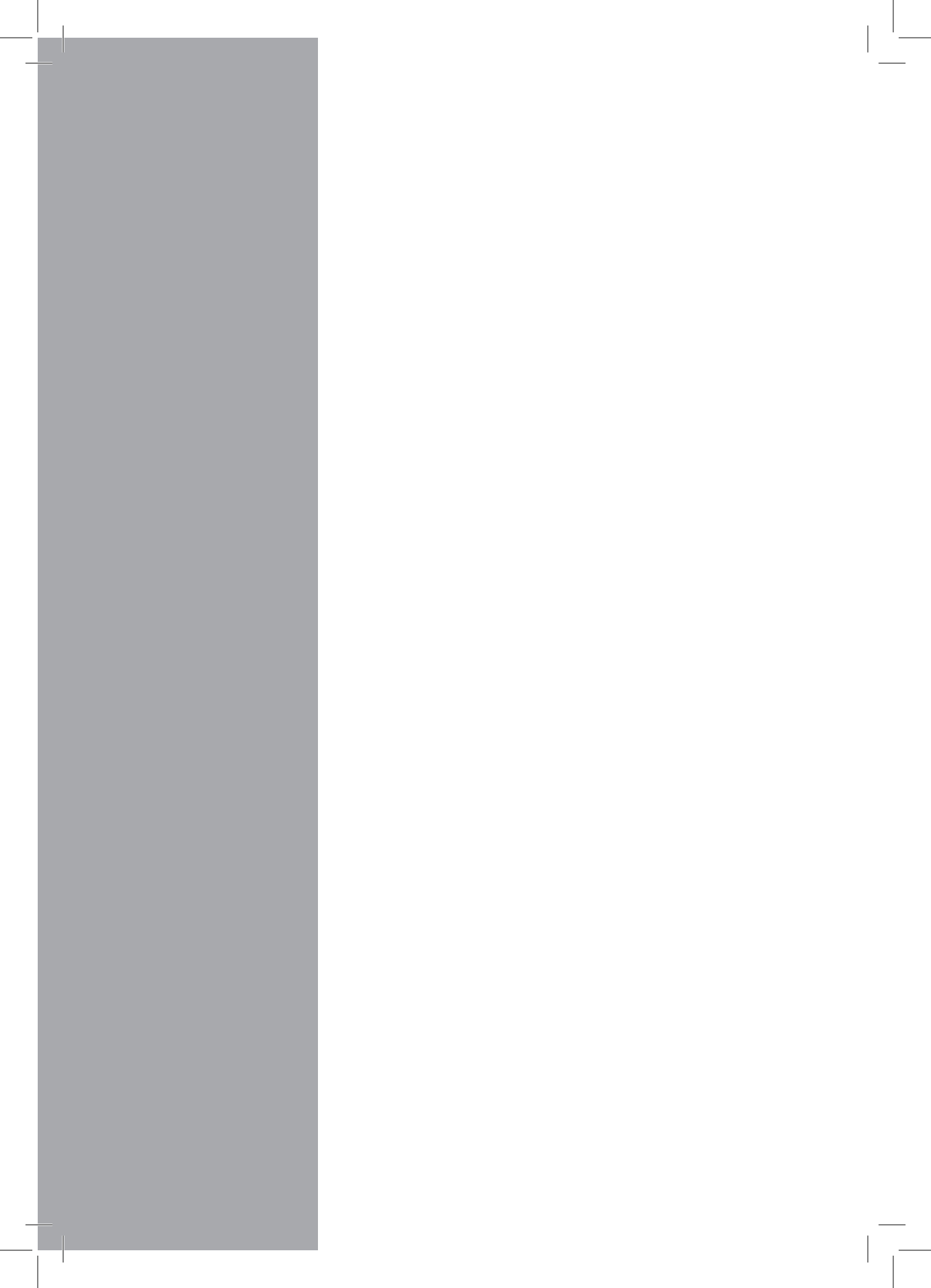
Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Constitucionalização penal e a criminologia crítica contemporânea, de Eduardo Moreira – *RDCI* 123/13-28 (DTR\2021\266);
- Fundamentos para uma teoria das práticas penais, de André Ribeiro Giamberardino – *RBCCrim* 176/181-210 (DTR\2021\359); e
- Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira, de Victor Sugamoto Romfeld e Daniel Fauth Washington Martins – *RBCCrim* 172/421-450 (DTR\2020\12767).

