Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 29 • vol. 180 • junho 2021

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 29 • vol. 180 • junho 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 – Helen Christo e Willians Meneses

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

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Andrei Zenkner Schmidt (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Chiavelli Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Clara Moura Masiero (UNISINOS – São Leopoldo/RS)
Criziany Machado Felix (URCAMP – Alegrete/RS)
Dani Rudnicki (UNIRITTER – Porto Alegre/RS)
Daniel Kessler de Oliveira (FEEVALE – Novo Hamburgo/RS)
Douglas Carvalho Ribeiro (Universität Hamburg – Alemanha)
Eduardo Bolsoni Riboli (Universidade de Lisboa – Portugal)

Emília Merlini Giuliani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Gabriel Tyles (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP – São Paulo/SP)
Hamilton Gonçalves Ferraz (PUC-Rio – Rio de Janeiro/RJ)
José Antônio Gerzson Linck (CNEC – Gravataí/RS)
Luanna Tomaz de Souza (UFPA – Belém/PA)
Lucas Nogueira do Rêgo Monteiro Villa Lages (Universidade Federal do Piauí -UFPI – Teresina/Piauí)
Luiz Antônio Bogo Chies (UCPel – Pelotas/RS)
Marcelo Mayora Alves (Universidade Federal do Pampa – Bagé/RS)
Marcelo Almeida Ruivo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Marcelo Semer (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Maria Angélica Leal (Universidade La Salle – Canoas/RS)
Mariane Chies (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Mariângela Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Milene Maria Xavier Veloso (Universidade Federal do Pará- Belém/PA)
Misael Neto Bispo da França (MPF / UFBA – Salvador/BA)
Nereu Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE)
Pâmela Copetti Ghisleni (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – Ijuí/RS)
Tomás Grings Machado (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS)
Vanessa Chiari Gonçalves (UFRGS – Porto Alegre/RS)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás UEG – Gioânia/GO)
Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa – Portugal)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Breno Zanotelli (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ).
Carolina Costa Ferreira (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF)
Carolina González Laurino (Universidad de la República – Uruguay)
Cátia Betânia Chagas (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)
Elaine Novaes Vieira (Universidade Federal do Espírito Santo – UFES – Vitória/ES)
Fabrício Barbosa Barros (Universidade Federal do Ceará – Fortaleza/CE)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)
Gustavo Augusto Cabral de Almeida (Univeristat Pompeu Fabra – Espanha)
Izabele Kasecker (Humboldt-Universität zu Berlin – Alemanha)
Klaus Günther (Johann Wolfgang Goethe -Universität Frankfurt am Main – Alemanha)
Marcela Novais Medeiros (Universidade de Brasília – UnB – Brasília/DF)
Marco Aurélio Nunes da Silveira (Universidade Federal do Paraná UFPR – Curitiba/PR)
Mariana Chini (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ – Ijuí/RS)
Sebastian Simmert (University Halle -Wittenberg – Alemanha)
Thiago Pierobom de Ávila (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF)
Túlio Vianna (Universidade Federal de Minas Gerais – 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. 180 • junho 2021

Coordenação (editor-chefe)
Salo de Carvalho

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 180 • junho 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: sacrt@thomsonreuters.com

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

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

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

Impresso no Brasil: [06-2021]
Profissional
Fechamento desta edição: [04.05.2021]

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



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
1º TESOUREIRO
Rafael Serra Oliveira
2º TESOUREIRO
Renato Stanziola Vieira
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
Maria Carolina de Melo Amorim

CONSELHO CONSULTIVO

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

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE – BOLSAS E CONTRIBUIÇÕES ASSOCIATIVAS
Camila Torres
AMICUS CURIAE
Alberto Zacharias Toron
BIBLIOTECA
Ludmila Bello
BOLETIM
Daniel Zaclis
CONCURSO DE MONOGRAFIAS e MONOGRAFIAS
Ana Cristina Gomes
CONVÊNIOS NACIONAIS
Luan Moyanos
CONVÊNIO INTERNACIONAIS
Eneas Romero
CURSOS
Bruna Angotti e Mariangela Lopes
CURSOS COIMBRA
Marcelo Almeida Ruivo
GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS
Debora Motta

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

EQUIPE DO IBCCRIM

NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Diretoria
EQUIPE
Marília Jahnel
Jonas Santos

NÚCLEO ADMINISTRATIVO

SUPERVISÃO
Fernanda Barreto
EQUIPE
Alexandre Soledade de Oliveira
Eliane Yanikian

NÚCLEO FINANCEIRO

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

NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES E BIBLIOTECA

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Helen Christo
Natalí 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

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 29 • vol. 180 • junho 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 Projetos: Camilla Dantara Ventura

Estagiárias: Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi, 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: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Morais, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra e Vanessa Mafra

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

Designer Editorial: Lucas Kfouri

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

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print
Camilla Furegato da Silva

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

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

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

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

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida

Autonomy and self-responsibility of the victim in negligent crimes: an analysis about self-endangerment and consented endangerment of others

Izabele Kasecker 19

Transformações democráticas do direito penal moderno?

Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?

Klaus Günther

Traduzido por Raphael Boldt 49

Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – about a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany

Abordagens e problemas em torno da avaliação de risco na prevenção de crimes violentos de natureza extremista – sobre uma abordagem hermenêutico-filosófica para a avaliação de risco na Alemanha

Sebastian Simmert 71

Processo Penal

Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina

Legal considerations for a regulation of habeas corpus *in Brazil: the observance of constitutional procedural autonomy of* habeas corpus *and the experience of national support in Argentina*

Fabrício Barbosa Barros 113

A imprescindibilidade da implementação da etapa intermediária no processo penal brasileiro
The indispensability of implementing the intermediate stage in the Brazilian criminal procedure
Marco Aurélio Nunes da Silveira 137

Criminologia

A crítica às alternativas penais na obra de Stanley Cohen
Penal alternatives critique on Stanley Cohen's work
Breno Zanotelli 165

Paradojas en las medidas socioeducativas no privativas de libertad del sistema penal juvenil uruguayo
Paradoxes in the non-custodial socio-educational measures of the Uruguayan juvenile penal system
Carolina González Laurino 201

Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade
Dimensions of (bio)power and critical criminological discourse: necropolitics and precariousness in the categorical construction of vulnerability
Gabriel Antinolfi Divan, Carolina Costa Ferreira e Mariana Chini 235

Las prisiones en el Brasil ochocentista: una revisión bibliográfica exhaustiva
Prisons in nineteenth century Brazil: a systematic review
Gustavo Augusto Cabral de Almeida 265

Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal
Risk factors for femicide in the Federal District of Brazil
Thiago Pierobom de Ávila, Marcela Novais Medeiros, Cátia Betânia Chagas e Elaine Novaes Vieira 297

Direito por Quem o Faz

Parecer: semi-inimputabilidade por transtorno bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro

Opinion: Semi-inimputability due to bipolar disorder: alternativeness of the cognitive and volitional requirements of article 26, sole paragraph, of the Brazilian Penal Code

Túlio Vianna 331

Índice Alfabético-remissivo

Autores 343

Temas 345

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 349

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 361

Condições Para Submissão (*Check List*) 367

Direito Penal

Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida

Autonomy and self-responsibility of the victim in negligent crimes: an analysis about self-endangerment and consented endangerment of others

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Izabele Kasecker

Doutoranda pela Humboldt-Universität zu Berlin. Mestra (LL.M.) em Direito Alemão pela Universität Augsburg. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), Edital no 22/2018.
ORCID: [0000-0002-6469-9602].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5810958192117546].
izabelekasecker@hotmail.com

Recebido em: 11.08.2020
Aprovado em: 19.03.2021
Última versão da autora: 26.03.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo estabelecer os critérios de definição da autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo consentida e revisitar a discussão sobre o tratamento dogmático mais adequado a ser dispensado aos grupos de casos a elas vinculados. Busca-se, ademais, responder à seguinte questão: é, de fato, possível ou necessário distinguir normativamente essas duas figuras? Uma análise crítica, fundada sobretudo na autonomia individual e no princípio da autorresponsabilidade, indica que essas perguntas devem ser respondidas negativamente.

Palavras-chave: Autocolocação em perigo – Heterocolocação em perigo consentida – Imputação objetiva – Autonomia individual – Princípio da autorresponsabilidade.

Abstract: The aim of this paper is to establish the criteria for defining self-endangerment and consented endangerment of others and to revisit the discussion about the most appropriate dogmatic treatment to be given to the groups of cases that are linked to them. In addition, the aim is to answer the following question: is it normatively possible or necessary to distinguish these two figures? A critical analysis, based mainly on individual autonomy and the principle of self-responsibility, indicates that these questions must be answered negatively.

Keywords: Self-endangerment – Consented endangerment of others – Objective imputation – Individual autonomy – Principle of self-responsibility.

Kasecker, Izabele. Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 19-47. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

Sumário: 1. Introdução. 2. Casos reitores. 3. Autocolocação em perigo. 3.1. Análise dos critérios a partir do caso 1. 3.2. A exclusão da imputação em relação ao colaborador. 4. Heterocolocação em perigo consentida. 4.1. Solução da imputação: a teoria equiparadora condicionada (Roxin). 4.2. Solução vinculada ao consentimento? 5. É, de fato, possível ou necessário distinguir a autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida? 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução

A discussão sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida ocorre, em contraposição ao debate sobre a autolesão e a heterolesão, no contexto dos delitos culposos.[1] Embora no Brasil essas figuras sejam abordadas apenas sucinta e perfunctoriamente, existem na Alemanha vigorosos debates sobre o tratamento dogmático mais adequado a ser dispensado aos grupos de casos a elas vinculados. Assim, considerando-se que a discussão pode ser compreendida e analisada a partir de diferentes prismas, a controvérsia não se cinge ao posicionamento sistemático da autocolocação em perigo e – sobretudo – da heterocolocação em perigo consentida; ela abrange também questões mais profundas e elementares – que no presente trabalho serão abordadas apenas indiretamente –, como os limites do direito à autodeterminação individual, a legitimidade de proibições penais paternalistas e o caráter não absoluto da proteção da vida humana.

A fim de contextualizar a discussão sistematicamente, impõe-se mencionar, compendiosamente, que a autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida costumam ser apreciadas dogmaticamente, a depender da compreensão de cada autor, em diferentes âmbitos no seio da imputação objetiva: alguns autores as inserem na dimensão da criação do risco juridicamente desaprovado,[2]

1. Esse é, na maior parte das vezes, um dado implícito, não mencionado expressamente na literatura. Poucos autores abordam diretamente essa questão – cf., p. ex. GRÜNEWALD, Anette. Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, *GA* 2012, p. 364; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad: participación en autopuesta em peligro, heteropuesta em peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Nuevo Foro Penal,* n. 74, 2010. p. 61; RENGIER, Rudolf. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2015, München: C. H. Beck, § 23 nm. 39.
2. GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 70 e ss.; GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 369 e ss., ao menos nos casos de colaboração com uma autocolocação em perigo autorresponsável.

outros as analisam na esfera da realização do risco no resultado[3] e há, ainda, aqueles que as situam no horizonte do alcance do tipo[4]. Além disso, há quem, negando a relevância da heterocolocação em perigo para a imputação objetiva, resolva o grupo de casos a ela vinculado mediante recurso direto ao instituto do consentimento – na Alemanha, esse parece ser o posicionamento majoritário, endossado também pela jurisprudência.[5]

Diante desse cenário, o objetivo do presente trabalho consiste, fundamentalmente, em definir os contornos da autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo consentida, indicando as distinções entre elas existentes, e abordar criticamente o debate desenvolvido, sobretudo na Alemanha, acerca do tratamento dogmático mais adequado a ser a elas conferido. Para perseguir esse objetivo, apresentaremos, inicialmente, três casos reitores (2), aos quais nos referiremos, oportunamente, solucionando-os. Em seguida, estabeleceremos os critérios de definição da autocolocação em perigo (3.1), esclarecendo, igualmente, os fundamentos que permitem a exclusão da imputação em relação a quem com ela colabore (3.2). Posteriormente, abordaremos a figura da heterocolocação em perigo consentida (4) e apreciaremos criticamente duas das principais soluções propostas em relação a esse grupo de casos: a solução da imputação de *Roxin* (4.1) e a solução do consentimento (4.2). Sucessivamente, discutiremos se é, de fato, possível ou necessário diferenciar a autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida (5). Por fim, apresentaremos as conclusões do presente estudo (6).

2. Casos reitores

Os três casos a seguir apresentados serão utilizados não apenas para ilustrar a problemática, tornando o debate mais concreto, mas também para orientar as reflexões a serem aqui desenvolvidas.

Caso 1:[6] o médico *M* realizava tratamentos substitutivos, que consistem na substituição de drogas não permitidas por substâncias legais e menos nocivas,

3. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 173 e ss.; RENGIER, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 13 nm. 77 e ss.
4. Que compreende, fundamentalmente, situações em que o resultado produzido não se adequa ao fim de proteção da norma (ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. 5. ed. München: C.H. Beck, 2020. v. 1. § 11 nm. 106 e ss.).
5. Mais detalhes sobre essa discussão adiante, item 4.2.
6. 1 StR 389/13, simplificado. Esse caso específico foi objeto de análise em outro artigo: GRECO, Luís; KASECKER, Izabele, Autocolocação em perigo e conhecimentos

em pacientes viciados em heroína e ópio. *M* sabia que seus pacientes podiam fingir que sofriam com dores para que lhes fossem receitados adesivos analgésicos opiáceos, cujo princípio ativo poderia ser extraído e utilizado intravenosamente. E foi precisamente isso o que paciente *P* fez. Ocorre que, ao injetar a substância em si mesmo, *P* morreu em virtude de uma superdosagem.[7]

Caso 2:[8] dois motoristas, cada um com um passageiro e em seus respectivos automóveis, disputavam uma prova de arrancada. Enquanto corriam a uma velocidade acima de 200 km/h, os motoristas se depararam com um terceiro que trafegava a 120 km/h, que era a velocidade máxima permitida. Ao tentarem ultrapassá-lo simultaneamente, em uma rua de duas faixas sem acostamento, o carro de um dos acusados derrapou, capotou e se incendiou, culminando na morte do passageiro que nele se encontrava. A vítima estava de acordo com a corrida e havia, inclusive, dado o sinal de largada aos motoristas.

Caso 3: *A* teve relações sexuais desprotegidas com *B*, sabendo que *B* era portador do vírus da imunodeficiência humana (HIV), e foi, algum tempo depois, e em virtude dessas relações, diagnosticado com AIDS.

3. Autocolocação em perigo

Para que se possa afirmar a existência de uma autocolocação em perigo, requer-se o preenchimento de alguns pressupostos. Assim, impõe-se analisar quais critérios a caracterizam – o que será realizado a partir do caso 1.

3.1. Análise dos critérios a partir do caso 1

Em primeiro lugar, é necessário aferir *quem tem o domínio sobre o perigo*[9] no caso concreto, ou seja, quem pratica a conduta que desemboca num curso

superiores: reflexões a partir de um recente caso da jurisprudência alemã. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; MELLO, Sebástian de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro (Org.), *Novas perspectivas das ciências criminais*: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim, Salvador: JusPodivm, 2018. p. 131-141.

7. No caso concreto, o médico foi condenado por lesão corporal seguida de morte, mas a decisão foi reformada pelo BGH, que entendeu que se tratava de uma autocolocação em perigo autorresponsável.

8. BGHSt 53, 55, simplificado. A decisão do BGH será indicada posteriormente (4.2).

9. Nesse contexto, não é adequado que se fale em "domínio do fato", pois estamos a tratar de delitos culposos, nos quais o resultado ocorre contra a vontade dos envolvidos e,

causal que conduz, de forma irrevogável, ao resultado lesivo (*point of no return*)[10], ou, dito de outra forma, quem tem em suas mãos o acontecimento que conduz ao resultado lesivo ao bem jurídico.[11] Aquele que se põe intencionalmente em risco, dominando o perigo, tem o controle sobre o quão longe deseja ir, ao passo que quem se deixa pôr em risco está, de certa forma, entregue ao acontecimento perigoso.[12] Se é a vítima quem tem esse domínio, trata-se de uma autocolocação em perigo; se é o autor quem o exerce, trata-se de heterocolocação em perigo.[13] Em situações semelhantes à do nosso primeiro caso, em que as ações do autor e da vítima ocorrem momentos diferentes, é menos complexa a tarefa de aferir quem tem o domínio sobre o perigo e, portanto, de determinar se se trata de uma autocolocação em perigo ou de uma heterocolocação em perigo

portanto, não é propriamente controlado por alguém. Por isso, nos casos de que tratamos é necessário, fundamentalmente, aferir de quem parte o perigo que conduz ao resultado lesivo ao bem jurídico. Nesse sentido, cf. ROXIN, Claus. Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?, *GA*, 2018. p. 258; e, criticamente, STRATENWERTH, Günther. Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten. In: PAEFFGEN, Hans Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten; ZACZYK, Rainer (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 1019, que afirma que a ausência de distinção entre autoria e participação no âmbito dos delitos culposos representaria um óbice à diferenciação entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo consentida, de sorte que a solução dos casos exigiria, para o autor, o recurso ao instituto do consentimento. A mesma solução é adotada por *Grünewald*, que, no entanto, não prescinde da diferenciação entre essas figuras (GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 366). Sobre a solução do consentimento cf. adiante, item 4.2. Assim como *Stratenwerth*, *Puppe* também afirma ser inadequada a distinção, mas defende a solução dentro da própria imputação objetiva (PUPPE, Ingeborg. Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten: Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20.11.2008, *GA*, 2009. p. 492 e s.) – mais detalhes sobre essa abordagem no item 5.

10. GRECO; KASECKER, Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores, p. 136.
11. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 121; essa diferenciação pressupõe um conceito restritivo de autor, como observa RENZIKOWSKI, Joachim. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, *HRRS* 2009 p. 348. Um debate mais profundo sobre essa questão não será realizado no presente trabalho.
12. ROXIN, Claus. Zur einverständlichen Fremdgefährdung, *JZ* 2009, p. 399.
13. ROXIN, Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?, p. 258; GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 365 e s.

consentida.[14] Em relação ao nosso primeiro caso, foi o próprio paciente que, ao injetar a droga em si mesmo, praticou a última ação que conduziu imediatamente ao resultado fatal. Ele tinha, portanto, o domínio sobre o perigo.[15]

A doutrina costuma mencionar que a existência de *conhecimento superior* por parte do agente fundamentaria a sua autoria mediata, já que ele estaria reduzindo a vítima a um mero instrumento.[16] No entanto, essa afirmação não é de todo correta, porquanto em casos como o nosso, inseridos no contexto de uma relação médico-paciente, é praticamente inevitável que o conhecimento do médico seja superior ao da vítima, e seria inadequado que esse simples fato conduzisse sempre à responsabilidade penal do profissional de saúde por danos decorrentes de abuso de medicamentos pelo próprio paciente.[17] Essa consideração exige, portanto, uma reformulação: a autoria mediata somente poderá ser afirmada quando a vítima não tiver *conhecimento suficiente* sobre os riscos da sua ação perigosa.[18] Assim, não é necessário que se proceda a um cotejo entre o nível de conhecimento do autor e o da vítima; basta que se analise se a vítima conhecia suficientemente os riscos da sua conduta arriscada. A autoria mediata poderá ser afirmada, por exemplo, quando o fornecedor de drogas entregar uma substância mais nociva

14. Quando a colocação em perigo requer atuação conjunta, é, por vezes, impossível determinar quem tem o domínio sobre o perigo. Nesse sentido: GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 366; PUPPE, Ingeborg. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Org.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 5. ed.. Baden-Baden: Nomos, 2017, Vorbem. §§ 13 ff. Nm. 185; WALTER, Tonio. Die Lehre von der "einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen – eine Verteidigung der Rechtsprechung, *NStZ* 2013, p. 676 afirma que esse é problema é apenas aparente (mais detalhes sobre a discussão em 4.1 *in fine*).

15. Diferente seria, por exemplo, se o médico, além de prescrever o medicamento, também injetasse a droga no paciente.

16. WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil. Heidelberg: C.F. Müller, 2016, § 6 nm. 269. Nesse sentido, cf. igualmente. STERNBERG-LIEBEN. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst (Org.). *Strafgesetzbuch Kommentar.* 30. ed., München: C. H. Beck, 2019, § 15, nm. 165 e 167.

17. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 111: "O médico deve proteger seus pacientes de doenças, e não de autolesões. Quase nunca se pode excluir a hipótese de que um paciente provoque danos a si mesmo por meio do abuso de medicamentos a ele prescritos (ainda que se trate de remédios para dormir). Se o médico tivesse de ser responsabilizado por isso, ele estaria sempre com um pé na cadeia." (Trad. nossa.)

18. PUPPE, NK StGB, Vorbem. §§ 13 ff. Nm. 197; GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 74; GRECO; KASECKER, Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores. p. 137 e s.

ou mais concentrada sem que a vítima tenha consciência dessa circunstância.[19] No nosso caso 1, no entanto, o paciente conhecia o fármaco que lhe havia sido receitado e tinha, de fato, consciência sobre os perigos de uma superdosagem.