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is more prominent on the right side of the page, where it appears to be a close-up of a larger, curved surface.

Índice

Alfabético–remissivo



AUTORES

C

CARVALHO, Paula Danielle Palheta

- A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere, p. 145

D

DALBORA, José Luis Guzmán

- Pena natural y commensuración de la pena, p. 15

F

FERREIRA, Poliana da Silva

- Entre o indissociável e o inacessível: o que nos ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial?, p. 163

FREITAS JUNIOR, Lauro Francisco da Silva

- A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere, p. 145

J

JUNQUEIRA, Gabriel Marson

- Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do

art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia, p. 117

K

KARAM, Maria Lucia

- “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais, p. 37

L

LEAL, Rodrigo José

- O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*, p. 59

M

MAGALHÃES, Celina Maria Colino

- A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere, p. 145

MARTINS, Antonio

- “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais, p. 37

MEDRADO, Nayara Rodrigues

- Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx, p. 229

P

PACHECO, Rubens

- A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental, p. 195

PINHEIRO, Daniel Soares de Jesus

- A desnaturalização do punitivismo penal e a ressignificação da ofensa sob a égide restaurativa, p. 93

S

SARTORI, Vitor Bartoletti

- Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx, p. 229

Z

ZILIO, Jacson

- “Lei anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais, p. 37
-

TEMAS

A

Agente infiltrado - “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais

C

Compasión - Pena natural y conmensuración de la pena

Compliance - O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*

Commensuración de la pena - Pena natural y conmensuración de la pena

Corrupção - Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia

Crime

- Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx
- O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*

Crimes hediondos - “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais

D

Desigualdade racial - Entre o indissociável e o inacessível: o que nos ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial?

Direito e relações raciais - Entre o indissociável e o inacessível: o que nos

ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial?

Direito penal - Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx

Doença mental - A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental

Domínios de criminalidade - Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia

E

Envelhecimento - A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere

Espaço de liberdade - Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia

H

Harmonização em matéria penal - Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia

Humanidad - Pena natural y conmensuración de la pena

I

Idosos - A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere

Inimputabilidade - A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental

Interseccionalidade - Entre o indissociável e o inacessível: o que nos ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial?

J

Justiça criminal - Entre o indissociável e o inacessível: o que nos ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial?

Justiça restaurativa

- A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental
- A desnaturalização do punitivismo penal e a ressignificação da ofensa sob a égide restaurativa

L

Legítima defesa - “Lei Anticrime” (Lei 13.649/2019): impactos penais

Lei Anticrime - “Lei Anticrime” (Lei 13.649/2019): impactos penais

M

Marx - Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx

Mental Health Court - A aplicabilidade da justiça restaurativa para

casos envolvendo ofensores com doença mental

Metodologia de pesquisa - Entre o indissociável e o inacessível: o que nos ensinam os estudos sobre justiça criminal e desigualdade racial?