Por fim, é necessário determinar se a decisão da vítima de se pôr em perigo foi tomada de maneira *autorresponsável*. Aqui, há controvérsia sobre se essa autorresponsabilidade deve ser aferida a partir dos requisitos que definem a culpabilidade (arts. 26 e 27 CP) ou por meio do recurso aos critérios – mais severos – definidores da validade do consentimento.[20] Walter propõe uma conjugação dessas duas soluções: para que a vítima seja declarada autorresponsável, é necessário que ela seja imputável e que a sua vontade seja livre de vícios.[21]

Em relação ao caso 1, poderíamos questionar o caráter autorresponsável da decisão do paciente, considerando o seu histórico de usuário de drogas. No entanto, como acertadamente decidiu o BGH, não se pode presumir que a dependência química conduz, sempre e em todos os casos, à exclusão da autorresponsabilidade.[22] Trata-se de uma análise que deve ser feita individualmente, e

19. Exemplo semelhante em GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 369, nota 32.

20. Defendem o recurso aos pressupostos do consentimento, p. ex., FRISCH, Wolfgang. Selbstgefährdung im Strafrecht 2. Teil: Grundlinien einer Opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten, *NStZ* 1992, p. 63 e s.; STERNBERG-LIEBEN, Schönke/Schröder StGB, § 15, nm. 167; defendem a adoção dos critérios da culpabilidade, p. ex., ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 111; DÖLLING, Dieter. Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, *GA*, 1984, p. 78 e s. Nesse caso, seria necessário analisar a capacidade da vítima de compreender e avaliar o risco, bem como de agir de acordo com esse entendimento. Sobretudo nos casos de coação essas duas perspectivas conduzem a soluções diversas: se recorrermos aos pressupostos vinculados ao consentimento, o caráter autorresponsável da vítima poderá ser afastado se a autocolocação em perigo for fruto de uma coação menos grave (bastaria, portanto, um constrangimento ilegal), ao passo que, se recorrermos aos critérios da culpabilidade, apenas uma coação mais severa – irresistível – poderia conduzir ao mesmo resultado. Nesse sentido, cf. GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 75.

21. WALTER, Die Lehre von der "einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen, p. 676 e s. No nosso entender, a conjugação desses critérios poderia trazer mais segurança jurídica, na medida em que os pressupostos de definição da capacidade para o consentimento não encontram previsão legal e constituem objeto de vigorosas discussões.

22. Nesse sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?, *NStZ* 1982. p. 62: a exclusão da autorresponsabilidade será possível, por

nesse caso específico não havia indícios de incapacidade da vítima para decidir livre e autorresponsavelmente, tampouco de se autodeterminar. Assim, tem-se no caso 1, efetivamente, uma autocolocação em perigo autorresponsável. O médico era apenas um *colaborador* – e, portanto, impunível. Mas o que fundamenta a não punibilidade de quem colabora com uma autocolocação em perigo?

3.2. A exclusão da imputação em relação ao colaborador

Embora apenas ações perigosas possam ser proibidas pelo Direito Penal, nem todas as ações perigosas são de fato vedadas.[23] Em princípio, os tipos penais proíbem apenas condutas que afetem terceiros. Isso porque existe um espaço de liberdade individual que permite que o indivíduo autônomo se desenvolva e tome decisões sobre a disposição e o usufruto dos seus bens jurídicos sem interferência estatal – o que decorre do direito de cada um de exercer a sua autonomia e de autodeterminar-se e tem como fundamento a própria dignidade humana e a liberdade individual, constitucionalmente asseguradas (arts. 1º, III e 5º, *caput*, CR, respectivamente). Assim, via de regra, se é a própria vítima quem se lesiona de modo autorresponsável, o fato não é compreendido pelo tipo penal – e isso também se aplica aos casos em que a vítima se expõe a perigo. Portanto, se um terceiro contribui para uma autolesão ou autocolocação em perigo realizada de modo livre e autorresponsável, só poderá haver responsabilização penal excepcionalmente, mediante previsão expressa em lei (a exemplo do art. 122 do CP), já que essas ações não se adequam ao fim de proteção dos tipos dos arts. 121 e 129 do CP.[24]

Na Alemanha – é importante frisar –, a participação em suicídio não é punível, tampouco o é a participação em autolesão. Assim, para fundamentar a exclusão da imputação em relação ao terceiro nos casos em que a própria vítima se expõe a perigo, alguns autores alemães recorrem a um *argumentum a fortiori* (*a maiore ad minus*); e faz-se isso em duas dimensões: em primeiro lugar, parte-se da impunibilidade da participação em suicídio e em autolesão e chega-se à impunibilidade da colaboração à autocolocação em perigo; em segundo lugar, afirma-se que, se

exemplo, quando se comprovar que, ao tempo da autocolocação em perigo, a vítima se encontrava sob efeito de uma perturbação de consciência provocada por sua abstinência.

23. GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 50.

24. Cf., nesse sentido, GRECO; KASECKER, Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores, p. 134.

não se pune a participação dolosa nessas ações, tampouco se pode punir a colaboração culposa.[25] Afinal, se não se pune o mais, não se pode punir o menos; em outras palavras: quem pode o mais pode o menos.[26]

Embora esse raciocínio não possa ser transposto sem reservas ao cenário jurídico-penal brasileiro – que conhece um dispositivo que incrimina não apenas a participação em suicídio, mas também em automutilação (art. 122 do CP)[27] –, o argumento *a fortiori* é, por si só, questionável – mesmo no contexto jurídico alemão –, uma vez que, ainda que afastada a punição da participação culposa (ou mesmo dolosa) nessas ações, não se rejeitaria a possibilidade de que houvesse verdadeira autoria por parte do agente, considerando-se que os delitos culposos são regidos pelo conceito unitário de autor, que não distingue entre autor e partícipe e equipara todas as formas de causação para o resultado.[28] Ademais, a

25. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 107; LASSON, Maximilian, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung: Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik, *ZJS* 2009. p. 360. Cf., igualmente, CANCIO MELIÁ, Manuel. Opferverhalten und objektive Zurechnung, *ZStW* 111, 1999, p. 374.

26. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 107.

27. Aqui, é oportuno compartilhar uma dúvida: em que consiste a "automutilação", prevista no mencionado art. 122? Trata-se apenas de uma espécie mais severa de autolesão? A análise do art. 122 do Código Penal brasileiro foge ao escopo do presente trabalho; no entanto, considerando-se que o tipo penal está inserido no Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal, não parece ser possível, em princípio, afirmar que, no Brasil, a participação em autolesão é sempre e em todos os casos punível, de sorte que o *argumentum a fortiori* apresentado não é de todo incompatível com o nosso ordenamento jurídico. Sobre a alteração promovida recentemente no art. 122 CP, cf. ALFLEN, Pablo Rodrigo. Delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação: o alcance do tipo fundamental e sua delimitação para com a forma qualificada pelo resultado lesões graves e gravíssimas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 77, 2020. p. 109-128.

28. STRATENWERTH, Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, p. 1019; MURMANN, Uwe. Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung. In: PAEFFGEN, Hans Ullrich; et alii (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 770 e ss.; PUPPE, Ingeborg. Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt: Das Auftauchen des Selbstgefährdungsgedankens in der deutschen Rechtsprechung, *ZIS*, 2007. p. 249; RADTKE, Henning. Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges. In: PAEFFGEN, Hans Ullrich; et alii (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe

despeito da incriminação da participação em suicídio e em automutilação, não é possível afirmar, também por uma questão de legalidade, que a colaboração com uma autocolocação em perigo seja punível. Afinal, a (im)punibilidade de uma conduta nada diz sobre a (im)punibilidade de outra.[29] O argumento decisivo reside, portanto, em outro lugar.

O fundamento material que permite a exclusão da imputação em relação ao colaborador consiste no chamado *princípio da autorresponsabilidade*, que impõe o respeito à decisão autorresponsável da vítima e, consequentemente, a não punição daquele que apenas a ajuda a concretizar a sua vontade.[30] Afinal, desde que ninguém seja posto em risco contra a sua vontade, não há razão para restringir a liberdade de ação dos envolvidos.[31] Como constatamos anteriormente (item 3.1), nos casos de autocolocação em perigo, ainda que haja, eventualmente, a interferência de um terceiro, é a própria vítima quem age no sentido de pôr seus bens jurídicos em risco, o que impede que a responsabilidade pelo fato seja atribuída a quem com ela colabora.[32] Nesse sentido, como observa Puppe, punir essa contribuição representaria uma transformação do terceiro em uma

zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 837. Sobre o conceito de autor nos delitos culposos sob o prisma do direito penal brasileiro, cf. GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: Sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís; et alii (Org.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 34; GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; et alii (Org.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 63 e s.

29. HERZBERG, Rolf Dietrich, Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers? In: PAEFFGEN, Hans Ullrich; et alii (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2011. p. 500.
30. GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 74.
31. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 107.
32. Cf. KRETSCHMER, Joachim. Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, *NStZ* 2012. p. 178: "Aquele que causa um perigo deve, fundamentalmente, responder pela sua realização. Isso não se aplica aos casos em que a vítima se autocoloca em perigo [...]. A assunção autorresponsável do risco pela vítima limita a responsabilidade do autor. Os riscos pelos quais a própria vítima é responsável não devem ser atribuídos a terceiros." (Trad. nossa.)

espécie de "tutor" da vítima.[33] Isso constituiria uma ostensiva expressão de paternalismo rígido – dificilmente legitimável em uma sociedade liberal –, que, ao tratar sujeitos adultos e responsáveis como se crianças fossem, tolheria a liberdade de escolha individual em nome de uma ideia objetiva de "bem-estar" que nem sempre corresponde à escala de valores (essencialmente subjetiva) do indivíduo concreto. Via de regra, uma proteção paternalista não se deixa legitimar perante indivíduos autônomos e autorresponsáveis que decidem sobre seus próprios bens jurídicos.[34] Trata-se, ademais, de delimitar as esferas de responsabilidade.[35]

Outrossim, há autores que, para fundamentar a impunibilidade da colaboração a uma autocolocação em perigo, recorrem ao *princípio vitimodogmático* – que preconiza, fundamentalmente, que o Direito Penal não deve intervir para salvaguardar aquele que pode, sozinho, proteger-se suficientemente.[36] Assim, a vítima que, ainda que culposamente, dá causa ao risco realizado no resultado, não precisa da tutela penal, tampouco a merece.[37] Nesse sentido, nos casos em que a vítima decide, de forma consciente e autorresponsável, praticar ações concebidas como perigosas em relação a bens jurídicos seus, não há que se punir o terceiro que apenas a auxilia nessa tarefa.

33. PUPPE, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, p. 493; PUPPE, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, p. 251.

34. Afinal, o Direito Penal tem como finalidade impedir que pessoas sejam lesadas contra a sua vontade. O que cada sujeito autônomo faz com seus próprios bens jurídicos, de forma livre, consciente e voluntária, refere-se a um núcleo existencial que só diz respeito ao próprio indivíduo, permitindo-lhe a sua autorrealização (ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 2 nm. 32). Nesse sentido, cf. igualmente GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 364-365.

35. KRETSCHMER, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, p. 178.

36. SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, p. 439 e ss.; SCHÜNEMANN, Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?, p. 62; Criticamente: EISELE, Jörg. Schönke/Schröder StGB, Vorbem. §§ 13 ff. nm. 70b.

37. PUPPE, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, p. 493. A abordagem vitimodogmática parte da ideia de que a vítima é não apenas beneficiária da norma penal, mas também corresponsável pela proteção do seu bem jurídico – o que, afinal, é congruente com o princípio da *ultima ratio*. Nesse sentido, SCHÜNEMANN, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, p. 442 e s.

4. HETEROCOLOCAÇÃO EM PERIGO CONSENTIDA

Até meados da década de 1970, não havia uma diferenciação estabelecida entre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida; foi Roxin quem, no ano de 1973, reconheceu a necessidade de distinção entre essas duas figuras.[38] Afinal, enquanto na autocolocação em perigo a atuação do terceiro (colaborador) é meramente acessória – porquanto, como já vimos, é a própria vítima quem pratica a última conduta que conduz ao resultado lesivo –, na heterocolocação em perigo consentida é o próprio terceiro (o autor) quem exerce o domínio sobre a ação perigosa, de sorte que a vítima tem, nesses casos, um menor poder de evitação do resultado danoso.[39]

Diante disso, impõe-se uma pergunta inexorável: pode a heterocolocação em perigo consentida conduzir, assim como faz a autocolocação em perigo em relação ao colaborador, à exclusão da imputação? Qual é o tratamento dogmático mais adequado a ser dispensado a esse grupo de casos? Aqui serão apresentados os dois principais posicionamentos diferenciadores desenvolvidos na Alemanha sobre essa problemática, o que pode contribuir no sentido de conferir alguns contornos à discussão – que é, ainda hoje, bastante candente e controvertida.[40]

4.1. Solução da imputação: a teoria equiparadora condicionada[41] (Roxin)

Em geral, quem se deixa pôr em perigo está mais entregue à situação do que quem se põe em perigo, já que tem um poder de evitação do resultado muito reduzido. Ainda assim, segundo a solução desenvolvida por Roxin, a heterocolocação

38. ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten. In: LACKNER, Karl; et alii (Org.). *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter. p. 250; ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, *GA*, 2012. p. 663. Criticamente: p. ex., STRATENWERTH, Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, p. 1017-1024.

39. Nesse sentido, cf., igualmente, ROXIN, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, p. 250.

40. Não sem razão, Roxin publicou em 2018 um artigo intitulado "Heterocolocação em perigo consentida: uma discussão sem fim?" (Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?, *GA*, 2018). Cf., igualmente, ROXIN, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, p. 250.

41. Essa nomenclatura foi sugerida também por MENRATH, Marc. *Die Einwilligung in ein Risiko*. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 109 e ss. No entanto, é válido sublinhar que a teoria equiparadora *condicionada* não deve ser confundida com a teoria equiparadora, que será posteriormente abordada (cf. item 5).

em perigo consentida não será punível em todos os casos, pois não estará abrangida pelo fim da norma quando for, em todos os seus aspectos relevantes, equivalente a uma autocolocação em perigo.[42] Para isso, é necessário que os todos os pressupostos da autocolocação em perigo – salvo, naturalmente, o referente ao domínio sobre o perigo – encontrem correspondência também na heterocolocação em perigo. Ademais, requer-se a inserção de um critério capaz de compensar o menor poder de evitação do resultado pela vítima nos casos em que ela se deixa pôr em perigo. Assim, segundo Roxin,[43] a equiparação será possível quando, cumulativamente: (i) o autor e a vítima *conhecerem o risco na mesma medida;*[44] (ii) o *risco realizado* no resultado *for o mesmo no qual a vítima havia consentido*, ou seja, quando o dano não decorrer de riscos adicionais ou de descuidos supervenientes do autor; (iii) quando ambos tiverem a *mesma responsabilidade* pelo acontecimento.[45] Este último critério estará preenchido quando a vítima for autorresponsável[46] e a sua decisão de se deixar pôr em risco for realmente livre e autônoma. Isso significa, negativamente, que é necessário que não haja qualquer tipo de pressão ou coação e que a decisão da vítima não represente uma submissão à vontade do autor.[47] Assim, quando a vítima, por exemplo, apesar das advertências do motorista embriagado, insistir para que ele a transporte até o seu destino, um eventual resultado lesivo ocorrido no trajeto e decorrente da embriaguez não poderá ser imputado ao autor, já que a heterocolocação em perigo é, aqui, equiparável a uma autocolocação em perigo. No entanto, a exclusão da imputação não será possível se – partindo-se do exemplo citado – o motorista tiver convencido a vítima, inicialmente hesitante, a aceitar a carona, assegurando-lhe

42. Essa afirmação era feita por Roxin já em 1973: ROXIN, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, p. 252. Atual: ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 123. A teoria também encontra ressonância no Brasil. Cf., nesse sentido, D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 73; SANTOS, *Direito penal*: parte geral, p. 174.

43. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 124.

44. A rigor, seria mais coerente que se exigisse apenas que a vítima conhecesse *suficientemente* os riscos, considerando-se que esse é o parâmetro adotado na autocolocação em perigo (cf. 3.1).

45. Cf. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 124.

46. Ou, para Roxin e Greco, imputável (ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 124).

47. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 124.

que tudo terminaria bem.[48] Diante disso, tem-se que a impunibilidade ocorrerá, sobretudo, quando a situação perigosa for *originada* a partir de uma *iniciativa da vítima* que, superando uma hesitação prévia do autor, convence-o a praticar a ação arriscada (como no caso do passageiro obstinado) ou quando o fato for *fruto de um projeto comum* (como ocorre parcialmente no nosso caso 2).[49]

Aplicando-se os critérios delineados ao nosso caso 2, conclui-se que a exclusão da imputação não é possível.[50] Isso porque ali não havia apenas um, mas sim dois riscos proibidos – ou seja: o excesso de velocidade e a ultrapassagem perigosa –, sendo que apenas o primeiro deles era conhecido pela vítima e poderia – se tivesse provocado, por si só, o resultado lesivo – conduzir à exclusão da imputação por se equiparar a uma autocolocação em perigo em todos os seus aspectos relevantes. No entanto, o risco determinante foi o segundo – o da ultrapassagem –, em relação ao qual não havia consentimento. Se o acidente tivesse decorrido apenas do primeiro risco proibido – e consentido –, isto é, do excesso de velocidade, a exclusão da imputação seria possível; todavia, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, a condenação dos dois motoristas competidores pelo homicídio culposo do passageiro foi correta, precisamente porque foi o segundo risco – não consentido – que conduziu ao resultado lesivo.[51]

Como já afirmamos (3.1), a determinação do domínio sobre o perigo é menos problemática quando a conduta dos envolvidos está separada no tempo (e no espaço), como ocorre no nosso caso 1. No entanto, isso é diferente quando a concretização do resultado lesivo requer ação conjunta dos envolvidos, como no nosso caso 3.[52] No âmbito de relações sexuais desprotegidas e consentidas com pessoas infectadas, é difícil determinar quem exerce propriamente o domínio

48. ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, *GA*, 2012. p. 664. Exemplos trazidos também em ROXIN, Zur einverständlichen Fremdgefährdung, p. 401. Críticas em TIMPE, Gerhard. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung. *Juristische Rundschau,* 2014. p. 61.

49. ROXIN, Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?, p. 254 e ss.: "Em uma concretização desse princípio reitor [a ideia de mesma responsabilidade pelo fato], dois grupos de casos são impuníveis. O primeiro ocorre quando a situação de perigo se origina a partir de uma iniciativa da vítima que supera a hesitação do autor. O segundo ocorre quando se constata que os envolvidos planejaram a situação perigosa conjuntamente, com igualdade." (p. 254, trad. nossa.)

50. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 134b.

51. ROXIN, Zur einverständlichen Fremdgefährdung, p. 402.

52. Nesse sentido, PUPPE, NK StGB, Vorbem. §§ 13 ff. nm. 198.

sobre o perigo de contágio, pois esse contato pressupõe ação comum e interação.[53] Há autores que concebem esses casos como autocolocações em perigo, já que a vítima tem, aqui, o poder de interromper, a qualquer tempo, o empreendimento perigoso.[54] Roxin, por sua vez, afirma que se trata de uma heterocolocação em perigo consentida, uma vez que o perigo parte diretamente do parceiro infectado, enquanto o outro apenas se submete a esse risco.[55] O autor faz, aqui, uma analogia aos casos em que a vítima permite que um terceiro lhe injete uma droga – hipótese também identificada como heterocolocação em perigo consentida.[56] De qualquer forma, segundo os critérios desenvolvidos por Roxin, o nosso caso 3 conduziria à exclusão da imputação, já que tanto o autor quanto a vítima conheciam igualmente os riscos da infecção – que foram precisamente aqueles que se realizaram no resultado – e tinham a mesma responsabilidade pelo fato.[57] Naturalmente, a solução seria outra se A consentisse na relação sexual sem que B lhe tivesse revelado a sua doença ou, ainda, se estivesse submetido a alguma pressão psicológica relevante – por exemplo, se B exigisse a relação desprotegida como prova inequívoca de amor.[58] Em casos semelhantes a esse, não se poderia afirmar que a relação sexual consistiria em expressão da autodeterminação da vítima, uma vez que a decisão do parceiro não infectado seria produto de uma pressão emocional e representaria uma submissão à vontade do autor. Nessas circunstâncias, não se poderia afirmar que ambos tinham a mesma responsabilidade pelo fato, de sorte que B responderia pelas lesões corporais provocadas (art. 129, § 2º, II, do CP).

53. WALTER, Die Lehre von der "einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen, p. 676; PUPPE, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, p. 251.

54. Essa concepção também é adotada pela jurisprudência alemã. Cf. WALTER, Die Lehre von der "einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen, p. 676; GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 370 e ss. Crítica em FRISCH, Selbstgefährdung im Strafrecht 2. Teil, p. 67.

55. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 133. Nesse sentido também HELGERTH, NStZ 1988, p. 261, 263 e s.; MURMANN, Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung, p. 775.

56. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 133.

57. ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 133.

58. Exemplo trazido por *Puppe* em *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Band 1, Baden-Baden: Nomos, 2002. § 6 nm. 7 e abordado também por ROXIN (Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, p. 665; ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil § 11 nm. 133).

A despeito de sua plausibilidade, ao condicionar a exclusão da imputação à insistência da vítima ou à existência de um plano elaborado conjuntamente, a teoria equiparadora condicional de Roxin permite que lhe sejam dirigidas algumas críticas. Isso porque não está claro quais são os pressupostos para que se possa afirmar que o fato perigoso é fruto de um plano comum. Ao permitir a exclusão da imputação no nosso caso 3, por exemplo, parece que seria suficiente o consentimento livre e esclarecido da vítima na ação perigosa (contato sexual com o parceiro infectado). Ademais, como observa Stratenwerth, essa solução não oferece uma real fundamentação para que, em determinados contextos – que tampouco se encontram bem definidos –, exija-se que a vítima tenha exercido algum tipo de pressão para que a ação arriscada fosse praticada.[59] É certo que a exclusão da imputação é mais intuitiva nessas situações,[60] já que nelas a vontade da vítima de se submeter ao risco é mais evidente. No entanto, essa seria uma razão questionável, porquanto insuficiente, para que o autor fosse punido em todos os outros casos.

4.2. Solução vinculada ao consentimento?

Na Alemanha, tanto na jurisprudência quanto grande em parte da literatura recorre-se, não raramente, à figura do consentimento, tradicionalmente concebida como causa supralegal de exclusão da ilicitude, para solucionar os casos de heterocolocação em perigo.[61] Assim, para que o autor não seja punido, é necessário

59. STRATENWERTH, Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, p. 1021.

60. Como no conhecido caso julgado pelo Tribunal do Império em 1923 (RGSt 57, 172, "Caso Memel"): dois viajantes pediram a um barqueiro que ele os conduzisse até o outro lado do rio Memel durante uma forte tempestade. O barqueiro os alertou, enfaticamente e repetidas vezes, sobre os riscos da travessia, mas acabou cedendo em virtude da insistência e obstinação dos viajantes, que morreram durante o empreendimento arriscado.

61. STERNBERG-LIEBEN Schönke/Schröder StGB, § 15 nm. 165; WALTER, Die Lehre von der "einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen, p. 673-680; GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 364-376; RENZIKOWSKI, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, p. 352; MURMANN, Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung, p. 776; DÖLLING, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, p. 71 e ss.; MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, p. 136 e s. No Brasil, cf. D'AVILA, *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*, p. 68 e ss., que, todavia, concebe o consentimento como elemento de exclusão da imputação objetiva em face do fim de proteção do tipo.

que a vítima tenha consentido validamente no risco – o que requer, naturalmente, o preenchimento de alguns pressupostos, como a capacidade para consentir, a ausência de vícios de vontade e a disponibilidade do bem jurídico. Nesse sentido, discute-se sobretudo se os limites à liberdade de disposição, um dos pressupostos de validade do consentimento, também seriam aplicáveis aos casos de heterocolocação em perigo consentida – em especial, na Alemanha, aqueles previstos no §§ 216 e 228 StGB[62], que incriminam, respectivamente, o homicídio praticado a pedido sério e expresso da vítima ("homicídio a pedido") e a lesão corporal consentida que representar violação aos bons costumes.[63]

A jurisprudência alemã costuma considerar que o consentimento será inválido sempre que a ação conduzir, desde uma perspectiva objetiva *ex ante*, a um perigo concreto à vida da vítima.[64] E a decisão do BGH no caso 2 foi precisamente nesse sentido: ambos os motoristas competidores foram condenados por homicídio culposo, pois o tribunal considerou que a anuência da vítima à colocação em perigo era inválida, já que contrária aos bons costumes (§ 228 StGB) por pôr a vida *imediatamente* em risco (§ 216 StGB). O BGH considerou, portanto, que, quando há um perigo à vida por motivos irracionais, há uma violação aos bons costumes que invalida o consentimento na heterocolocação em perigo.[65]

Também no Brasil a vida é concebida, ao menos majoritariamente, como um bem jurídico indisponível, enquanto a integridade física é compreendida como um bem jurídico apenas parcialmente disponível, consistindo o limite à liberdade de disposição precisamente nos bons costumes.[66] Entretanto, é importante frisar

62. P. ex., SAAL, Martin. Zur strafrechtlichen Bewertung des "Auto-Surfens", *NZV*, 1998, p. 54; MENRATH, *Die Einwilligung in ein Risiko*, p. 163 e ss.

63. Criticamente, RADTKE, Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, p. 840 e s.

64. Como observam RENZIKOWSKI, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, p. 354; WALTER, Die Lehre von der "einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen, p. 674. Nesse sentido, BGHSt 49, 34 (44), BGHSt 53, 55, BGHSt 49, 166 (173).

65. BGHSt 53, 55; PUPPE, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, p. 495; GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 75. Crítica ao critério da "irracionalidade" em RENZIKOWSKI, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, p. 354.

66. Cf., p. ex., BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 214.

que essas concepções são problemáticas, uma vez que o Código Penal brasileiro não conhece dispositivos semelhantes aos §§ 216 e 228 StGB, que estabelecem limites objetivos à liberdade de disposição no âmbito das heterolesões consentidas. Um caso de homicídio a pedido seria solucionado, no nosso contexto jurídico-penal, mediante recurso direto art. 121 do CP. Ademais, a figura dos bons costumes encontra previsão legal apenas no art. 13 do nosso Código Civil, de sorte que o recurso a esse critério é problemático não apenas por sua indeterminação e questionável constitucionalidade, mas também por não encontrar correspondência expressa no Código Penal.[67]

Na Alemanha, também na literatura foram desenvolvidas diversas abordagens sobre essa questão. Stratenwerth, Grünewald e Murmann, apesar de defenderem a solução do consentimento, afirmam que os limites à liberdade de disposição não incidiriam nos casos de heterocolocação em perigo consentida, considerando que o âmbito de aplicação dos supramencionados §§ 216 e 228 StGB se cinge aos delitos dolosos.[68] Dölling, por sua vez, admite a validade do consentimento nos homicídios culposos apenas "quando o valor da autonomia exercida por meio do consentimento e o valor dos fins perseguidos com o fato superarem o desvalor que subjaz à colocação em perigo da vida".[69] Helgerth, recorrendo ao consentimento qualificado de Dölling e aplicando-o a situações similares à do nosso caso 3, conclui que, via de regra, o consentimento em relações sexuais desprotegidas com pessoas infectadas será válido apenas no âmbito de relações conjugais.[70] No entanto, essas soluções que condicionam a validade do consentimento a análises valorativas das razões da vítima conduzem a uma moralização,[71] incompatível com a ideia de respeito à autonomia individual.

A profusão de posicionamentos ofertados para afirmar a validade do consentimento dificulta que se obtenha algum grau de segurança jurídica na solução

67. Cf., nesse sentido, SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 222.

68. STRATENWERTH, Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, p. 1022 e s.; MURMANN, Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung, p. 779 e ss.; GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 375 e ss.

69. DÖLLING, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, p. 90 e ss.

70. HELGERTH, Aids. Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr, *NStZ* 1988, p. 263. Como mencionamos na nota 55, a jurisprudência alemã conceberia o nosso caso 3 como uma autocolocação em perigo.

71.

dos casos de heterocolocação em perigo.[72] Ademais, outras críticas acertadas são feitas a essas concepções. Na heterocolocação em perigo, a anuência do titular do bem jurídico se cinge ao risco, de sorte que a vítima não consente no resultado, tampouco o deseja.[73] Na verdade, ela espera e confia em que a lesão não aconteça. O consentimento, por sua vez, tem por objeto não apenas a ação perigosa, mas também o resultado lesivo[74] – como ocorre, por exemplo, no contexto de intervenções médicas, em que o paciente consente na lesão propriamente dita (*v.g.*, nos cortes nos tecidos, ínsitos aos procedimentos cirúrgicos, na retirada de órgãos específicos do corpo humano, na amputação etc.).[75] O instituto do consentimento é, portanto, inadequado para solucionar os casos de heterocolocação em perigo, devendo o seu âmbito de aplicação permanecer restrito aos casos de heterolesão.[76]

Ademais, os limites do consentimento, sobretudo aqueles referentes à liberdade disposição, não são transponíveis às situações de heterocolocação em perigo, uma vez que o titular que consente *apenas no risco* não quer propriamente dispor do seu bem jurídico. A vítima confia em um final feliz – ou seja, na evitação do resultado lesivo –, deseja preservar o seu bem jurídico e acredita, de fato,

72. Segundo Roxin, essa diversidade é uma das razões pelas quais a solução do consentimento seria inadequada para resolver os casos de heterocolocação em perigo (ROXIN, Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, p. 663).

73. PUPPE, NK StGB, Vorbem. §§ 13 ff. nm. 182; ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 121 e ss.; SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*, p. 215 e ss.

74. Nesse sentido, p. ex., ROXIN; GRECO, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 11 nm. 121; STERNBERG-LIEBEN Schönke/Schröder StGB, Vorbem. §§ 32 ff., nm. 103. No Brasil: GRECO, *Um panorama da teoria da imputação objetiva*, p. 76; SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina,* p. 216; Crítica em RENZIKOWSKI, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, p. 352; WALTER, Die Lehre von der "einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen, p. 677; DÖLLING, Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, p. 84; GRÜNEWALD, Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 364-376, sobretudo p. 371 e ss.; D'AVILA, *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*, p. 73 e s. Os autores que admitem a solução do consentimento concebem que, nos delitos culposos, a anuência do titular do bem jurídico pode se vincular apenas ao risco.

75. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*, p. 216.

76. Nesse sentido também RADTKE, Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, p. 840.

que tudo terminará bem, apesar de, na maior parte das vezes, não poder intervir diretamente para impedir o dano.[77]

5. É, de fato, possível ou necessário distinguir a autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida?

Há, ainda, um terceiro posicionamento relevante sobre o tratamento dogmático da autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo consentida. Segundo seus defensores, a distinção entre autocolocação em perigo e heterocolocação em perigo não seria possível nem necessária, de sorte que em ambos os grupos de casos haveria exclusão da imputação.[78] Essas afirmações requerem, naturalmente, uma aproximação.

A impossibilidade da diferenciação se deve, segundo esses autores, ao fato de que, no âmbito dos delitos culposos, vige o conceito extensivo de autor.[79] Nesse sentido, toda contribuição causal para a produção do resultado fundamentaria uma verdadeira autoria, de sorte que a diferença fenomenológica referente ao domínio sobre o perigo seria normativamente irrelevante.[80] Outrossim, considerando que existem situações em que as figuras se confundem – a exemplo do

77. Cf. PUPPE, NK StGB, Vorbem. §§ 13 ff. nm. 196. A autora concebe, todavia, que a heterocolocação em perigo consentida afasta, via de regra, o próprio dever de cuidado do autor em relação à vítima. Crítica a essa solução em ROXIN, Zur einverständlichen Fremdgefährdung, p. 399 e s.; RENZIKOWSKI, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, p. 352.

78. RADTKE, Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, p. 838 e ss.; TIMPE, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 61 e s. Cf., igualmente, PUPPE, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, p. 493.

79. PUPPE, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, p. 249 s; TIMPE, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 54 e s. Como observa, também, RENZIKOWSKI, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, p. 348, que, no entanto, defende um conceito restritivo de autor também nos delitos culposos.

80. Nesse sentido, MURMANN, Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung, p. 770 e ss.; PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2016, § 6 nm. 6; RADTKE, Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, p. 847.

nosso caso 3, no qual é necessário que autor e vítima ajam conjuntamente[81] –, ainda que se admitisse a distinção entre elas mediante recurso ao domínio sobre o perigo, essa delimitação não seria sempre possível.[82]

O fundamento da prescindibilidade da diferenciação, por sua vez, reside no já mencionado princípio da autorresponsabilidade (3.2). Nesse sentido, a vítima que *conhece o risco* e nele *consente*[83] tem responsabilidade pelas consequências da ação perigosa, de sorte que a heterocolocação em risco consentida deve ser *normativamente equiparada* à autocolocação em risco[84] – e isso não apenas porque, como já dissemos, a distinção entre essas figuras é problemática, mas também porque a razão fundamental para a exclusão da imputação é, em ambos os casos, a autodeterminação da vítima.[85] Do ponto de vista da autorresponsabilidade, é irrelevante que o ofendido não tenha o controle imediato sobre o perigo, pois o autor – que, em última análise, age (no mínimo também) no interesse da vítima[86] – não será punido apenas *se* e *enquanto* a sua ação arriscada corresponder à vontade de quem se deixou expor ao risco.[87] Ademais, tampouco importa se a vítima persuade o autor a agir ou se, antes, é por ele convencida a se deixar pôr em perigo.[88] Afinal, o comportamento perigoso consentido é reflexo de uma

81. Cf., p. ex., WALTER, Die Lehre von der "einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen, p. 676; PUPPE, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, p. 251.

82. Nesse sentido, *Kretschmer* em Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, p. 180; WESSELS; BEULKE; SATZGER, *Strafrecht*: Allgemeiner Teil, § 6 nm. 274. Esses casos se aproximariam, antes, de uma coautoria.

83. STRATENWERTH, Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, p. 1021 frisa que riscos *não* consentidos estão fora de discussão.

84. *Timpe* afirma que a heterocolocação em perigo é uma espécie de autocolocação em perigo (Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 62).

85. Nesse sentido, TIMPE, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 61.

86. Nesse sentido, TIMPE, Gerhard. Übungsfall: das Autorennen, *ZJS* 2009, p. 173, sublinhando que também na heterocolocação em perigo consentida a vítima persegue seus objetivos, mas divide a tarefa de concretizar os seus interesses com o autor.

87. TIMPE, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 61; KRETSCHMER, Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, p. 180.

88. TIMPE, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 61. Ademais, convencer-se (ou ser convencido) não é o mesmo que

deliberação livre, realizada por indivíduos adultos, autônomos e capazes de, conhecendo e compreendendo o risco, autodeterminar-se.[89]

Há autores que defendem que a não punição do terceiro repousa, igualmente, sobre o princípio vitimodogmático (3.2).[90] Nesse sentido, a vítima que decide livremente pôr seus bens jurídicos em risco – seja dominando o perigo, seja nele consentindo – não precisa da tutela penal, de sorte que não faria sentido punir o terceiro que apenas contribui causalmente para a produção do resultado lesivo.[91] Assim, poderá a imputação ser excluída ainda quando, por exemplo, o motorista embriagado convence a futura vítima – que tem consciência de que a capacidade motora do condutor está sensivelmente comprometida em virtude da embriaguez – a aceitar uma carona, vindo, nessas circunstâncias, a envolver-se em um acidente que provoca em ambos graves lesões corporais.[92]

Ademais, a solução equiparadora permitiria o afastamento da imputação também nos nossos casos 1 e 3, pois em ambos as vítimas, autorresponsáveis, tinham conhecimento *suficiente* sobre os riscos das ações perigosas nas quais consentiram. Em relação ao terceiro caso, importa sublinhar que B, além de ter esclarecido A sobre os riscos da relação sexual desprotegida, não exerceu qualquer tipo de pressão, ou seja, a vítima decidiu livremente sobre a sua exposição ao perigo.[93]

---

submeter-se à vontade alheia. A persuasão nem sempre pressupõe pressão, coação ou chantagem emocional.

89. STRATENWERTH, Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, p. 1021.

90. PUPPE, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, p. 250; TIMPE, Übungsfall: das Autorennen, p. 174.

91. PUPPE, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, p. 493 e s.; PUPPE, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, p. 251 e s. A autora faz, todavia, uma ressalva em relação a ações de salvamento razoáveis – sejam elas livres (voluntárias), sejam exercidas no cumprimento de um dever jurídico – e a deveres de cuidado fundados em razões paternalistas justificadas. TIMPE, Übungsfall: das Autorennen, p. 174 sublinha que o indivíduo que consente em empreendimentos arriscados deve assumir as consequências da sua irracionalidade.

92. Afinal, como observa *Timpe*, "também aquele que é persuadido a aceitar a carona é um 'indivíduo responsável' que deve garantir a segurança dos seus bens." (TIMPE, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, p. 61, trad. nossa.) Como resta claro, a solução desse caso diverge daquela a que se chegaria a partir da teoria equiparadora condicionada, apresentada no item 4.1.

93. PUPPE, Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt, p. 251. Nos casos de heterocolocação em perigo consentida, o fundamento jurídico da exclusão da

No entanto, essa solução não permite a exclusão da imputação no caso 2, uma vez que não se pode presumir que, ao consentir na corrida, a vítima estaria anuindo a todo e qualquer risco superveniente, como aquele representado pela ultrapassagem perigosa.[94]

A teoria equiparadora então apresentada costuma ser censurada sobretudo por duas razões.[95] Em primeiro lugar, porque, como já afirmamos, na heterocolocação em perigo o poder da vítima de evitar o resultado lesivo é reduzido, uma vez que quem tem o domínio sobre o perigo é o autor. Em segundo lugar, porque a vítima que se deixa pôr em risco não sabe – nem pode saber – quão acurada é a capacidade do autor de administrar a situação arriscada. Essas afirmações são, de fato, corretas – e permanecerão verdadeiras ainda que se estabeleçam condições adicionais para a equiparação. Dito de outra forma: a vítima não deixará de ter um menor controle sobre o acontecimento se, por exemplo, insistir para que o autor atue perigosamente; esse fato dificilmente seria passível de "compensação" por meio do recurso a outros critérios. O mesmo vale para o argumento vinculado ao poder da vítima de avaliar a capacidade do autor de administrar a situação. Ademais, também nos casos de hetero*lesão* consentida, em que a vítima não tem o domínio do fato – e por vezes não tem domínio de coisa alguma, não podendo sequer revogar o seu consentimento por estar, por exemplo, sob efeito de substâncias sedativas ou anestésicas, como ocorre nos casos de intervenções médicas (mesmo não curativas) –, admite-se o afastamento da responsabilidade penal do autor.[96]

Assim, entendemos que a solução equiparadora é a mais adequada para solucionar os casos de heterocolocação em perigo consentida, já que parece ser

imputação residiria, segundo a autora, na ausência de violação do dever de cuidado: "O consentimento em uma colocação em perigo por um afeta, antes, o dever de cuidado do outro envolvido. Aquele que aceita que o outro viole o dever de cuidado determinado pela ordem jurídica para a sua proteção libera o outro [...] desse dever." (PUPPE, NK StGB, Vor §§ 13 ff. nm. 196, trad. nossa.) Crítica a essa solução em ROXIN, Zur einverständlichen Fremdgefährdung, p. 399 e s.; RENZIKOWSKI, Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, p. 352.

94. PUPPE, Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten, p. 496; RADTKE, Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, p. 847.

95. As objeções a seguir apresentadas constam em ROXIN, Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten, p. 250; ROXIN, Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, p. 657 e s.

96. Naturalmente, desde que os pressupostos de validade do consentimento estejam preenchidos.

essencialmente correto afirmar que o real fundamento da exclusão da imputação nessas situações consiste na decisão autônoma da vítima de se expor (ou, fenomenologicamente, deixar-se expor) ao perigo que conduz ao resultado lesivo.[97] Para isso, requer-se que a vítima seja autorresponsável, disponha de suficiente conhecimento sobre o risco – não apenas superficialmente, mas em toda a sua extensão[98] – e nele consinta livremente.[99]

6. Conclusões

O objetivo do presente trabalho consistiu, fundamentalmente, em definir, a partir dos três casos apresentados no início do trabalho, os contornos da autocolocação em perigo e da heterocolocação em perigo consentida e estabelecer, a partir dessas definições, um debate sobre o tratamento dogmático mais adequado desses grupos de casos.

Assim, esclarecemos que a configuração de hipótese de autocolocação em perigo requer, em primeiro lugar, que a própria vítima tenha o domínio sobre o perigo. Em segundo lugar, exige-se que a vítima seja autorresponsável e conheça suficientemente os riscos da sua conduta (3.1). A autocolocação em perigo é impunível e conduz à exclusão da imputação em relação ao terceiro que com ela contribui, considerando-se sobretudo os princípios da autorresponsabilidade e vitimodogmático (3.2).

---

97. Nesse sentido, SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, *JA* 1975, p. 723, que afirma que, nesses casos, existe uma quebra do nexo de fim de proteção da norma. Cf., igualmente, RADTKE, Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter na der Herbeiführung des Erfolges, p. 842, sobretudo no que tange à autonomia da vítima como razão fundamental para a exclusão da imputação.

98. Por exemplo: se o carro do motorista que se propõe a transportar a potencial vítima ao seu destino está com algum defeito, não basta que ele lhe informe que o veículo "está com um defeito". É necessário que o passageiro saiba de qual defeito se trata e se esse risco é tão relevante a ponto de poder conduzir a um acidente. Um defeito no limpador de para-brisa, por exemplo, pode parecer irrelevante, mas tem o potencial de, na situação concreta – *v.g.*, no advento de uma tempestade –, produzir um resultado indesejado e até mesmo fatal. Sobre o dever de informação especificamente no âmbito das intervenções médicas, cf. SIQUEIRA, *Autonomia, consentimento e Direito Penal da Medicina*, p. 250 e ss.

99. Nesse sentido, RADTKE, Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges, p. 847; SCHÜNEMANN, Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, p. 723.

Kasecker, Izabele. Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 19-47. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

A heterocolocação em perigo consentida, por sua vez, caracteriza-se pelo menor poder de evitação do resultado por parte da vítima, já que quem tem o domínio sobre o perigo é o autor. Considerando-se que o tratamento dogmático desse grupo de casos é bastante controverso, optamos por nos debruçar, no presente estudo, apenas sobre duas das principais soluções possíveis: a da imputação – especificamente a de Roxin – e a do consentimento. A primeira delas, apesar de essencialmente correta – porquanto permite a equiparação entre a auto e a heterocolocação em perigo no âmbito da imputação objetiva –, requer o preenchimento de requisitos que nos parecem injustificados (4.1). A segunda delas, por sua vez, parece-nos inadequada já enquanto ponto de partida, uma vez que o consentimento tem por objeto não apenas a ação arriscada, mas também o resultado lesivo – o que não acontece nos casos de heterocolocação em perigo, em que a vítima anui apenas ao risco. Ademais, as restrições à liberdade de disposição – que definem, igualmente, os limites do consentimento – não podem ser transpostos à heterocolocação em perigo, já que a anuência dirigida apenas ao risco é incompatível com a ideia de que a vítima deseje efetivamente dispor do seu bem (4.2).