Metodologia restaurativa - A aplicabilidade da justiça restaurativa para casos envolvendo ofensores com doença mental

O

Ofensor - A desnaturalização do punitivismo penal e a ressignificação da ofensa sob a égide restaurativa

P

Pauperismo - Apontamentos sobre crime, Direito Penal e pauperismo em Marx

Pena - Pena natural y conmensuración de la pena

Pena criminal - O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*

Perda de bens - “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais

Pessoa jurídica - O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol para superar a doutrina *societas delinquere non potest*

Progressão de regime - “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019): impactos penais

Punitivismo - A desnaturalização do punitivismo penal e a ressignificação da ofensa sob a égide restaurativa

R

Responsabilidade criminal - O sinuoso percurso do Direito Penal espanhol

para superar a doutrina *societas delinquere non potest*

Revisão bibliográfica - A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere

S

Saúde - A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere

Segurança e justiça - Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia

Sistema prisional - A velhice encarcerada: revisão da literatura sobre o envelhecimento no cárcere

U

União Europeia - Observações sobre o conteúdo e a extensão do termo “corrupção”, constante do art. 83º, nº 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia

V

Vítima - A desnaturalização do punitivismo penal e a ressignificação da ofensa sob a égide restaurativa

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**:

- Direito Penal:* abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;
- Processo Penal;*
- Crime e Sociedade.*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção Direito em Ação - Comentário

Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

1. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por 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).

1.1. Condições para submissão

- a. É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.
- b. O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações.
- c. Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na internet; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.
- d. Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano.**

- e. Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.
- f. Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano.
- g. Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

2. ELEMENTOS FORMAIS OBRIGATÓRIOS

- a. Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo Lattes e número do ORCID.
- b. Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.
- c. Como fonte, usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- d. Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- e. Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.
- f. Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).
- g. A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

- h. Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.
- i. A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.
- j. O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.
- k. A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

- l. Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.
- m. As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.
- n. Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *italico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.
- o. Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

- Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35) descreve: “O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]”. OU: “Não se mova, faça de conta que está morta.” (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

- Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

- p. As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão “Disponível em:” e a data de acesso, precedida da expressão “Acesso em:”. As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.
- q. Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

3. CIENTIFICIDADE

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, resumizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

3.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

- a. Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir:

- a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.¹
- 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.

3.2. *Responsabilidade editorial*

- a. O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.
- b. O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.
- c. O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.
- d. Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. *Política de Privacidade*

- a. Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
- b. Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.
- c. Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

- d. A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.
- e. Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

4. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

- a. Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).
- b. Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.
- c. Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.
- d. As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:
 - Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
 - Contribui para a popularização do conhecimento científico?
 - Apresenta inovações significativas?
 - Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
 - Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
 - Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço.
 - Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;

- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista.
 - Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros.
 - Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: “O quê” e/ou “Quem?”, “Quando?”, “Onde?”, “Como?”, e “Por quê?”.
- e. A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

5. PROCESSO DE AVALIAÇÃO E PUBLICAÇÃO

- a. Controle preliminar formal (*desk review*): Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:
1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
 2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
 3. O trabalho apresenta linguagem adequada e científica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
 4. O trabalho é inédito?
 5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
 6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- b. Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.
- c. No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos

excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

- d. Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.
- e. Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

6. DIREITOS AUTORAIS

Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

7. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser “meras correções ortográficas”. Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. CRITÉRIOS DE ESPERA E PREFERÊNCIA PARA PUBLICAÇÃO

- a. A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.
- b. Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância.
- c. Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação.
- d. Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada.
- e. Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras.
- f. Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro.
- g. Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).
- h. Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão

do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

- i. Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares (*double blind peer review*) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares (*double blind peer review*).

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

*Diretrizes determinadas pela equipe editorial
em conformidade com o conselho editorial da
RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.*

1. COMPOSIÇÃO DO CORPO DE AVALIADORES

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação.**

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: https://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 terá direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês)** em que houve a colaboração do parecerista, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

- a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;
- b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

- a. possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);
- b. Possui número de registro ORCID;
- c. possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;
- d. possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;
- e. atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar

que existem limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que 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 científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. “Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade”

6. PRINCÍPIOS PARA UMA BOA AVALIAÇÃO¹

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma “autovigilância” constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(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.
-

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou “como evitar uma rejeição preliminar”)

- * requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)
- ✓ O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista? Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? <http://bit.ly/30JjvSo>
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos **no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
- ✓ O artigo é dividido em tópicos e apresenta itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

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