Após a análise crítica desses dois posicionamentos, esforçamo-nos para responder à seguinte indagação (5): "É, de fato, possível ou necessário distinguir a autocolocação em perigo da heterocolocação em perigo consentida?" Entendemos que não. A distinção normativa entre essas duas figuras é problemática em virtude do conceito extensivo de autor, vigente no âmbito dos delitos culposos. Ademais, ainda que se concebesse tal diferenciação como possível, ela parece ser normativamente desnecessária, já que o real fundamento que permite a exclusão da imputação consiste, tanto nos casos de colaboração a uma autocolocação em perigo quanto nas situações de heterocolocação em perigo consentida, na decisão autônoma da vítima de se expor (ou se deixar expor) ao risco que conduz ao resultado lesivo.

7. Referências

ALFLEN, Pablo Rodrigo. Delito de induzimento, instigação ou auxílio à automutilação: o alcance do tipo fundamental e sua delimitação para com a forma qualificada pelo resultado lesões graves e gravíssimas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 77, p. 109-128, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2016.

CANCIO MELIÁ, Manuel. Opferverhalten und objektive Zurechnung, *ZStW* 111, p. 357-387, 1999.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Crime culposo e a teoria da imputação objetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DÖLLING, Dieter. Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers, *GA*, p. 71-94, 1984.

EISELE, Jörg. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst (Org.). *Strafgesetzbuch Kommentar*. 30a. ed., München: C. H. Beck, 2019.

FRISCH, Wolfgang. Selbstgefährdung im Strafrecht 2. Teil: Grundlinien einer Opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten, *NStZ*, p. 62-67, 1992.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*,. 4a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Luís; KASECKER, Izabele. Autocolocação em perigo e conhecimentos superiores: reflexões a partir de um recente caso da jurisprudência alemã. In: PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas; MELLO, Sebástian de Albuquerque; COELHO, Yuri Carneiro (Org.), *Novas perspectivas das ciências criminais*: homenagem à Professora Maria Auxiliadora Minahim, Salvador: JusPodivm, p. 131-139, 2018.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato: sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Org.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro,. São Paulo: Marcial Pons, p. 19-45, 2014.

GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Autoria como realização do tipo: uma introdução à ideia de domínio do fato como o fundamento central da autoria no direito penal brasileiro. In: GRECO, Luís; LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano; ASSIS, Augusto (Org.). *Autoria como domínio do fato*: estudos introdutórios sobre o concurso de pessoas no direito penal brasileiro,. São Paulo: Marcial Pons, p. 47-80, 2014.

GRÜNEWALD, Anette. Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, *GA*, p. 364-376, 2012.

HELGERTH, Roland. Aids – Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr, *NStZ*, p. 262-264, 1988.

HERZBERG, Rolf Dietrich. Entlastung des Täters durch freiverantwortliche Selbstgefährdung des Opfers? In: PAEFFGEN, Hans Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten; ZACZYK, Rainer (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, p. 497-514, 2011.

KRETSCHMER, Joachim. Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung, *NStZ*, p. 177-184, 2012.

LASSON, Maximilian. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung: Überblick über einen nach wie vor aktuellen Streit in der Strafrechtsdogmatik, *ZJS*, p. 359-368, 2009.

LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. Principio de alteridad o de identidad vs. principio de autorresponsabilidad: participación en autopuesta em peligro, heteropuesta em peligro consentida y equivalencia: el criterio del control del riesgo. *Nuevo Foro Penal*, n. 74, p. 58-80., 2010.

MENRATH, Marc. *Die Einwilligung in ein Risiko*, Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

MURMANN, Uwe. Zur Einwilligungslösung bei der einverständlichen Fremdgefährdung. In: PAEFFGEN, Hans Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten; ZACZYK, Rainer (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, p. 767- 789, 2011.

PUPPE, Ingeborg. Die Selbstgefährdung des Verletzten beim Fahrlässigkeitsdelikt: Das Auftauchen des Selbstgefährdungsgedankens in der deutschen Rechtsprechung, *ZIS*, p. 247-253, 2007.

PUPPE, Ingeborg. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Org.). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5a. ed., Baden-Baden: Nomos, 2017.

PUPPE, Ingeborg. Mitverantwortung des Fahrlässigkeitstäters bei Selbstgefährdung des Verletzten: Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 20.11.2008, *GA*, p. 486-496, 2009.

PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, Band 1, Baden-Baden: Nomos, 2002.

PUPPE, Ingeborg. *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 3. Aufl., Baden-Baden: Nomos, 2016.

RADTKE, Henning. Objektive Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht bei Mitwirkung des Verletzten und Dritter an der Herbeiführung des Erfolges. In: PAEFFGEN, Hans Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten; ZACZYK, Rainer (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, p. 831-847, 2011.

RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl. 2015, München: C. H. Beck.

RENZIKOWSKI, Joachim. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung, einverständliche Fremdgefährdung und ihre Grenzen, *HRRS*, p. 347-355, 2009.

ROXIN, Claus. Der Streit um die einverständliche Fremdgefährdung, *GA*, p. 655-669, 2012. (Traduzido para o português: Sobre a discussão acerca da heterocolocação em perigo consentida. Trad. Augusto Assis. In: LEITE, Alaor (Org.). *Novos estudos de direito penal*. Saão Paulo: Marcial Pons, p. 129-151, 2014.)

ROXIN, Claus. Die einverständliche Fremdgefährdung – eine Diskussion ohne Ende?, *GA*, p. 250-263, 2018.

ROXIN, Claus. Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten. In: LACKNER, Karl; LEFERENZ, Heinz; SCHMIDT, Eberhard; WELP, Jürgen; Wolff, Ernst A. (Org.). *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, p. 241-259, 1973.

ROXIN, Claus. Zur einverständlichen Fremdgefährdung, *JZ*, p. 399-403, 2009.

ROXIN, Claus; GRECO, Luís. *Strafrecht Allgemeiner Teil*,. vol. 1, 5a. ed. München: C.H. Beck, 2020. v. 1.

SAAL, Martin. Zur strafrechtlichen Bewertung des "Auto-Surfens", *NZV*, p. 49-54, 1998.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *direito penal*: parte geral,. 5a. ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?, *NStZ*, p. 60-63, 1982.

SCHÜNEMANN, Bernd. Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, *JA*, p. 715-724, 1975.

SCHÜNEMANN, Bernd. Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, *NStZ*, p. 439-433, 1986.

SIQUEIRA, Flávia. *Autonomia, consentimento e direito penal da medicina*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

STERNBERG-LIEBEN, Detlev. In: SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst (Org.). *Strafgesetzbuch Kommentar*,. 30a. ed., München: C. H. Beck, 2019.

STRATENWERTH, Günther. Einverständliche Fremdgefährdung bei fahrlässigem Verhalten, In: PAEFFGEN, Hans Ullrich; BÖSE, Martin; KINDHÄUSER, Urs; STÜBINGER, Stephan; VERREL, Torsten; ZACZYK, Rainer (Org.). *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion*: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, p. 1017-1024, 2011.

TIMPE, Gerhard. Eigenverantwortliche Selbstgefährdung und einverständliche Fremdgefährdung, *Juristische Rundschau*, p. 52-62, 2014.

TIMPE, Gerhard. Übungsfall: das Autorennen, *ZJS*, p. 170-180, 2009.

WALTER, Tonio. Die Lehre von der "einverständlichen Fremdgefährdung" und ihre Schwächen – eine Verteidigung der Rechtsprechung, *NStZ*, p. 673-680, 2013.

WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner; SATZGER, Helmut. *Strafrecht*: Allgemeiner Teil,. 46a. ed., Heidelberg: C.F. Müller, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Ainda e sempre o nexo causal, de Hélvio Simões Vidal – *RT* 860/485-509 (DTR\2007\373); e
- Causalidade, imputação objetiva e novos paradigmas da dogmática penal1, de Otavio Luiz Rodrigues Junior – *RT* 849/435-444 (DTR\2006\511).

Kasecker, Izabele. Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos:
uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 180. ano 29. p. 19-47. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

Transformações democráticas do direito penal moderno?

Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne?

Klaus Günther

Professor de Teoria do Direito, Direito Penal e Direito Processual Penal na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main).
ORCID:
K.Guenther@jur.uni-frankfurt.de

Traduzido por

Raphael Boldt

Pós-Doutorado em Criminologia pela Universität Hamburg (bolsa DAAD). Doutor e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV), com estágio doutoral na Johann Wolfgang Goethe-Universität (Frankfurt am Main). Pesquisador visitante junto ao Instituto Max Planck de História do Direito Europeu (Frankfurt am Main). Professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da FDV. Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1625-9856].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7059830980608821].
raphaelboldt@hotmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: Quanto[1] mais as sociedades modernas se democratizam, mais o direito penal entra na agenda do debate público e da formação da vontade democrática. O artigo analisa as condições históricas, características essenciais e consequências da transformação democrática do direito penal. O enfoque está na crescente importância

Abstract: The more modern societies become democratic, the more criminal law gets on the agenda of public debate and democratic will formation. The article analyses the historical conditions, essential features and consequences of criminal law's democratic transformation. The focus is on the increasing importance of

1. Texto publicado originalmente como: Demokratische Transformationen des Strafrechts der Moderne? In. Rechtsgeschichte – Legal History. *Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, v. 28, 2020.

dos deveres constitucionais de proteção, na necessidade de coesão social nas sociedades pluralistas, na função comunicativa do direito penal, no papel do Estado de bem-estar e na vulnerabilidade crescente dos indivíduos em estruturas sociais complexas. A multinormatividade jurídica caminha de mãos dadas com uma função comunicativa unificada do direito penal, que se torna meio de execução pública dos valores fundamentais. Porém, diferentemente da observação de Durkheim de que o direito penal articula e reafirma os valores fundamentais da coesão social, o direito penal moderno tem a tarefa de estabelecê-los. Essa tarefa tende a sobrecarregar o direito penal e seus destinatários, o que se torna evidente nas teorias recentes do direito penal, que pressupõem uma obrigação geral dos cidadãos de adotar deveres de cuidado e respeito. Esses deveres são criticados no final deste artigo.

Palavras-chave: Direito penal – Teorias comunicativas da pena – Democracia – Multinormatividade – Vulnerabilidade.

constitutional duties to protect, on the need for social cohesion in pluralistic societies, on the communicative function of criminal law, on the role of the modern welfare state and on the increasing vulnerability of individuals in complex social structures. Legal multinormativity goes hand in hand with a unified communicative function of criminal law, which becomes a medium for the public performance of fundamental values. But different to Durkheim's observation that criminal law articulates and re-affirms fundamental values of social cohesion, modern criminal law has the task of establishing them. This task tends to overstrain criminal law and its addressees. This becomes obvious in recent criminal law theories which presuppose a general obligation of citizens to adopt duties of care and respect. These are criticized at the end of this article.

Keywords: Criminal Law – Communicative Theories of Punishment – Democracy – Multinormativity – Vulnerability.

Sumário: 1. Democracia e direito penal. 2. Democracia e política criminal simbólica. 3. Limitação ou expansão da legislação penal democrática por meio dos direitos humanos e fundamentais? 4. Legislação penal democrática e teoria comunicativa da pena. 5. Materialização da liberdade e democracia. 6. Vulnerabilidade – limitar ou expandir o direito penal? 7. A virtude cívica e o dever de consideração moral como obrigação dos destinatários de um direito penal democrático? 8. Referências.

1. Democracia e direito penal

A política criminal, seja ampliando a responsabilidade criminal ou intensificando as punições, sempre foi impulsionada não apenas pelo interesse do Estado em manter e expandir seu próprio poder. De acordo com Max Weber, a longo prazo, a dominação estatal também depende da crença das pessoas na sua legitimidade[2]. Idealmente, essa crença na legitimidade não se baseia (apenas) nas tradições e no carisma dos governantes, mas, sobretudo, em razões que são geradas em processos democráticos de eleição legalmente institucionalizados e na

2. WEBER, 1976. p. 122 e ss.

formação da opinião e da vontade públicas. A crença na legalidade (democrática) do governo é um tipo ideal de crença na legitimidade.

Nesse caso, os pedidos de criminalização publicamente apresentados e os pedidos de aumento da punição para certos crimes não podem ser simplesmente ignorados pelo legislador democrático. A peculiar dupla natureza do direito penal nas democracias constitucionais torna-se pública e, portanto, ao mesmo tempo, política: garante a proteção dos cidadãos contra o exercício arbitrário do poder pelo Estado na medida em que este faça uso de instrumentos jurídico-penais e que seu uso pelo menos siga o princípio (parlamentar) da legalidade e os direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, o princípio da legalidade em uma democracia também abre o espaço político para demandas de política criminal. Via de regra, são apresentadas por empreendedores morais que buscam maiorias políticas no processo penal democrático para seus desejos de criminalização – dentro dos limites constitucionais.

Ao fazê-lo, os próprios empreendedores morais podem referir-se à Constituição, nomeadamente aos direitos humanos e fundamentais. Esses direitos também têm uma dupla função: como direitos defensivos, eles protegem o indivíduo da intervenção arbitrária do poder punitivo estatal, desde a legislação penal até o processo penal e a execução penal. Como princípios objetivos, estabelecem o dever ou a responsabilidade do Estado de proteger os direitos fundamentais de cada cidadão contra violações por terceiros, ou seja, por atores não estatais. É verdade que um direito subjetivo (*ius puniendi*) da vítima em relação ao Estado de punir o autor de um crime ou um direito subjetivo das vítimas potenciais de criminalizar o comportamento danoso de terceiros (ainda) não foi reconhecido pelo poder punitivo estatal.

A maioria dos tribunais constitucionais também concede ao legislativo uma prerrogativa de longo alcance, tanto na avaliação da punibilidade de comportamentos danosos quanto na escolha dos meios para evitá-los (com a obrigação de dar preferência a regulamentos alternativos e menos intrusivos em relação à criminalização)[3]. No entanto, o apelo ao dever de proteção do Estado desencadeou uma dinâmica político-criminal cujas consequências estão a aumentar e a intensificar a punição, e que começam a superar a função do direito penal como "direito de limitação no combate ao crime"[4]. Isso fica particularmente claro no direito penal internacional. Resta clara a pretensão de proteger as vítimas potenciais ou

3. Cf. BVerfGE [illegible]53.
4. NAUCKE, 1982. p. 564; GÜNTHER, 2013a.

atuais de violações massivas de seus direitos humanos mais elementares, de crimes internacionais a processos criminais. Não se trata apenas de atores estatais, mas também paraestatais, como, por exemplo, guerras civis. Afinal, a ameaça aos direitos fundamentais por parte de terceiros, especialmente pelos titulares do "poder privado", como grandes empresas que operam transnacionalmente, crime organizado ou *cybercrime*, são agora tão perigosos quanto a ameaça imediata do poder estatal[5].

2. Democracia e política criminal simbólica

O medo do crime também pode ser usado politicamente em uma democracia para criar a impressão, por meio do "uso simbólico da política"[6], de que os problemas e conflitos sociais podem ser superados por meio de reações políticas aparentemente simples, que rapidamente atraem a atenção e a aprovação espontânea do público. Por sua intensidade de intervenção, seu significado expressivo e a publicidade que o acompanha, o direito penal é o meio privilegiado para tanto. Desse modo, a crença na legitimidade de uma população aparente ou justamente preocupada com o crime pode ser estabilizada, pelo menos superficialmente e a curto prazo. A política criminal também é usada simbolicamente quando os atores políticos redefinem os problemas sociais, isto é, de uma categoria – por exemplo, realocar uma política social e econômica – para outra – a política criminal. Assim, os medos sociais são transferidos repetidamente do medo do crime para o medo de grupos socialmente marginalizados.

Atualmente, trata-se principalmente de preocupações econômicas, especificamente o medo de desvantagens na concorrência pelo emprego e *status* entre partes da população e a perda associada de reconhecimento social, como o medo dos chamados jovens negligenciados, de estrangeiros e imigrantes ou de ser articulado diante das maquinações sombrias do crime organizado transnacional.

Porém, segundo Murray Edelman, a democracia também tem uma certa afinidade com o uso simbólico da política. Se há uma luta pública pelas maiorias políticas, os empreendedores morais lutam por sua agenda de política criminal pelo escasso recurso da atenção pública e os partidos governantes defendem seu "prêmio político pela posse legal do poder estatal" (Otto Kirchheimer/Carl Schmitt) em vista da igualdade de chances de partidos políticos concorrentes ocuparem

5. NAUCKE, 2012; A respeito, BECKER; RÖNNAU, 2018.

6. EDELMAN, 1964; HASSEMER, 1989; KUNZ, 2010.

seus lugares após a próxima eleição. Tudo isso contribui para fortalecer o caráter expressivo, simbólico e performático da atividade política em relação à sua estrutura estratégico-instrumental de fins e meios, e para imunizá-la do espaço de deliberação pública com base em razões racionais. A questão da eficácia empiricamente verificável é, então, tão negligenciada quanto a questão da proporcionalidade e a justificativa da intervenção nas liberdades civis. Ao mesmo tempo, porém, um Estado constitucional e democrático de direito também possui os meios mais eficazes para combater os riscos que isso acarreta. O funcionamento razoavelmente adequado de uma esfera pública pluralista, com representação parlamentar, separação de poderes e opções de controle constitucional, incluindo a proteção efetiva dos direitos básicos das minorias, garante que a política criminal simbólica não se torne um direito penal do inimigo da maioria contra as minorias.

No entanto, esses meios do Estado constitucional democrático, que limitam o direito penal e domam o poder punitivo estatal, têm sido cada vez mais questionados. Originalmente, a lei geral e igualitária, na medida em que é o resultado de um processo legislativo democrático geral e inclusivo, também contém salvaguardas eficazes. Na função de colegislador, todo cidadão só deve ser capaz de concordar com uma lei na condição de aceitá-la para si, mesmo no papel de destinatário da norma (com suas desvantagens previsíveis para os afetados) (Rousseau, Kant; para Beccaria, o argumento central contra a pena de morte[7]).

Essa garantia processual da imparcialidade de um direito penal democrático, que não discrimina nem privilegia o indivíduo, não funcionou mais na época de seus criadores, quando as condições de vida eram mais homogêneas e administráveis, do que atualmente. Tanto o desenvolvimento econômico da divisão do trabalho e da globalização, quanto os processos sociais de diferenciação funcional dos subsistemas sociais e, finalmente, os processos culturais de individualização, pluralização e diversificação das formas de vida, fizeram com que a necessidade inerente à operação de generalização de se tornar um colegislador hipotético para realocar a pessoa afetada pela lei e suas consequências perdesse a sua eficácia geradora de imparcialidade, o que aumentou as chances de uma *captura regulatória* da legislação direcionada para os próprios interesses. As

7. Por outro lado, Kant levanta a objeção de que não se trata de uma punição "se o que acontece a alguém é o que ele deseja e é impossível querer ser punido" (KANT, 1797. p. 203). É claro que Kant também sustenta que "eu, como colegislador", redigirei a lei penal contra mim "como alguém capaz de cometer um crime, consequentemente como *outra pessoa*" (idem, Grifo do autor).

minorias podem, assim, se privilegiar às custas da maioria, enquanto a maioria tem a chance de *discriminar* as minorias para seu próprio benefício[8]. Isso sempre ocorre se, como colegislador, for possível prever com certeza que apenas o outro (minoria ou maioria) será afetado pelas consequências negativas de uma lei que interfere no próprio modo de vida e se for possível afirmar, publica e simbolicamente, que isso iria aumentar o bem comum.

3. Limitação ou expansão da legislação penal democrática por meio dos direitos humanos e fundamentais?

Uma resposta a esse perigo foi a limitação da legislação penal democrática por meio dos direitos básicos e humanos mencionados anteriormente, que protegem principalmente as minorias. No entanto, esse mecanismo de proteção também se tornou duvidoso em dois aspectos: Primeiro, complementando a função defensiva desses direitos contra o poder punitivo estatal com o dever objetivante de proteção de mobilizar o poder punitivo estatal para a proteção dos direitos de terceiros. Uma consequência disso é que ambas as funções podem colidir ou mesmo terminar em um jogo de soma zero: qualquer fortalecimento dos direitos de um (potencial) criminoso ou acusado é visto como um enfraquecimento dos direitos da (potencial) vítima[9]. Segundo, o mecanismo de proteção dos direitos humanos e fundamentais foi recentemente submetido a uma crítica que ocorre em nome da democracia e questiona o direito como um obstáculo à autodeterminação democrática: o direito é jogado contra a democracia na medida em que se afirmam os direitos das minorias contra as maiorias democráticas[10]. Critica-se uma "concepção hiperindividualista e moralizante dos direitos humanos, da qual se beneficiam principalmente as minorias sexuais e religiosas, mas que não responde às exigências de igualdade e liberdade da maior parte dos cidadãos"[11].

A partir daí, não é muito difícil demandar que o modo de vida da maioria (ou seja, suas normas de moralidade e costumes) também seja protegido pelo direito penal contra formas de vida diferentes (especialmente na seara sexual e religiosa, mas também cultural) de minorias, ou que estas não sejam "privilegiadas" por uma proteção "exagerada" dos direitos humanos e fundamentais. Uma vez que

8. GÜNTHER, 2005a.
9. GARLAND, 2001. p. 11.
10. MATHIEU, 2017; cf. GÜNTHER (em preparação).
11. MATHIEU (2018) (*Übersetzung K.G.*).

essa proteção foi reduzida com sucesso, o próximo passo pode ser facilmente dado com a criminalização.

Além do fato de que uma interpretação ética unilateral dos direitos humanos e fundamentais pela (suposta) maioria, que privilegia seu próprio modo de vida (ignorando toda heterogeneidade e diversidade, mesmo dentro da maioria) sobre as várias formas de vida, perdendo-se a razão e o sentido desses direitos, a oposição entre direito e democracia conduz a outro problema. Ela sinaliza para o risco de um direito fundamental mais geral se tornar justificado em face de condições sociais em permanente mudança. Por outro lado, ninguém detém o monopólio da interpretação nesse processo. Em uma sociedade democrática, ela só pode ser realizada por meio de uma política legislativa democrática pública e deliberativa[12]. Isso não impede que instituições, como os tribunais constitucionais, tenham poderes para intervir nesse processo com uma decisão final, mas essas intervenções também permanecem abertas a críticas e, portanto, podem ser alteradas a longo prazo. Para uma política criminal democrática, não se deve permitir um jogo de soma zero, nem entre o direito e a democracia, nem especificamente entre a proteção legal para o autor de um crime e a proteção democraticamente legitimada para a vítima. Os deveres de proteção em relação a potenciais vítimas de crime devem, portanto, sempre incluir os deveres de proteção face a potenciais acusados.

4. Legislação penal democrática e teoria comunicativa da pena

Do lado do direito penal, a sua importância expressiva ou comunicativa recentemente foi acentuada muito mais do que a preventiva. O espectro varia do estudo de Joel Feinberg, em *The Expressive Function of Punishment*, publicado em 1965, ao trabalho de Andreas von Hirsch, em *Just Deserts*, e Antony Duff, em *Punição, Comunicação e Comunidade*, à teoria da prevenção geral positiva centrada na validade da norma, de Günther Jakobs, e à teoria comunicativa da pena centrada na vítima, de Tatjana Hörnle[13]. O significado expressivo afirmado em diferentes variantes pode ser observado em todos os níveis, desde a criação à aplicação das leis penais até a condenação e execução. Hoje, muitas vezes é atribuída ao direito penal a função de comunicar os valores sociais em todos os três níveis.

12. HABERMAS, 1992. p. 629; HABERMAS, 2013; GÜNTHER; 1988. p. 298.
13. Para uma visão geral: GARLAND; DUFF, 1994; DUFF, 2001; para a discussão em língua alemã: GÜNTHER, 2014; HÖRNLE, 2017.

Especificamente, deve-se incentivá-los em caso de violação, neutralizar irritações possíveis ou reais sobre sua validade duradoura, restaurar o direito que os incorpora e restaurar a vítima como membro reconhecido da comunidade de valores compartilhados.

Em alguns casos, é mesmo usado para estabelecer um consenso social sobre tais valores, em primeiro lugar, ou para tirar dúvidas sobre a existência de um consenso. As funções articuladoras, comunicadoras, estabilizadoras e geradoras de valores do direito penal parecem estar se tornando cada vez mais importantes em uma sociedade simultaneamente individualizada e globalizada, fragmentada e pluralista. Não por sua eficácia, mas pela dimensão expressiva, o direito penal funciona cada vez mais como um meio de comunicação para o sistema e a integração social, e, em geral, para a coesão social[14]. É presente também, e possivelmente precisamente, quando a coesão parece estar ameaçada, especialmente na percepção subjetiva de quem clama pelo direito penal.

O direito penal deve garantir o que Emile Durkheim chamou, em 1983, de "solidariedade mecânica" de uma sociedade – aquela camada profunda e fundamental de valores que são tão centrais para a identidade coletiva de uma sociedade que afetam os envolvidos apenas nos casos em que sua violação se torna conhecida, de maneira que precisem ser reforçados pela encenação pública do teatro da justiça criminal[15]. Claro que a situação de hoje difere daquela do final do século XIX, entre outras coisas, porque Durkheim viu a solidariedade mecânica, apenas articulada penalmente, como um fato social dado, enquanto hoje se trata, muitas vezes, de estabelecer essa solidariedade mecânica por meio do direito penal. A dimensão expressivo-simbólica da política criminal democrática e a dimensão expressivo-simbólica do direito penal correspondem uma à outra. Elas encorajam e reforçam umas às outras. Portanto, há também uma afinidade especial da democracia com o uso do direito penal como meio simbólico de comunicação. Quem, como empreendedor moral, promove um projeto de criminalização junto à esfera pública democrática, deve ser, com isso, levado a sério, porque, para ele, se trata de valores coletivos centrais da comunidade que são ameaçados por comportamentos desviantes, de forma que o direito penal é

14. Então, por exemplo, Gärditz (2015. p. 23): "Em uma sociedade secular que racionalizou friamente suas instituições para que permaneçam uma fonte de calor [sic] de simbolismo integrador social que vai além do simples estabelecimento de consequências jurídicas". Ver também ibidem, p. 87, onde as "funções de criação de comunidade do direito penal" são mencionadas.

15. DURKHEIM, 1988. p. 118 e ss.

exigido para restaurar um consenso frágil ou, antes de mais nada, para estabelecer um consenso. Quem argumenta com o direito penal apela às camadas profundas da solidariedade mecânica[16].

Isso parece acontecer, sobretudo, quando, como é comum nas sociedades pluralistas e individualistas contemporâneas, há dissensão, disputa e conflito sobre as interpretações adequadas das convicções de valores comuns fundamentais e sobre a questão de que conclusões políticas podem e devem ser tiradas disso para um sistema bem-sucedido de integração social.

O direito penal deve, então, performativa e declarativamente, reforçar ou mesmo fazer valer aqueles valores que são considerados fundamentais. Isso se aplica, por exemplo, a áreas tão distantes quanto o direito penal econômico e o direito penal sexual. Mesmo quando se trata de demandas multinormativas – aqui, o dever de administrar bem uma empresa, evitando a manipulação nos negócios, crimes fiscais ou corrupção –, há o dever de respeitar a integridade psicofísica em relação aos gêneros e de exercer o cuidado também em relação a adultos e crianças – o direito penal funciona igualmente como meio de comunicação em ambos os casos. A multinormatividade é comunicada por meio do direito penal como um monólogo teatral sobre as normas básicas de convivência, na linguagem da solidariedade mecânica.

5. Materialização da liberdade e democracia

Começando com a crítica de Hobbes a Aristóteles, continuada por Kant, explicitamente tematizada em Constant (1819) e Hegel (1821), a democracia moderna se beneficia da distinção da antiguidade em sua relação com a liberdade individual[17]. Para a antiguidade, a autonomia política enquanto participação inclusiva de todo cidadão (homem, adulto, livre) na legislação era, sem contradição, compatível com um modo de vida individual que devia se submeter à identidade coletiva, o *ethos* comum da vida boa. A censura pública do comportamento moral

16. GÄRDITZ, 2015. p. 84-85, fala afirmativamente neste sentido de "direito penal em sua imprecisão pré-racional", que "satisfaz necessidades primordiais de controle social", razão pela qual "a positivação constitucional do direito penal [...] torna interessante para uma análise constitucional justamente as expectativas subjacentes e a ética da punição". Interessante então significa que a constitucionalização do direito penal e sua análise constitucional não devem "cortar definitivamente [...] o cordão umbilical da metafísica" do direito penal. Sobre o direito penal como resposta secularizada e racionalizada ao problema da teodiceia, ver a crítica de GÜNTHER, 2005b.

17. HOBBES, 1984. p 133 e ss.; CONSTANT, 1972. p. 365; HEGEL, 1970, § 124.

dos indivíduos andava de mãos dadas com a autonomia política. A modernidade instituiu o mesmo "direito à liberdade subjetiva"[18] individual, que possibilita um modo de vida autônomo, que deve ser moldado pela legislação democrática como um sistema de direitos iguais para todos os cidadãos, mas, além do cumprimento dessas leis, não exige nenhuma identificação com um *ethos* coletivo. O que não é proibido por essas leis permanece legalmente permitido, mesmo que contradiga a moralidade geral. Os autores da legislação democrática são pessoas com iguais liberdades e assim permanecem como destinatários.

A liberdade é principalmente a liberdade negativa de intervenções arbitrárias por parte do Estado e de terceiros. A prioridade da liberdade negativa não deve ocultar o fato de que sua importância de forma alguma se esgota na defesa contra a ingerência e a persistência na mera passividade. É, principalmente, uma questão de liberdade de mobilização, de movimento, liberdade de "circulação", bem como de atividade e ativação, tanto de pessoas como de objetos[19]. Isso fica claro, por exemplo, na liberdade de comércio, na libertação do trabalho dos laços feudais e, por último, mas não menos importante, na liberdade de propriedade dos bens móveis e imóveis. Eduard Gans expressou isso de forma mais clara em suas palestras sobre a filosofia jurídica de Hegel no final da década de 1820: "Ser senhor da propriedade significa, no sentido mais elevado, ser capaz de se expressar plenamente conscientemente. Esta habilidade distingue a pessoa humana do animal"[20]. Segundo Foucault, é com essa liberdade de circulação descentralizada que o Estado moderno e outras instituições de controle social se estabelecem como biopoder, pois eles contam com a liberdade de cada cidadão para moldar sua própria vida em troca de outras pessoas livres, de tal forma que a vida da população, como um todo, seja produtivamente aumentada e segura. É claro que isso pressupõe que cada indivíduo esteja entrelaçado na rede de atitudes e comportamentos em diversos processos de socialização e de subjetivação, o que o habilita a usar a liberdade de forma independente e, ao mesmo tempo, em benefício da população.

Paralelo a isso, fica claro que o direito à liberdade subjetiva depende de condições que devem ser socialmente estabelecidas e reproduzidas. Garantir isso também se torna uma tarefa do direito, tanto quando se trata de compensar a enorme desigualdade social que já existia quando o direito à liberdade subjetiva começou lentamente a se afirmar, quanto como consequência da prática social

18. HEGEL, 1970, §§ 124 e 260.

19. FOUCAULT, 2004. p. 78.

20. GANS, 2005. p. 93.

correspondente, especialmente da piora nas condições econômicas. O século XIX e, pelo menos, a primeira metade do século XX, foram marcados por lutas políticas destinadas a materializar o direito formal à liberdade subjetiva. Isso só teve sucesso em uma escala maior e a longo prazo, quando os legisladores democráticos adotaram esse objetivo e criaram o moderno estado social e de bem-estar[21].

No processo de materialização democrática do direito à liberdade, cresce a tarefa do direito penal, em articulação com outras áreas do direito, para viabilizar os requisitos funcionais da liberdade e para proteger contra as disfunções causadas por comportamentos desviantes[22]. Isso ocorre, sobretudo, por meio da expansão do direito penal para tutelar os bens jurídicos coletivos além da proteção do Estado, do dinheiro e, com importância cada vez menor, da religião cristã, por exemplo, com os bens jurídicos da funcionalidade dos vários mercados, concorrência ou modalidades individuais de transações financeiras e, finalmente, também o interesse da comunidade em assegurar que sejam angariados fundos para o seguro social (§ 266b do Código Penal).

O paradigma do Estado de bem-estar é complementar a esse discurso socioterapêutico sobre o delinquente, que aborda o crime como efeito de desordens funcionais e frágeis processos de subjetivação e socialização, por meio dos quais o indivíduo aprende a fazer um uso biopoliticamente funcional da liberdade. Eles devem ser remediados por meio da ressocialização ou, pelo menos, reduzidos a tal ponto que o delinquente seja capaz de levar uma vida exteriormente livre de punições no futuro.[23]

O paradigma do Estado de bem-estar da liberdade materializada democraticamente está provando ser cada vez mais precário em pelo menos dois aspectos: primeiro, a transformação das sociedades modernas em sociedades de risco ilustra a suscetibilidade de subsistemas sociais complexos a interrupções devido a catástrofes globais que chamam a atenção, como o grave acidente do reator de Chernobyl, em 1986. As tecnologias complexas, em particular, não podem mais ser absorvidas tão facilmente pela subjetivação das obrigações comportamentais na conduta independente dos indivíduos, assim como não se pode absorver tão facilmente uma expansão correspondente de negligência quanto antes no tráfego rodoviário motorizado. Além disso, o Estado está se tornando cada vez mais um Estado preventivo que intervém bem antes de um perigo – em nome de uma

21. GRIMM, 1987; BÖCKENFÖRDE, 1991. p. 143.

22. Mais sobre isso: GÜNTHER, 2016. p. 520.

23. FOUCAULT, 1976. p. 391 e ss; GARLAND, 1985.

segurança que é elevada a um super direito fundamental e conduz à expansão da legislação penal democrática. Em segundo lugar, com a crescente complexidade da sociedade moderna de risco e a simultânea pluralização cultural e social dos valores, o direito à igual liberdade subjetiva é percebido cada vez mais como um risco em si. No início da modernidade, a compreensão ativista da liberdade era caracterizada por uma afinidade e disposição para assumir riscos, principalmente no sistema econômico, como oportunidade de produtividade inovadora com risco de fracasso e perda[24], agora o lado destrutivo emerge de forma mais clara. Os processos necessários de subjetivação e socialização, a verificação e correção constante das próprias intenções e crenças, tornam, nessas condições, eles próprios vulneráveis.

6. Vulnerabilidade – limitar ou expandir o direito penal?

A liberdade não se torna apenas um risco social para a funcionalidade dos subsistemas sociais suscetíveis ao fracasso. Por parte do indivíduo, esse risco é vivenciado de tal forma que, quanto maior a sua dependência em seu estilo de vida autônomo para uma inserção bem-sucedida nos sistemas sociais funcionais, maior a sua vulnerabilidade. Quanto mais aumenta a pluralização e a individualização de uma sociedade, mais complexa e exigente é a tarefa de cada cidadão se constituir em relação a outros como *si próprio* que também seja capaz de inclusão. Mesmo que a individualização e a socialização sempre caminhem juntas, nas condições atuais, cada indivíduo torna-se totalmente consciente da extensão em que seu próprio eu depende de uma cooperação social bem-sucedida com os outros[25]. Como Rudolf Stichweh mostrou, o início da modernidade é marcado por "revoluções de inclusão", por meio das quais cada indivíduo é capaz de participar de todos os subsistemas sociais, enquanto estes, ao mesmo tempo, se expandem globalmente. Cada indivíduo "é elegível para inclusão"[26]. No entanto, uma vez que nenhum indivíduo pode ser incluído de forma permanente e em todos os sistemas funcionais ao mesmo tempo, diferencia-se dos outros precisamente na respectiva combinação individual de inclusões e exclusões:

"Cada indivíduo é incluído em um sistema funcional na medida do possível; a forma da individualidade moderna resulta da reação à multiplicidade de possibilidades de inclusão e inclusões concluídas. Nessas realizações de inclusão, cada

24. Ver, por exemplo, HAYEK, 1944/2014. p. 131.

25. Cf. HABERMAS, 1988. p. 187.

26. STICHWEH, 2016. p. 167, 221 e ss.

indivíduo se diferencia de todos os outros e, justamente por isso, deve ser reconhecido como tal"[27].

À medida que o sujeito se torna dependente dessas inclusões singularmente combinadas[28], aumenta a sua vulnerabilidade, que no pior dos casos, se transforma em exclusões permanentes.

Os processos de individualização e subjetivação nas condições das sociedades de risco pluralistas modernas, com plena inclusão nos sistemas de comunicação globais, são exigentes, difíceis e precários, e exigem abertura para os outros, bem como a capacidade de se distanciar, sendo, em princípio, propensos ao conflito. Tanto a relação consigo mesmo quanto a capacidade de agir e lidar com o conflito são sempre formadas apenas provisoriamente dentro de um processo inconclusivo. Isso é especialmente verdadeiro quando a pessoa deixa de viver em comunidades tradicionais com normas, papéis e expectativas firmemente estabelecidos e relacionamentos de longo prazo. Mover-se em um mundo social caracterizado por uma pluralidade de sistemas de valores, uma grande diversidade de formas de vida, laços mutáveis ou precários e um alto grau de individualização leva a uma experiência latente (ou manifestamente contraditória): a de um ganho considerável em liberdade, uma liberação de determinadas expectativas de papel e, ao mesmo tempo, uma dependência intensificada das condições comunicativas, sociais e econômicas sob as quais isso só é possível por meio da inclusão[29].

O preenchimento desses requisitos e, portanto, o sucesso da inclusão, bem como a prevenção de exclusões irreversíveis, estão se tornando mais incertos. A dimensão social do reconhecimento parece ser de particular relevância aqui, da qual todo indivíduo depende, mas sem poder esperá-lo com certeza em condições de pluralismo[30]. Há, portanto, uma tensão latentemente paradoxal entre a liberdade individual e a dependência necessária dos outros sob condições de incerteza. Trata-se da incerteza sobre o futuro *comportamento dos outros* (que resulta da liberdade dos outros, bem como da pluralidade de valores e da diversidade de seus modos de vida e, portanto, geralmente de seu respectivo estranhamento), sobre *a natureza conflitante da cooperação social necessária* (e, portanto, a incerteza sobre a natureza e o resultado do conflito) e a *abertura do futuro* (a incerteza sobre o que virá – especialmente em relação aos outros).

27. STICHWEH, 2020.

28. Ver também RECKWITZ, 2017.

29. Sobre essa interpretação desenvolvida por Anthony Giddens e Ulrich Beck, e suas conclusões sobre a política criminal, ver GÜNTHER, 2016. p. 520; GÜNTHER, 2013b.

30. PISTROL, 2016; HONNETH, 2018.

Em um sentido elementar, esses três tipos inter-relacionados de incerteza são constitutivos da coexistência humana em um ambiente natural[31]. Eles não podem, portanto, ser completamente eliminados; além disso, com a transformação da incerteza em certeza, aquele potencial de liberdade que reside na capacidade espontânea e acidental de recomeçar de cada pessoa se perderia[32]. Em vista do risco de poderem se transformar em ameaças existenciais a qualquer momento, eles só podem se tornar mais suportáveis por meio de vínculos sociais, que também estão interligados, paradigmaticamente, por meio da promessa.

Mais recentemente, a crítica feminista em particular acentuou a tensão entre liberdade e dependência em condições de incerteza. Essa tensão pode ser vivenciada e percebida na vulnerabilidade básica do próprio corpo, decorrente da exposição e dependência simultâneas da vida de uma pessoa em relação às outras. Segundo Judith Butler, essa relacionalidade original da vida humana ocorre antes de qualquer individualização e do sujeito tornar-se pessoa[33]. Como tal, tem um caráter ontológico, mas não essencialista ou estático. "Essa vulnerabilidade é ontológica, mas não deve ser pensada independentemente das condições sociais e políticas. É existencialmente comum, mas também relacional, histórica e geograficamente diferente. A vulnerabilidade desigualmente distribuída tem, portanto, algo ao mesmo tempo que divide e conecta."[34] Uma vez que essa vulnerabilidade de cada indivíduo permanece, em última análise, intransponível, a cooperação social só pode ter sucesso se for aceita e não suprimida. No entanto, de acordo com a crítica feminista, este último ainda ocorre em sociedades predominantemente patriarcais. O ideal socialmente ainda dominante do "eu autônomo", no sentido de uma identidade do ego autárquico (masculino), alimenta-se da repressão da vulnerabilidade original e da relacionalidade da vida humana.

Isso também inclui o padrão de reação de defesa agressiva e a identificação projetiva do estranho e do outro com o criminoso e o mal[35]. Assim, a suposição óbvia de que a ênfase na vulnerabilidade ontológica da vida humana poderia servir para justificar o aumento das demandas de criminalização não se aplica. Na verdade, é o desejo de suprimir a disposição básica que exige maior proteção por meio do direito penal e da punição. Para que a consciência da própria

31. Hannah Arendt chamou repetidamente a atenção para isso em seus escritos.
32. ARENDT, 2018.
33. BUTLER, 2012; BUTLER, 2014; Cf. também PISTROL, 2016.
34. MOSER, 2017.
35. Ibidem.

vulnerabilidade mútua não se transforme em projeções agressivas sobre terceiros ameaçadores, perigosos ou hostis, nem em medos paralisantes, passividade, retraimento e automarginalização, é necessária a confiança social. No entanto, a confiança não pode ser estabelecida administrativamente, só pode ser gerada pelos envolvidos em condições favoráveis. Uma das condições favoráveis é a aplicação de normas fundamentais de respeito e cuidado iguais (a "preocupação e o respeito iguais" de Dworkin[36]). Essa confiança é um recurso essencial para a liberdade de pessoas vulneráveis, em condições de incerteza social. Isso fica claro com o aumento da sensibilidade à discriminação e a outras formas de marginalização e exclusão, ou seja, com a violação do direito de ser reconhecido como igual em sua própria maneira e igual em sua diversidade.

Se for correta a tese de que a tensão entre a liberdade individual e a dependência social em sociedades pluralistas, diversas (e capitalistas) leva a uma experiência intensificada de vulnerabilidade na relação do indivíduo com os outros no tocante à disposição ontológica, isso tem consequências político-criminais ambivalentes: ela intensifica e aumenta a sensibilidade às violações causadas pelo exercício do poder privado e, sobretudo, aos efeitos colaterais e riscos lesivos. A reação a isso pode caminhar em duas direções opostas: almeja-se retroceder ao ideal distorcido de um "eu" autônomo (masculino), que com a ajuda do poder punitivo repressivo e preventivo do Estado se defende contra um mundo de estranhos e inimigos. Uma política criminal que amplia e exacerba a criminalidade seria então o sintoma de uma política masculina regressiva de autodemarcação agressiva, suprimindo assim a própria vulnerabilidade. A outra reação aponta novamente para uma posição extrema, para a qual também há alguns indícios: o *status* ontológico da vulnerabilidade tem afinidade com o discurso da vítima[37]. A "vulnerabilidade" tem um aspecto irredutível e subjetivo da experiência que se manifesta na aflição individual, e no pior dos casos, traumática, da vítima. Esse aspecto só pode ser generalizado até certo ponto, ele só pode ser compartilhado entre aqueles que sofreram um destino semelhante. A vítima traumatizada é caracterizada principalmente pelo fato de sofrer uma perda fundamental de confiança, ou seja, o pré-requisito básico para uma vida individualmente livre nas condições de incerteza social acima mencionadas. Portanto, o *status de vítima* exige politicamente uma "política de proximidade", empatia ou "atenção ao especial"[38], que também pode se expressar no aumento da mobilização da

36. Por exemplo, DWORKIN, 1986. p. 213.

37. GÜNTHER, 2012; RECKWITZ, 2017. p. 428.

38. ROSANVALLON, 2010, p. 233.

política criminal. A dimensão expressivo-simbólica do direito penal é, portanto, frequentemente utilizada para exigir confiança em relações estáveis de reconhecimento no sentido de igual respeito e igual cuidado de terceiros. As mais recentes reformas do direito penal no sentido de endurecimento das leis penais quanto aos crimes sexuais e na proteção de policiais e trabalhadores de resgates de acidentes na Alemanha, podem ser citadas como exemplos (heterogêneos), bem como todas as leis penais e medidas processuais para fortalecer a proteção das vítimas. É característico desses tipos penais que eles tenham ampla aceitação tanto por inúmeros penalistas quanto pela maioria da população, ou até mesmo que tenham sido exigidos por esses grupos[39].

7. A virtude cívica e o dever de consideração moral como obrigação dos destinatários de um direito penal democrático?

Em parte das ciências criminais alemãs, há agora uma tendência de reagir a esses desenvolvimentos por meio de uma interpretação correspondente à da posição normativa do destinatário das normas de comportamento no direito penal. Uma norma secundária no sentido de um dever geral de se comportar de acordo com a lei é adicionada à norma primária de comportamento. Já em 1985, em seu debate com Hruschka, Ulfrid Neumann criticou uma "duplicação da vinculação

39. Ver (crítico) Kölbel (2019). Como uma terceira alternativa para reações a crimes violentos em particular, um movimento de *justiça transformadora* pode ser identificado, que visa principalmente redes de comunicação informais sofisticadas e locais com base em experiências específicas de vulnerabilidade de violência sexual contra mulheres e LGBTQs, bem como violência racista contra as pessoas negras, em que o esclarecimento conjunto dos atos de violência e a assunção de responsabilidades deveriam ser possíveis para desencadear processos de transformação, especialmente entre os perpetradores, para além do controle social formalizado e de um aparato sancionador do Estado. O relato de experiências do coletivo *Berlin Transformative Justice*, que se desfez sob a pressão de expectativas avassaladoras de gestão de conflitos transformativos informais, é elucidativo. O movimento como tal é, obviamente, diverso e transnacional, com foco na América do Norte. Consultar: https://www.what reallymakesussafe.com/#/home. Para saber se e em que medida esse é um projeto de "segurança da esquerda" (de acordo com BRAZZELL, 2017) e/ou uma continuação dos movimentos de reforma e abolição das prisões que remontam às tradições correspondentes a grupos protestantes como os *Quakers* (cf. FREITAG, 2014. p. 18), por exemplo em Morris (2000), são necessárias pesquisas mais detalhadas. A crítica à polícia e à violência policial caminham na mesma direção, com vistas à prevenção de infrações penais com danos específicos às vítimas individuais. Ver VITALE, 2017, e LOICK, 2018.

normativa do destinatário"[40]. Michael Pawlik formulou isso de forma mais clara quando enfatizou "que uma ordem liberal não pode sobreviver sem a luta constante dos cidadãos por justiça"[41]. Esse dever de zelar pela justiça é entendido como a "obrigação de fazer esforços" de todo destinatário das normas de comportamento para se organizar de maneira que os direitos e bens do outro sejam protegidos. Portanto, é dever de cada um para consigo mesmo dispor-se de forma que evite situações e comportamentos que possam resultar em violação das normas penais de conduta. No fundo, trata-se de um dever de cuidado generalizado, que também se sustenta na gênese desses conceitos a partir das tentativas dogmáticas-criminais de relativizar a diferença entre intencionalidade e negligência (a negligência como etapa preliminar do dolo).

No caso de uma violação (dolosa ou negligente) das normas de comportamento, o "cumprimento insuficiente dessa obrigação de esforço"[42] pode constituir o ponto de partida para a imputação subjetiva. Frauke Rostalski mencionou o fato de que cada indivíduo tem um "dever individual como cidadão"[43] de adquirir o código penal de forma a evitar ilícitos penais. Tatjana Hörnle falou desde a perspectiva da segunda pessoa (ou seja, a perspectiva da vítima) que, além da determinação da violação de um código de conduta penal válido, "a pessoa acusada deve ser identificada de maneira bem fundamentada como aquele que, desrespeitando os deveres de consideração para com os outros, cometeu uma violação da norma"[44]. Enquanto Pawlik e Rostalksi exigiam uma espécie de virtude cívica do destinatário das normas do direito penal, Hörnle justificava o dever de consideração a partir da relação moral da perspectiva da segunda pessoa (com referência a Jay Wallace). Quer se trate de uma virtude de cidadania ou de um dever moral de consideração, em ambos os casos é uma espécie de dever geral de solidariedade para cada indivíduo, que prevalece sobre o direito penal público.

Desse modo, o "modelo do bom (concidadão)" torna-se o novo modelo de política criminal de vulnerabilidade. A orientação para esse princípio norteador não deve ser acompanhada de consequências que ampliem e agravem diretamente a

40. NEUMANN, 1985. p. 389-398; Agora também: NEUMANN, 2019. p. 455.

41. PAWLIK, 2012. p. 371, nota de rodapé 661.

42. PAWLIK, 2012. p. 371.

43. ROSTALSKI, 2016. p. 80.

44. HÖRNLE, 2013. p. 51-53.

legislação penal, mas pode levar a um maior controle e prevenção por meio da observação tecnológica, vigilância, coleta e troca de dados[45].

Como acontece com todos os novos projetos de política criminal, a questão final permanece se os objetivos que são democraticamente justificados com boas razões podem realmente ser alcançados com os meios do direito penal. Ninguém duvida que, em sociedades pluralistas e diversificadas, sob as condições do capitalismo globalizado, com organizações de poder privado que podem intervir profundamente e com consequências de longo alcance no modo de vida de todos os cidadãos, são necessários esforços de cada indivíduo e um alto grau de confiança social em normas básicas de igual respeito e cuidado para garantir a legalidade (por exemplo, o *compliance* em empresas) e a consideração mútua. Mas, será que o direito penal, incluindo o direito penal simbólico, pode arcar com essa enorme tarefa?[46] Além disso, essa nova concepção de direito penal de obrigação também sobrecarrega os destinatários da norma.

Em condições de crescente desigualdade social e insegurança, em um capitalismo globalizado com precárias condições de vida e crescente poder privado, eles se deparam com a tarefa de se organizarem como um sujeito moral do dever de consideração ou como cidadãos-sujeitos da luta pelo cumprimento da lei. Conforme demonstrado acima, a subjetivação dos padrões de cuidado ao lidar com tecnologias complexas e arriscadas dificilmente tem sucesso. Isso só seria absolutamente justificado se todos os destinatários das obrigações do direito penal também fossem seus autores, ou seja, realmente colegisladores penais[47].

8. Referências

ARENDT, Hannah. *Die Freiheit, frei zu sein*. Munique: dtv Verlagsgesellschaft, 2018.

BECKER, Christan; RÖNNAU, Thomas. Freiheit, Wirtschaft, Macht – Braucht der freiheitliche Staat ein marktkritisches. Strafrecht? *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 130, p. 340–373, 2018.

45. Ver BURCHARD, 2019. p. 537 e ss.

46. De acordo com Gärditz (2015, p. 83), a eficácia empiricamente demonstrável do direito penal é irrelevante: "A magia do direito penal [sic] consiste [...] precisamente no contraste gritante entre a severidade da intervenção e a notável falta de eficácia empírica e de racionalização. Não precisamos do direito penal como uma reação do Estado às violações das normas, porque os mecanismos funcionais são validamente comprovados. Precisamos dele porque seu significado social é diretamente entendido como uma contribuição de comunicação pública".

47. GÜNTHER, 2005c.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs. In. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Recht, Staat, Freiheit*. Berlim: Suhrkamp Verlag, p. 143-169, 1991.

BRAZZELL, Melanie. Sicherheit von Links. Der transformative Justice-Ansatz. *Luxemburg online*, dez. 2017. Disponível em: [https://www.zeitschrift-luxemburg.de/sicherheit-von-links-der-transformative-justice-ansatz/]. Acesso em: 03.05.2021.

BURCHARD, Christoph. Künstliche Intelligenz als Ende des Strafrechts? Zur algorithmischen Transformation der Gesellschaft. *Jahrbuch für Recht und Ethik/ Annual Review of Law and Ethics*, v. 27, p. 527–555, 2019.

BUTLER, Judith. Precarious Life, Vulnerability, and the Ethics of Cohabitation. *Journal of Speculative Philosophy*, v. 26, n. 2, p. 134-151, 2012.

BUTLER, Judith. Bodily Vulnerability, Coalitions, and Street Politics. *Critical Studies*, v. 37, p. 99-119, 2014.

CONSTANT, Benjamin. Über die Freiheit der Alten im Vergleich zu der der Heutigen. In. CONSTANT, Benjamin; WERKE, H. G., BLAESCHKE, Axel; GALL, Lothar. Berlim: Bd. IV, 1972, p. 363-396.

DUFF, R. Antony. *Punishment, Communication, and Community*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2001.

DURKHEIM, Emile. *Über soziale Arbeitsteilung*. Berlim: [EDITORA], 1988.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

EDELMAN, Murray. *The Symbolic Uses of Politics*. Urbana: University of Illinois Press, 1964.

FOUCAULT, Michel. *Überwachen und Strafen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1976.

FOUCAULT, Michel. Geschichte der Gouvernementalität I. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2004.

FREITAG, Sabine. *Kriminologie der Zivilgesellschaft*. München: Walter de Gruyter, 2014.

GANS, Eduard. *Naturrecht und Universalrechtsgeschichte*. Tübingen: Mohr Siebeck Verlag, 2005.

GARLAND, David. *Punishment and Welfare*. Aldershot: Gower, 1985.

GARLAND, David. *The Culture of Control*. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

GARLAND, David; DUFF, R. Antony (Ed.). *A Reader on Punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1994.

GÄRDITZ, Klaus F. Staat und Strafrechtspflege. Paderborn: *RW Rechtswissenschaft*, v. 2, 2015.

GÜNTHER, Klaus. *Der Sinn für Angemessenheit*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1988.

GÜNTHER, Klaus. World Citizens between Freedom and Security. *Constellations – An International Journal of Critical and Democratic Theory*, v. 12, p. 379-391, 2005a.

GÜNTHER, Klaus. Kritik der Strafe II. *WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung*, v. 1, p. 131–141, 2005b.

GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Frankfurt: Verlag Vittorio Klostermann, 2005c.

GÜNTHER, Klaus. Ein Modell legitimen Scheiterns – Der Kampf um Anerkennung als Opfer. In. HONNETH, Axel; LINDEMANN, Ophelia et al. (Eds.). *Strukturwandel der Anerkennung* – Paradoxien sozialer Integration in der Gegenwart. Frankfurt: Kostenloser Versand Weltweit, p. 185-248, 2012.

GÜNTHER, Klaus. Responsibility to Protect and Preventive Justice. In: ASHWORTH, Andrew; ZEDNER, Lucia et al. (Eds.). Prevention and the Limits of the Criminal Law. Oxford: Oxford University Press, p. 69-90, 2013a.

GÜNTHER, Klaus. Dumusst Dein Leben ändern – Die ethische Produktivität des Menschen und ihre Ausbeutung. *Blätter für deutsche und internationale Politik*, v. 58, p. 81-90, 2013b.

GÜNTHER, Klaus. Criminal Law, Crime and Punishment as Communication. SIMESTER, A. P.; BOIS-PEDAIN, Antje du et al. (Eds.). *Liberal Criminal Theory* – Essays for Andreas von Hirsh. Oxford: Hart Publishing, p. 123-140, 2014.

GÜNTHER, Klaus (2016), (Bedrohte) individuelle Freiheiten im aufgeklärten Strafrecht –Welche Freiheiten?, in: Kritische Justiz 49,4, 520–534.

GÜNTHER, Klaus. Crisis of Democracy: Rule of Law or Rule by Law? *Constellations* – An International Journal of Critical and Democratic Theory. (em preparação).

GRIMM, Dieter. *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*. Frankfurt: Suhrkamp, 1987.

HABERMAS, Jürgen. Individuierung durch Vergesellschaftung. Zu G.H. Meads Theorie der Subjektivität. In. HABERMAS, Jürgen. *Nachmetaphysisches Denken*. Frankfurt: Suhrkamp, p. 187-241, 1988.

HABERMAS, Jürgen. *Faktizität und Geltung*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1992.

HABERMAS, Jürgen. Stichworte zu einer Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates. In. HABERMAS, Jürgen. *Im Sog der Technokratie*. Berlim: Suhrkamp Verlag, p. 67-81, 2013.

HASSEMER, Winfried. Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, v. 9, n. 12, p. 553-559, 1989.

HAYEK, Friedrich A. *Der Weg zur Knechtschaft*. Munique: Olzog Verlag, 1944/2014.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Grundlinien der Philosophie des Rechts. Werke, Bd. 7. Frankfurt: Olzog, 1970.

HOBBES, Thomas. *Leviathan*. Edição de Fetscher, Iring, Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 1984.

HONNETH, Axel. *Anerkennung*. Eine europäische Ideengeschichte. Berlim: Suhrkamp, 2018.

HÖRNLE, Tatjana. Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf. Baden-Baden: Nomos Verlagsges, 2013.

HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*. 2. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

KANT, Immanuel. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. Königsberg: [s. ed.], 1797.

KÖLBEL, Ralf. Die dunkle Seite des Strafrechts. *Neue Kriminalpolitik*, v. 31, n. 3, p. 249-263, 2019.

KUNZ, Karl-Ludwig. Zur Symbolik des Strafrechts. In. DÖLLING, Dieter; GÖTTING, Bert et al. (Eds.). *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung*: Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag. Berlin: Walter de Gruyter, p. 353-368, 2010.

LOICK, Daniel (Ed.). *Kritik der Polizei*. Frankfurt: Campus Verlag, 2018.

MATHIEU, Bertrand. *Le droit contre la démocratie?* Paris: LGDJ, 2017.

MATHIEU, Bertrand. De quoi le mouvement des "gilets jaunes" est le révélateur?, *Démocratie*: variations autour d'un thème, 03.12.2018. Disponível em: [www.bertrandmathieu.fr/2018/12/de-quoi-le-mouvement-des-gilets-jaunes-est-le-revelateur.html]. Acesso em: 03.05.2021.

MORRIS, Ruth. *Stories of Transformative Justice*. Toronto: Canadian Scholars Press, 2000.

MOSER, Geneva. Verletzlichkeit. Alle Menschen sind verletzlich – sind es einige mehr als andere? *Philosophie.ch.*, 05.04.2017. Disponível em: [www.philosophie.ch/philosophie/highlights/liebe-ungemeinschaft/verletzlichkeit]. Acesso em: 03.05.2021.

NAUCKE, Wolfgang. Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 94, n. 3, p. 525-564, 1982.

NAUCKE, Wolfgang. *Der Begriff der politischen Wirtschaftsstraftat*. Münster: Lit Verlag, 2012.

NEUMANN, Ulfrid. Normtheorie und strafrechtliche Zurechnung. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 389-401, 1985.

NEUMANN, Ulfrid. Obliegenheiten und strafrechtliche Zurechnung. *Jahrbuch für Recht und Ethik* (Gedächtnisschrift für Joachim Hruschka), v. 27, p. 455-472, 2019.

PAWLIK, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012.

PISTROL, Florian. Vulnerabilität. Erläuterungen zu einem Schlüsselbegriff im Denken Judith Butlers. *Zeitschrift für Praktische Philosophie*, v. 3, n. 1, p. 233-273, 2016.

RECKWITZ, Andreas. *Die Gesellschaft der Singularitäten*. Berlim: Suhrkamp Verlag, 2017.

ROSANVALLON, Pierre. *Demokratische Legitimität*. Unparteilichkeit – Reflexivität – Nähe. Hamburg: Hamburger Edition, 2010.

ROSTALSKI, Frauke. Normentheorie und Fahrlässigkeit – Zur Fahrlässigkeit als Grundform des Verhaltensnormverstoßes. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, p. 73-89, 2016.

STICHWEH, Rudolf. *Inklusion und Exklusion*. 2. ed. Bielefeld: Walter de Gruyter, 2016.

STICHWEH, Rudolf. Wie Inklusion und Exklusion Gesellschaften prägen. *Forschung und Lehre*, 11.04.2020. Disponível em: [www.forschung-und-lehre.de/zeitfragen/wie-inklusion-und-exklusion-gesellschaften-praegen-2686/]. Acesso em: 03.05.2021.

TRANSFORMATIVE JUSTICE KOLLEKTIK BERLIN. *Transformation* – auch für uns, 07.01.2020. Disponível em: [https://www.transformativejustice.eu/de/transformation-auch-fur-uns/]. Acesso em: 04.05.2021.

VITALE, Alex S. *The End of Policing*. London: Verso books, 2017.

WHAT REALLY MAKES US SAVE? Disponível em: [https://whatreallymakesussafe.com/#/home]. Acesso em: 04.05.2021.

WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft*. 5. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1976.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do estado de direito (social e democrático), de Luis Gracia Martín – *RBCCrim* 88/95-142 (DTR\2011\1095); e
- Perspectivas de uma moderna política criminal, de Wilfried Hassemer – *RBCCrim* 8/41-51 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/1021-1034 (DTR\1994\387).

Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – about a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany

Abordagens e problemas em torno da avaliação de risco na prevenção de crimes violentos de natureza extremista – sobre uma abordagem hermenêutico-filosófica para a avaliação de risco na Alemanha

Sebastian Simmert

Doctor in Philosophy by the Faculty of Art I – Social Sciences and Historical Cultural Studies. Master in Comparative literature and Philosophy. Bachelor in Political Science of the Martin-Luther-University Halle-Wittenberg. Researcher at the Chair of Criminal Law, Legal Theory and Philosophy of Law at the Faculty of Law and Economics of the Martin-Luther-University Halle-Wittenberg. Researcher at the Brandenburg State Police University at the project RADAR-rechts. Mediator certified by Radius Institute for Communication and Conflict Management in Lübeck. Quality officer certified by TÜV Rheinland Akademie in Berlin.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3199-0727].
sebastian.simmert@apuleius.de

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Filosofia

Abstract: This treatise aims to introduce the reader in the recent methodology of risk assessment tools for the prevention of violent extremist offending and problems related with it. A heuristic for risk assessment used in Germany that avoids these problems is described. At the same time, the philosophical-hermeneutical foundation of this methodology is discussed in some details.

Keywords: Risk Assessment – Hermeneutics – Probability – Validity – Meaning – Interaction – Prognostic Assessment.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo introduzir o leitor na recente metodologia de ferramentas de avaliação de risco para a prevenção de crimes violentos de natureza extremista, bem como nos problemas relacionados com elas. Nesse sentido, descreve-se um heurístico para a avaliação de risco utilizado na Alemanha que evita os problemas indicados. Ademais, discute-se em maiores detalhes o fundamento hermenêutico-filosófico desta metodologia.

Palavras-chave: Avaliação de risco – Hermenêutica – Probabilidade – Validade – Significado – Interação – Avaliação prognóstica.

Simmert, Sebastian. Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – about a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany. *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* vol. 180. ano 29. p. 71-109. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

Sumário: Introduction. 1. Generations of Risk Assessment Tools. 1.1. First Generation. 1.2. Second Generation. 1.3. Third Generation. 1.4. Fourth Generation. 2. An Ontology of Risk. 2.1. The concepts of probability. 2.2. Risk as Property. 3. Validity of Risk-Assessment Tools. 4. A philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany. 4.1. The philosophical-hermeneutical foundation of the *individuelle Risikoanalyse*. 4.2. The assessment of human behaviour. 4.2.1. The knowledge of meanings. 4.2.2. Meaning and Interaction. 4.2.3. "*Auslegung*" in the sense of critical hermeneutics. 4.2.4. Basis of information. 4.2.5. Methodological procedure. 5. Conclusion. 6. References.

Introduction

Risk-Assessment tools for the prevention of violent extremist offending have become more important in the field of counter-terrorism in the last years. This shows the history of developments of very different risk-assessment tools and approaches over the world. Since the 2000s, in nations like the United Kingdom,[1] the United States of America,[2] Canada,[3] Switzerland,[4] Pakistan[5] or Germany[6] many instruments were developed and enhanced. But the developments of the tools pursued different purposes. Tools like the British *Extremism Risk Guidelines 22+* (ERG 22+) for example were developed aiming not only to identify the risk of an individual but also to manage the risk.[7] In contrast to the ERG 22+, risk assessment with the German RADAR-iTE includes only the identification of risk.[8] This difference is justified as well in the different legal frameworks in which the tools are used as in different approaches in the development of a risk

1. For example, the *Extremism Risk Guidelines (ERG) 22+* and the *Guidance for Identifying People Vulnerable to Recruitment into Violent Extremism (IVP)*.
2. For example, the *Terrorist Radicalization Assessment Protocol-18 (TRAP 18)*.
3. For example, the *Violent Extremism Risk Assessment (VERA / VERA-2/ VERA-2R)*
4. For example, the *Radicalisation Profiling (RA-PROF)*.
5. For example, the *Violent Extremist Belief Scale (VEBS)*.
6. For example, the *RADAR-iTE 2.0*.
7. Cf. LLOYD, Monica; DEAN, Cristopher. The development of structured guidelines for assessing risk in extremist offenders. *Journal of Threat Assessment and Management*, Vol. 2, No.1, 2015. pp. 40-52.
8. Cf. SONKA, Celina; MEIER, Hamta; ROSSEGGER, Astrid; ENDRASS, Jérôme; PROFES, Valerie; WITT, Rainer; SADOWSKI, Friederike. RADAR-iTE 2.0: Ein Instrument des polizeilichen Staatsschutzes. Aufbau, Entwicklung und Stand der Evaluation. *Kriminalistik* 6/2020. pp. 386-392.

assessment tool. Regardless of the differences, the intention of their use is the same. This is the successful prevention of violent extremist offending.[9]

The condition for such a successful prevention is that a tool for risk assessment in regard to its methodology is suited as identifier of risk or rather to predict violent extremist offending. Whether this condition is satisfied by most of the tools is from the point of view of philosophy and science theory disputable, as will be shown below. Of course, that does not mean that such tools are useless. But they have to be supplemented by an approach of risk assessment which enables us to understand and recognise the idiosyncratic influencing factors in the decision-making process of the suspected individual. For the factors which influences the individual's decision to offend are different from case to case because every individual is situated in a different environment and have a unique life history.

The subject of the present treatise is to introduce in the methodology of risk assessment tools. For this reason, it will first be shown what kinds of risk assessment tools exist. In this context, it will be shown which serious problems are implicit in the methodology of current risk assessment tools. Prominent problems are the definition of the concept of risk and the overreliance of the so-called value of the area under the ROC curve (AUC). Finally, a philosophical-hermeneutic approach to risk assessment is presented, which is successfully used by the Federal Criminal Police Office of Germany in the procedure of *individuelle Risikoanalyse* (individual risk analysis) for the assessment of potential extremist offenders. This procedure was developed in exclusive cooperation with the author of the present treatise.[10]

1. Generations of Risk Assessment Tools

Risk assessment tools are divided in four kinds. Because these types represent different markers in the history of the development of risk assessment tools, they are referred to as generations. Each individual generation is characterised by typical features that affected the quality of the prediction of violent offending in general. Although the generations differ in terms of quality of the results of their

9. Cf. HÖFFLER, Katrin; SOMMERER, Lucia M.; GATZMAGA, Felix. Radikalisierung im digitalen Zeitalter entschlüsseln – Prognosen ermöglichen? *Neue Kriminalpolitik* 29 (2017), Heft 4. p. 426.

10. For a detailed introduction to the procedure, see: SIMMERT, Sebastian. *Theorie und Heuristik der individuellen Risikoanalyse*. Baden-Baden: Tectum, 2021.

application, they are all used in practice in the one way or another. This is due to the practice context in which the risk assessment tools are used.

1.1. First Generation

The use and development of the first tool generation is usually traced back in the literature to the 1970s.[11] The risk assessment was based only on the experience and skills of the expert who made the assessment at that time.[12] Which data or information the expert used for the risk assessment was not explicit or standardised. That means that the outcome was very arbitrary and could in some cases not be comprehensible for other individuals.[13] So this generation of risk assessment is often called unstructured or idiosyncratic. "Idiosyncratic" means in this context that the assessment is single case orientated.

Although this type of assessment seems unprofessional, this opinion has to be disagreed. The origin of its methodology is situated in the context of the clinical assessment of individuals.[14] In this context, practitioners have to assess a variety of different circumstances and processes that are case-specific. The assessment of such specifications is not intended in standardised assessment tools such as checklists. But only on the basis of an assessment of the specification can the practitioner select the right measure to treat an individual properly.[15] This is because the reason why an individual needs treatment could be one of their specifications or related to them. So the practitioner has to assess the individual case in combination with their specialised knowledge and expertise, without using a standardised tool alone.

---

11. Cf. OGLOFF, James R.P.; DAVIS, Michael. *From Predicting Dangerousness to Assessing and Managing Risk for Violence. A Journey Across Four Generations*. In: WORMITH, J. Stephen; CRAIG, Leam A.; HOGUE, Todd (Eds.). *The Wiley Handbook of What Works in Violence Risk Management. Theory, Research, and Practice*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2020, p. 85.
12. Cf. BURRELL, William. *Risk and Needs Assessment in Probation and Parole. The Persistent Gap Between Promise and Practice*. In: TAXMAN, Faye S. (Ed.). *Handbook on Risk and Need Assessment: Theory and Practice*. London and New York: Routledge, 2017. p. 26.
13. Cf. ibid.
14. Cf. ROSSEGGER, Astrid; ENDRASS, Jérôme; GERTH, Juliane. *Einführung ins Risk-Assessment*. In: ENDRASS, Jérôme; ROSSEGGER, Astrid; URBANIOK, Frank; BORCHARD, Bernd (Eds.). *Interventionen bei Gewalt- und Sexualstraftätern: Risk-Management, Methoden und Konzepte der forensischen Therapie*. Berlin: Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013. p. 92.
15. Cf. ibid.

1.2. Second Generation

Second generation risk assessments are the result of the introduction of statistical methods in forensic science in the 1980s.[16] The statistical methods are actuarial in their origin. Therefore, second generation risk assessment tools are called actuarial instruments.

The result of an actuarial analysis is the identification of "variables that are statistically related to the outcome of interest [...]."[17] The outcome of interest in the context of risk assessment is usually the risk of reoffending. The basis for the calculation of the statistical relations is data on the offence behaviour of a sample of delinquent individuals. These data often include, for example, static information on personal life or previous offence history. Provided that such individual information is strongly statistically related to the outcome, they are compiled as so-called risk or protective factors into a risk assessment tool. A risk factor is understood as a fact that increases and a protective factor as one that decreases the emergence of offending behaviour. Based on a specific algorithm for the actuarial instrument, the factors are finally used to calculate the risk.

The advantage over first-generation assessments is that the assessment procedure is structured and comprehensible to others. In addition, most authors attribute to the procedure the feature of being reliable and unbiased, which is often justified with reference to the mathematical methods of statistics.[18] The extent to which this is really the case will be discussed later.

1.3. Third Generation

The third generation of risk assessments expands the understanding of what constitutes a risk or protective factor. The emergence of correctional research

16. Cf. OGLOFF, James R.P.; DAVIS, Michael. *From Predicting Dangerousness to Assessing and Managing Risk for Violence. A Journey Across Four Generations*. In: WORMITH, J. Stephen; CRAIG, Leam A.; HOGUE, Todd (Eds.). *The Wiley Handbook of What Works in Violence Risk Management. Theory, Research, and Practice*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2020. p. 85.
17. BURRELL, William. *Risk and Needs Assessment in Probation and Parole. The Persistent Gap Between Promise and Practice*. In: TAXMAN, Faye S. (Ed.). *Handbook on Risk and Need Assessment: Theory and Practice*. London and New York: Routledge, 2017. p. 26.
18. Cf. RETTENBERGER, Martin; FRANQUÉ, Fritjof von. *Die aktuarische Prognosemethodik und die Anwendung aktuarischer Prognoseinstrumente in der Praxis*. In: KOBBÉ, Ulrich (Hrsg.). *Forensische Prognosen. Ein transdisziplinäres Praxismanual. Standards – Leitfäden – Kritik*. Lengerich: Pabst Science Publishers, 2017. pp. 69-75.

and the development of practices for the reintegration or treatment of offenders created a need for information not only to predict but also to manage offending behaviour.[19] Thus, information that can indicate changes in the development of an individual over time has become interesting for risk assessment.[20] This kind of information includes, for example, attitudes, labour situation or support from the social environment. Because this information is embedded in the dynamic of a person's life, it is called dynamic risk or protective factors.

What is special about such dynamic factors is that they provide an understanding of the ongoing needs of an individual, which in individual cases may be associated with future offending behaviour. Thus, they make it possible to take into account possible influences of a person's past, present and future behaviour when making an assessment.[21]

Despite this advantage, the identification and compilation of such dynamic factors in a risk assessment tool is also based solely on the calculation of statistical relations. Therefore, single case specifications are not considered any more than in a second-generation risk assessment tool.

1.4. Fourth Generation

In the fourth generation of risk assessment tools, the assessment of individual case specifications is more in focus of the assessment procedure. They are based on the model of so-called Structured Professional Judgement (SPJ). According to this model, the practitioner also has to take in account the presence of a defined

19. Cf. OGLOFF, James R.P.; DAVIS, Michael. *From Predicting Dangerousness to Assessing and Managing Risk for Violence. A Journey Across Four Generations*. In: WORMITH, J. Stephen; CRAIG, Leam A.; HOGUE, Todd (Eds.). *The Wiley Handbook of What Works in Violence Risk Management. Theory, Research, and Practice*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2020. p. 87.
20. Cf. BURRELL, William. *Risk and Needs Assessment in Probation and Parole. The Persistent Gap Between Promise and Practice*. In: TAXMAN, Faye S. (Ed.). *Handbook on Risk and Need Assessment: Theory and Practice*. London and New York: Routledge, 2017. p. 26.
21. Cf. OGLOFF, James R.P.; DAVIS, Michael. *From Predicting Dangerousness to Assessing and Managing Risk for Violence. A Journey Across Four Generations*. In: WORMITH, J. Stephen; CRAIG, Leam A.; HOGUE, Todd (Eds.). *The Wiley Handbook of What Works in Violence Risk Management. Theory, Research, and Practice*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2020. p. 87.

factor and its relevance in regard to the individual case.[22] The factors (static and dynamic) are also predetermined and empirically validated.[23] However, they are not based solely on a calculation of statistical correlations. The risk and protective factors are derived from an extensive literature review and under consideration of clinical experience.[24]

Unlike second or third generation tools, risk assessment in the SPJ model is not based on a specific algorithm, but on a heuristic that structures the practitioner's assessment process into a conclusive assessment of the risk for the individual.[25] In this heuristic, the practitioner first assesses the overall risk based on the predetermined factors. Most often, the rating is made in relation to a risk scale. This scale indicates the intensity (e.g., low, moderate, high) of the risk.[26] The rating can then be subsequently supplemented by an assessment of case-specific factors. Finally, on this basis, various future scenarios are created for the individual with the purpose of designing preventive measures that could be effective in managing the individual case.[27] In this way, the SPJ model attempts to combine the actuarial and idiosyncratic approaches for risk assessment.[28]

22. Cf. WEBSTER, Chris; HAQUE, Quazi; HUCKER, Steve. *Violence Risk-Assessment and Management. Advances Through Structured Professional Judgement and Sequential Redirections*. Second Edition. Chichester: John Wiley & Sons, 2014, p. 72.
23. Cf. BARTOL, Curt R.; BARTOL, Anne M. *Criminal & Behavioral Profiling*. Thousand Oaks: Sage, 2013. p. 193.
24. Cf. WEBSTER, Chris; HAQUE, Quazi; HUCKER, Steve. *Violence Risk-Assessment and Management. Advances Through Structured Professional Judgement and Sequential Redirections*. Second Edition. Chichester: John Wiley & Sons, 2014, p. 72.
25. Cf. FRANQUÉ, Fritjof von. *Strukturierte, professionelle Risikobeurteilungen*. In: RETTENBERGER, Martin; FRANQUÉ, Fritjof von (Hrsg.). *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*. Göttingen: Hogrefe, 2013, p. 358.
26. Cf. WEBSTER, Chris; HAQUE, Quazi; HUCKER, Steve. *Violence Risk-Assessment and Management. Advances Through Structured Professional Judgement and Sequential Redirections*. Second Edition. Chichester: John Wiley & Sons, 2014, p. 72.
27. Cf. FRANQUÉ, Fritjof; von; RETTENBERGER, Martin. *Verfahren strukturierter-professioneller Urteilsbildung*. In: KOBBÉ, Ulrich (Hrsg.). *Forensische Prognosen. Ein transdisziplinäres Praxismanual. Standards – Leitfäden – Kritik*. Lengerich: Pabst Science Publishers, 2017. p. 78f.
28. Cf. BARTOL, Curt R.; BARTOL, Anne M. *Criminal & Behavioral Profiling*. Thousand Oaks: Sage, 2013. p. 193.

2. An Ontology of Risk

Regardless of which generation of the previously mentioned risk assessment tool is used, the function of all of them is to determine risk. However, there is a serious problem concerning the concept of risk in regard to the individual risk assessment tools and the research on such tools. The meaning of the concept of risk in this context is not uniformly defined.[29] This means that there are different meanings of the concept of risk in the literature on risk assessment. At the first sight, this may be not obvious, as risk is often defined as a kind of probability. But depending on the context, probability refers to different matters such like behaviour, circumstances or properties.[30] This makes the probabilities object-specific. That is, their meaning changes with the object on which they refer.

From the perspective of the philosophy of science, this is problematic because different meanings of the concept of risk imply different presuppositions for the methodological identification of risk. This ultimately influences the meaning and verisimilitude[31] of the result of a risk assessment. The fact that this is problematic is not taken into account by most authors of forensic or criminological literature. This is because they do not take into account which presuppositions for the application of their methodology are based on the object of their interest and what the application of mathematical methods implies in regard to the empirical world. However, a closer look at the concept of probability shows that it is problematic.

2.1. The concepts of probability

The meaning of probability can be twofold. Either it means the relative frequency of the consequences or events or it means a subjective measure of

29. Cf. RETTENBERGER, Martin. *Die Einschätzung des Rückfallrisikos (Risk-Assessment) bei Sexualstraftätern*. In: SAIMEH,, Nahlah (Hrsg.). *Destruktive Sexualität. Therapie und Risk-Assessment in der Forensischen Psychiatrie*. Berlin: Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2019. p. 168.

30. Cf. TAXMAN, Faye S. *Risk Assessment: Where Do We Go From Here?* In: SINGH, Jay P.; KRONER, Daryl G.; WORMITH, J. Stephen; DESMARAIS, Sarah L.; HAMILTON, Zachary (Eds.). *Handbook of Recidivism Risk/Need Assessment Tools*. Chichester: John Wiley & Sons, 2018, p. 272.

31. The term „verisimilitude" is chosen with the intention of distinguishing it from the term plausibility, which has its own meaning in this context, as will be seen later. „Verisimilitude" is to be understand as a property of propositions to be close to truth within the constraints of a theoretical framework.

uncertainty.[32] In the first case, probability is based on data about specific factors such as characteristics, behaviour alone, that occur before the undesirable consequences or event in question emerge. Probability here means the relative ratio of occurrences of undesirable consequences or events due to their corresponding factors, assuming that the ratio is the same for an infinite repetition of observations of both the consequences or events and their corresponding factors. This is called the frequentist probability.[33]

In the other case, probability is the degree of belief that express that it is plausible to think that a consequence or event will occur, based on all information that a person has at the moment of assessment for the occurrence of a consequence or event. This kind of probability is called subjective or Bayesian probability.[34]

The main difference betwixt these interpretations of probability is situated in the degree of their objectivity. Frequentist probability seems to be objective in the sense that it does not depend on the knowledge of an individual, but is derivable solely through knowledge of the properties of things. For example, the probability of rolling a 3 with a fair six-sided dice is 1/6 due to the property of the dice having six sides that are symmetrically arranged. But even in the case where the object from which the probability is derived is not fair and symmetrical, the probability is determined on the basis of the qualities of the object in question.

In contrast, Bayesian probability is derived from an individual's knowledge about an event or object. The knowledge may contain insights about various aspects of contextual information or relationships that cannot be inferred in regard to an event or object alone. Objectivity in this context is given as intersubjectivity, which can be achieved on basis of a strong database. This means that based on the database, each individual would ideally derive the same conclusions based on the same or similar knowledge.[35] This is, of course, an interpretation of "objectivity". In this particular sense, objectivity is grounded on the same handling of knowledge that leads to the same results. But because the ability of each individual bearer of knowledge to handle with it is different, it is still subjective. In this

32. Cf. AVEN, Terje. *Quantitative Risk Assessment. The Scientific Platform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 18.

33. Cf. TSCHIRK, Wolfgang. *Statistik: Klassisch oder Bayes. Zwei Wege im Vergleich*. Berlin, Heidelberg: Springer Spektrum, 2014, p. 20.

34. Cf. ibid.

35. AVEN, Terje. *Quantitative Risk Assessment. The Scientific Platform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 23.

case, probability is thus to be understood as a subjective assignment that goes beyond knowledge of the qualities of a thing, as it can incorporate background knowledge about various aspects about the object or other things. In terms to risk assessment tools, the frequentist interpretation of probability can be related to the actuarial approach and the Bayesian interpretation to the SPJ approach.

2.2. Risk as Property

In context of risk assessment, both interpretations of probability are problematical because of the object to which the probabilities refer. In each case, this object is an individual's future behaviour. The main criticism of behavioural predictions is usually that the future is uncertain. Therefore, the prediction offers no gain in knowledge about the future behaviour of an individual. However, this criticism only highlights the outcome of the risk assessment, which mostly is usually unjustified because it does not reflect the presuppositions that frame the meaning of such a prediction.

With regard to the frequentist interpretations of probability, risk can first be understood as a kind of attributable property, evaluated as undesirable, which emerges under the condition that an individual possesses an agglomeration of singular properties or behaviours. Depending on the extent of the agglomeration, the intensity of the risk as attributable property grows or shrinks. In this sense, risk becomes a second-order abstract property.[36] That is a property whose existence depends on the occurrence of other properties or behaviours and which has no ontological status as singular property that an individual can bear on its own, as would be the case, for example, with the singular property of the green of a single blade of grass. This is because such a second-order abstract property can only be constituted in terms of a mental act that assigns the property as single property of an individual on the basis of the agglomeration of its properties and behaviours. This mental act can be called imputation. That is, without an imputation, the property of risk is nothing that could be perceived in an individual itself.

36. The existence of abstract first-order properties does not depend on the occurrence of other properties or behaviours because they are simple. That is, they are not constituted from an agglomeration of discrete properties or behaviours. However, they also have no ontological status as singular property because they cannot be perceived in an individual but only be considered as a property of an individual like the abstract first-order property of perfect roundness.

This interpretation of risk is associated with two problems that extent to established risk assessment tools as well as to the Bayesian interpretation of probability. These problems can be stated as the *problem of ontological comparability* and as the *problem of mathematical generalisation*. The problem of ontological comparability is a consequence of the derivation of probability based on knowledge of the properties and behaviours of objects. Inasmuch as every object that can be perceived in the empirical world is unique, its properties and behaviours are also unique.[37] In philosophy, this uniqueness of properties and behaviours is called spatio-temporal identity. In terms of this identity, the set of agglomeration that gives rise to risk as a property is also unique. For its foundation is the unique identity of an individual. Therefore, the set of such an agglomeration is individually different from other sets of such an agglomeration.

Per definitionem, the individual difference makes, first, different risks incomparable with each other. Secondly, as Aven and Renn note, a risk of this kind cannot be considered as high or low.[38]

On the basis of knowledge about the identity of an individual, the intensity of risk can therefore be determined. Because of the uniqueness of an identity, however, the only thing that can be said about the intensity of risk is that the risk has an individualised quality. In this respect, it is only possible to identify and assign the risk of an individual. However, it is not possible to compare findings about an individual with findings about the risks of other individuals. The reason for this is that such a concept of risk is singular and not general. If it were general, it would be possible to compare the findings with individual cases, because the cases can be understood as being of the same kind. This is because general concepts are applicable to multitude of objects and not only to a single individual.

The main method of justifying the generalisation of singular findings is to apply mathematics or the so-called law of large numbers to the relative ratio of the occurrence of properties and behaviours. The law of large numbers states that the relative ratio of observed occurrence of properties and behaviours becomes constant when the observation of occurrence of the same kind of properties and

37. Cf. SIMMERT, Sebastian; RENZIKOWSKI, Joachim. *Causa efficiens*. In: BUBLITZ, Jan Chirstoph; BUNG, Jochen; GRÜNDEWALD, Anette; MAGNUS, Dorothea; PUTZKE, Holm; SCHEINFELD, Jörg (Hrsg.). *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag. Teilband I*. Berlin: Duncker & Humblot, 2020, pp. 672-674.

38. Cf. AVEN, Terje; RENN, Ortwin. On risk defined as an event where the outcome is uncertain. *Journal of Risk Research*. Vol. 12, No. 1, 2009. pp. 1-11.

behaviours is repeated infinitely often.[39] This implies that can be ignored those observed individual occurrences that are not consistent with the majority of the observed occurrence. This is because their expected ratio becomes infinitely small in the long run of occurrences. With the law of large numbers, it is therefore possible to generate a compilation of properties and behaviours from the observation of individual cases, which can be used as risk or protective factors for risk assessment in different cases.

In statistics, most authors verify the correctness of the law by referring to Bernoulli's proof of the law.[40] In his proof, he demonstrates that the law is correct within the limits of "abstractam Mathesin"[41]. But like any mathematical proof, this one only shows that the law is correct under the mathematical conditions of an ideal domain of mathematics. This means that a generalisation of findings about an individual is possible if the mathematical conditions hold for the individual. As will be seen below, this is not the case if the individual is understood as an object of the empirical world.

The rejection is primary based on the main feature of the ideal domain of mathematics. It is that its objects are less complex than the objects in the empirical world, as a closer look at two of the mathematical conditions shows.

One of these conditions is that the properties of mathematical objects are pre-set. That is, all the properties of each mathematical object are determined by its own unchangeable definition. They are therefore identical to their definition because they cannot be distinguished from each other. That means that every mathematical object that corresponds with the definition is identical because they are indistinguishable in terms of their properties. In philosophy, these kinds of objects are called universals. Universals refer to an indefinite set of objects and, as concepts, are mind-dependent in their existence. That is, they exist only insofar as they are thought by a mind.

Another condition of the mathematic domain is that all possible behaviours of each mathematical object are determined by the laws of mathematics. This

39. Cf. FAHRMEIR, Ludwig; KÜNSTLER, Rita; PIGEOT, Iris; TUTZ Gerhard. *Statistik. Der Weg zur Datenanalyse*. 7. Auflage. Berlin / Heidelberg: Springer, 2011. p. 312f.

40. Bernoullis proof can be found in: BERNOULLI, Jakob, *Ars Conjectandi, Opus Posthumum: Accedit tractatus De Seriebus Infinitis, Et Epistola Gallice scripta De Ludo Pilæ Reticularis*. Basileae: Thurnisii, 1713. pp. 228-239.

41. BERNOULLI, Jakob, *Ars Conjectandi, Opus Posthumum: Accedit tractatus De Seriebus Infinitis, Et Epistola Gallice scripta De Ludo Pilæ Reticularis*. Basileae: Thurnisii, 1713. p. 228.

means that the actual properties of a mathematical object are only changed by or in accordance with the laws of mathematics. Therefore, under this condition, an object cannot have its own causal effect on other objects. This is because every possible change of objects is determined by the laws of mathematics.

With regard to these two conditions, the lower complexity of the objects in the ideal domain of mathematics is recognisable. In this domain, it is excluded that any object can interact autonomously with each other on the basis a decisions-making process, as is presupposed for some objects in the empirical world. It is thus excluded that an object can determine its behaviour in regard to other objects on basis of a self-formulated rule such as a maxim. This is because all possible behaviours are also determined by the laws of mathematics.

The application of the law of large numbers to the relative ratio of occurrence of properties and behaviours thus presupposed the validity of the mathematical conditions for the individuals in regard to which they are observed. However, these conditions cannot be valid with regard to empirical objects. This is because the properties of empirical objects are not definite by a definition and their behaviour is not determined by the laws of mathematics. They only become definite over time through interaction with other empirical objects. This is especially true for individuals who can interact autonomously because of their own rules of interaction, because such rules are not themselves laws of mathematics. To consider the generalisation of findings about an individual by the law of large numbers to be valid implies denying essential properties of empirical objects. It follows that a prediction of a risk assessment based on this kind of probability does not refer to the empirical world, but to an ideal mathematical domain. This circumscribes the problem of mathematical generalisation.

At first glance, these two problems seem to be related only to actuarial risk assessment tools and the frequentist interpretation of probability. This is because their risk and protective factors are based on data on the offending behaviour of a sample of delinquent persons and the calculation of their statistical relationship to the outcome. But risk assessment tools based on the SPJ approach can also be affected. This is because they primarily use a list of risk and protective factors that also be generated with frequentist methods. In this respect, the Bayesian probability generated by a SPJ tool contains a frequentist probability. Thus, the same problems are included.

3. Validity of Risk-Assessment Tools

The problems highlighted seem to imply theoretically that predictions based on the use of risk-assessment tools cannot be valid for the empiric world. This is

because they refer to the domain of mathematics. Forensic psychologists might object that there are many studies on the validity of risk assessment tools that ensure that the risk assessment tools used are valid.[42]

Most recent empirical studies on the predictive validity or prediction accuracy of risk-assessments use the so-called area-under-curve (AUC) value to determine the validity of such tools.[43] The AUC is a measure from the receiver operating characteristic (ROC) analysis. It indicates the probability that a classifier, such as a risk assessment tool, will correctly categorise a randomly selected person with risk-indicating factors higher than a randomly selected person without risk-indicating factors.[44] The AUC is constituted as the ratio betwixt a test statistic and all correct possible classifications.[45] The latter is referred to in statistics as sensitivity for all true positive categorisations and the 1-specivity for all false positive categorisations.

The AUC can lie in the interval betwixt 0 and 1. An AUC of 1 means that the risk assessment tool has perfect predictability. Thus, the tool would correctly categorise a person in every case and make a correct prediction. In cases where the AUC is betwixt 1 and 0.5, the tool has categorised an individual better than by chance. Anything less than 0.5 is worse than chance and 0.5 is categorisation by chance. An AUC betwixt 0.7 and 0.8 is considered acceptable.

42. Cf. FAZEL, Seena; SINGH, Jay P.; DOLL, Helen; GRANN, Martin. Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24827 people: systematic review and meta-analysis. *The British Medical Journal*. 2012, p. 345: e4692; cf. YANG, Min; WONG, Stephen C.P.; COID, Jeremy. The Efficacy of Violence Prediction: A Meta-Analytical Comparison of Nine Risk Assessment Tools. *Psychological Bulletin*. 2010, Vol. 136, No. 5, pp. 740-767; cf. RAMESH, Taanvi; IGOUMENOU, Artemis; MONTES, Maria Vazquez; FAZEL, Seena. Use of risk assessment instruments to predict violence in forensic psychiatric hospitals: a systematic review and meta-analysis. *European Psychiatry: The Journal of the Association of European Psychiatrists*. Vol. 52, 2018, pp. 47-53.

43. For overviews of studies for commonly used tools in North America and Germany compare: SINGH, Jay P.; KRONER, Daryl G.; WORMITH, J. Stephen; DESMARAIS, Sarah L.; HAMILTON, Zachary (Eds.). *Handbook of Recidivism Risk/Need Assessment Tools*. Chichester: John Wiley & Sons, 2018 and RETTENBERGER, Martin; FRANQUÉ, Fritjof von (Hrsg.). *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*. Göttingen: Hogrefe, 2013.

44. Cf. MOSSMAN, Douglas. Evaluating Risk Assessments Using Receiver Operating Characteristic Analysis: Rationale, Advantages, Insights, and Limitations. *Behavioral Sciences and the Law* (31). 2013. p. 30.

45. Cf. ibid.; cf. EGAN, *James. Signal Detection Theory and ROC Analysis*. New York: Academic Press, 1975. p. 10f.

As Fazel and Bjørkly noted, overreliance on the AUC is a common problem in risk assessment research.[46] The use of the AUC makes it appear that many risk assessment tools are comparable or even useful, because it is independent of base rates. The base rate is the distribution of individuals with factors of interest within a given population. In the abstract theory of statistics, each AUC is formally equal to another AUC. Therefore, in literature, the AUC of different risk assessments are considered as equal to each other.[47]

But the empiric practice of statistics shows that this equality does not exist in material terms. This is because the AUC is constituted in regard to a selected population by which its risk assessment tool is calibrated. Consequently, its validity is limited to this population. This is evident in many problems in the application of risk assessment tools. Although most risk assessment tools have high AUC values in their validation studies, they may perform worse in regard to a population that is different from the population in which the tool was calibrated.[48]

That can be explained by individual structures and features of such a population.[49] A selected population from Brazil, for example, is situated in a culturally specific context and specific socio-economic environment. Another selected population from Germany will be different in these aspects. But these aspects have an impact of the behaviour of individuals in general, with the exception of some rare and extreme behavioural phenomena.[50] Therefore, a tool calibrated in a Brazilian population will prima facie work at best for a Brazilian individual in

46. Cf. FAZEL, Seena; BJØRKLY, Stål. *Methdodological Considerations in Risk Assessment Research*. In: SINGH, Jay P.; BJØRKLY, Stål; FAZEL, Seena (Eds.). *International Perspectives on Violence Risk Assessment*. New York: Oxford University Press. p. 17.

47. Cf. HAMILTON, Zachary; TOLLEFSBOL, Elizabeth Thompson; CAMPAGNA, Michael; WORMER, Jacqueline van. *Customizing Criminal Justice Assessments*. In: TAXMAN, Faye S. (Ed.). *Handbook on Risk and Need Assessment: Theory and Practice*. London and New York: Routledge, 2017. p. 354; cf. GROß, Gregor; STÜBNER, Susanne. *Rezidivraten für kriminelle Rückfälle – ein kurzer Überblick*. In: KOBBÉ, Ulrich (Hrsg.). *Forensische Prognosen. Ein transdisziplinäres Praxismanual. Standards – Leitfäden – Kritik*. Lengerich: Pabst Science Publishers, 2017. p. 111.

48. Cf. FAZEL, Seena; BJØRKLY, Stål. *Methdodological Considerations in Risk Assessment Research*. In: SINGH, Jay P.; BJØRKLY, Stål; FAZEL, Seena (Eds.). *International Perspectives on Violence Risk Assessment*. New York: Oxford University Press. p. 18.

49. Cf. ibid. p. 18 f.

50. Cf. DAHLE, Klaus-Peter. *Psychologische Kriminalprognose. Wege zu einer integrativen Methodik für die Beurteilung der Rückfallwahrscheinlichkeit bei Strafgefangenen*. 2. Auflage. Freiburg: Centaurus, 2010. p. 17f.

Brazil, but not necessarily for a German individual in Germany. This is because the tool indirectly includes factors through the population that an individual with the same cultural and socio-economic background can exhibit.[51]

Furthermore, as Taxman noted, ethnicity, age and gender can also be problematic aspects within a population in which a tool is calibrated.[52] For example, a tool that is primary calibrated in a male population may not take into account static and dynamic factors specific to women. However, female individuals have been shown to differ in many important aspects regarding their offending such as childhood experiences and victimization, criminal history, relationship problems, mental health, substance abuse, self-efficacy, poverty and parental issues.[53] Therefore, a risk assessment tool calibrated in a male population and applied to a female individual is of less validity because the factors used for the assessment are gender biased.

From the perspective of probability theory, these problems are not surprising. In regard of the materials aspects of the AUC value, it is not just the ratio betwixt a test statistic and all correct possible classifications. For the amount of the value additionally indicates how well the risk assessment tool is optimised by using specific factors to categorise the individuals in the population in which it is calibrated. One characteristic of this population is that it consists, among other things, of individuals who have exhibited the behaviour in question for which the tool is designed. Insofar as the AUC value is interpreted as a probability, the assumption seems justified that individuals who have similar characteristics to the part of the population that has shown the behaviour in question will also show this behaviour. This is because this interpretation implies the generalisation of characteristics, so that an individual that is not part of the population can

51. For further expositions on this, see: LOBO, Jorge M.; JIMÉNEZ-VALVERDE, Alberto; REAL, Raimundo, AUC: a misleading measure of the performance of predictive distribution models. *Global Ecology and Biogeography.* (2008) 17. p. 146f.

52. Cf. TAXMAN, Faye S. *Risk Assessment: Where Do We Go From Here?* In: SINGH, Jay P.; KRONER, Daryl G.; WORMITH, J. Stephen; DESMARAIS, Sarah L.; HAMILTON, Zachary (Eds.). *Handbook of Recidivism Risk/Need Assessment Tools*. Chichester: John Wiley & Sons, 2018. p. 277 f.

53. Cf. BROWN, Shelley L. *A review of the women offender risk/need research: In search of gender-neutral, women-salient, and women-specific risk factors* 2017 Nº R-386. Correctional Service Canada. pp. 4-7; cf. VOORHIS, Patricia Van; WRIGHT, Emily M.; SALISBURY, Emily; BAUMANN, Ashley. Women's Risk Factors and their Contributions to existing Risk/Needs Assessment. The Current Status of a Gender-Responsive Supplement. *Criminal Justice and Behavior*. Vol. 37 No. 3, 2010. pp. 263-267.

be categorised as an individual that is of the same kind as the individuals within the population. Therefore, the AUC as measure of validity of a risk assessment tool is only informative in regard to individuals that can be captured by the general characteristics of the population in which the tool is calibrated.

However, this assumption can only hold if it is supposed that a random individual that is not part of the given population is identical to the part of population that has shown the behaviour in question. For in this case the individual can be regarded as an element of the set determined by the characteristics which distinguish the part of population in question from the other parts of the population. The characteristics of the part of population occur as general characteristics of the definition of the set and thus of the similarity of its elements. An assessed individual that has identical characteristics thus appears with a certain probability to belong to the set of individuals that show a special behaviour if they possess the general characteristics.

This conclusion is a fallacy. This is because the individual being assessed necessarily lacks, in material terms, the main characteristic identified on the basis of the statistical relationship betwixt characteristics and behaviours in formal terms. This characteristic is the behaviour that is intended to be predicted based on the application of the risk assessment tool and that distinguishes the category representing the part of population in which the tool was calibrated. Therefore, a newly assessed individual cannot belong to the same set of individuals that have already shown a special behaviour and have the same special characteristics. It follows that an assessment by means of a risk assessment tool calibrated in a special population cannot be a proposition of probability about the future behaviour of an individual or a proposition about the membership of an individual in a category. In this respect, the AUC value is useless in terms of a measure of predictive validity or predictive accuracy.

However, this does not mean that the AUC value is meaningless. Since the AUC value indicates how well a tool can categorise individuals in a given population based on the general characteristics of the individuals, it gives reasons for deciding to look more closely at an individual that has similar general characteristics with individuals in a category of interest. This is because the repeated categorisation process implied by the AUC value provides empirical evidence that justifies the assumption that individuals with similar general characteristics could belong to a given category because individuals with similar general characteristics would be categorised by the tool in the category every time again.

In this respect, it is clear that the result of a risk assessment with one of the common risk assessment tools can only be a proposition about the degree of

similarity betwixt the characteristics of an individual and characteristics of individuals within a given population that are deemed to be general. In this respect, such a proposition says nothing about the future behaviour of an assessed individual, but about its similarity to a given population. Therefore, such risk assessment tools can only be useful as a kind of sieve indicating who should be the subject of a predictive assessment.

4. A philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany

As can be seen from the foregoing, the use of common risk assessment tools for predicting future behaviour is problematic and, in some respects, unapt for this task in general. This is especially true for Germany, because special minimum standards for predictions apply in legal contexts.[54] These includes transparency and comprehensibility, but also, in sum, the full appreciation of the ontogenesis and the personality of the individual. Full appreciation is understood to be the assessment of an individual in terms of its individual characteristics and its known interactions with its environment. This excludes a predictive practice that relies only on the assessment based on general characteristics of groups or statistics.[55]

In order to meet the requirements in the context of violent extremist offending prevention, the so-called *individuelle Risikoanalyse* (individual risk analysis) was developed as a heuristic for the prognostic assessment of an individual. The term heuristic is understood as description for a methodical proceeding that enables it to solve a problem in restricted time with limited resources. The heuristic in question follows a philosophical-hermeneutical approach, which allows the derivation of prognostic statements under certain circumstances. The prognostic propositions extend to a field of different possibilities, which are described as scenarios.

54. Cf. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 05. Februar 2004 - 2 BvR 2029/01 -, Rn. 121 (07.03.2021 http://www.bverfg.de/e/rs20040205_2bvr202901.html); cf. BOETTICHER, Axel; KRÖBER, Hans-Ludwig; MÜLLER-ISBERNER, Rüdiger; BÖHM, Klaus M.; MÜLLER-METZ, Reinhard; WOLF, Thomas. Mindestanforderungen für Prognosegutachten. *NStZ* 2006, pp. 537-544.

55. Cf. BOETTICHER, Axel; KOLLER, Matthias; BÖHM, Klaus Michael; BRETTEL, Hauke; DÖLLING, Dieter; HÖFFLER, Katrin; MÜLLER-METZ, Reinhard; PFISTER, Wolfgang; SCHNEIDER, Ursula; SCHOECH, Heinz; WOLF, Thomas. Empfehlungen für Prognosegutachten: Rechtliche Rahmenbedingungen für Prognosen im Strafverfahren. *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 13, 2019. pp. 305-333.

In the following, a more detailed explanation of the philosophical-hermeneutical foundation is given. That is followed by an overview of the methodological procedure. This sequence in the explanation derives from the fact that the meaning of the methodical procedure can be better understood due to its philosophical-hermeneutical foundation.

4.1. The philosophical-hermeneutical foundation of the individuelle Risikoanalyse

The foundation of the *individuelle Risikonanalyse* is based on various philosophical consideration on epistemology and human actions. Single considerations can be found in a similar way in symbolic interactionism, conceptualism and pragmatism, so that an influence from these directions cannot be denied.

This is already evident in the first assumption underlying the *individuelle Risikoanalyse*. In terms of symbolic interactionism, it is supposed that human interactions are based on meanings.[56] The supposition is justified by the fact that individuals interact with the objects of their living environment according to the meanings they consciously or unconsciously assign to these objects. Thus, one uses a knife differently in a concrete situation if one assign to it, for example, either the meaning of a lethal weapon or the meaning of a tool for peeling fruits. In the first case, the assignment leads to the knife being considered as a tool for committing murder, and in the second case, the knife would be considered as tool for peeling an apple. The ways in which an individual interacts with the objects of his living environment are accordingly dependent on the meanings that they can take into account. However, they can only consider these meanings if they know about them. That is, they must have mental contents that they can apply to their living environment and that are suitable for bringing about changes in their living environment through them. Accordingly, the possibilities of an individual's interaction with their living environment depend on his knowledge of meanings. For without knowing about a meaning, they could not assign a certain meaning to an object. Without the assignment of a meaning, an object cannot be considered for the generation of a certain action.

In general, for the assessment of an individual's capacity to act, it is evident that one must distinguish precisely betwixt the external perspective of an observer on the individual's action and the internal perspective of the agent in generating an

56. Cf. BLUMER, Herbert. *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*. London: University of California Press, 1998 [1969]. p. 2.

action. The internal perspective on actions is always limited by the knowledge of the meanings that objects can have in the generation of a certain action. If this knowledge includes many meanings, a certain action, such as killing a human being, can also be generated in different ways by using different objects.

4.2. The assessment of human behaviour

In a concrete situation, however, the generation of an action only happens in a certain way and not in all the ways that would be possible with regard to the use of different objects. An individual must therefore make a selection from the meanings they know. That is, before generating an action, they must decide that they will consider only certain meanings and which objects they will assign meaning to in order to generate the action in a certain way. With Blumer, this inner mental process that precedes the generation of an action can be called the process of interpretation.[57]

From an external perspective, the main problem in assessing future human behaviour arises from the interpretation process and knowledge. Behaviouristically, it could be argued that one can infer from a generated action the meanings that an individual decided to take into account when generating an action and of which they must have known. However, there is no direct epistemic access to the interpretation process and the knowledge of an individual in the state of an internal perspective. The possibilities that are or would have been available to the agent on the basis of their knowledge of meanings cannot therefore be fully made accessible from the action for an individual in the state of an external perspective.

In order to be able to assess whether an individual could generate a certain action in the future,[58] however, the assessor must know both the knowledge and the conditions under which the interpretation process of the individual to be assessed takes place. Finally, it can only justifiably whether an individual could commit a certain act in the future because it can be stated both whether they have the necessary mental content and under what conditions they would take it into account in a concrete situation. If, for example, an individual to be assessed knows acetone only with the meaning of a nail polish remover and hydrogen peroxide only with the meaning of a bleaching agent, they will use these substances in future only with regard to these meanings. If, on the other hand, it also knew

57. Cf. ibid. p. 5.

58. It should be noted that, from a theoretical point of view, this also applies to assessments that aim to find out whether an individual could have acted differently in the past.

about the meaning of the substances as components of explosives, they could also use them for the specific manufacture of explosives. Without this knowledge of meanings, they could not consider this certain action. As the example illustrated, if an individual to be assessed only has a low level of knowledge of meaning, their possibilities of generating a certain action are also limited. If, in addition, they only consider certain meanings under rarely occurring conditions, it can only be assumed that they will generate a certain action when these conditions occur. This would be the case, for example, with violent offenders who only become violent at certain events, such as Christmas, when family conflicts arise. The occurrence of family conflicts can be a condition here by which a knife can be considered by the individual to be assessed in the meaning of a lethal weapon, but does not necessarily have to be.

Accordingly, a prognostic assessment can only be successful if the assessor is able to adapt their external perspective in such a way that it is as congruent as possible with the internal perspective of the agent in generating their actions. I.e., the assessor must grasp the relationships and components by which the internal perspective of an agent in the generation of their actions can be determined. Such a process is called "understanding" in the tradition of hermeneutics.

4.2.1. The knowledge of meanings

Adapting one's perspective to an individual's knowledge of meaning and decision-making process is problematic in epistemological terms. This emerges from Blumer's position when he points out that meanings are constituted through social interactions.[59] By interacting with other individuals or objects in a certain way, individuals determine the meaning of the individuals and objects they interact with.[60] By observing the interactions or by interacting oneself, these meanings can be learned or recognised.[61] But this implies an essential difference in the meaning knowledge of different individuals. Individuals who have observed different interactions with regard to the same objects or have interacted with them in different ways necessarily acquire different knowledge of meaning.

At first glance, this position is questionable, since it is incomprehensible how individuals can determine meanings on the basis of interactions. An analysis of

59. Cf. BLUMER, Herbert. *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*. London: University of California Press, 1998 [1969]. p. 2.

60. Cf. ibid. p. 11.

61. Cf. ibid. p. 11f.

the concept of meaning provides clarity on this. As Ogden and Richard's analysis of the concept of meaning shows, its formal characteristic is that it states a relation of equality betwixt arbitrary relata.[62] The term "relata" here describes entities that have determinable relations to other entities. Following Heidegger, this relation of equality can be understood more precisely as an "as-structure". For the structure it is characteristic that through a mind in the process of understanding, "something is grasped as something" in general.[63] That is, by defining the relationship betwixt any arbitrary relata, one expresses the content determination of one relatum through the content determination of the other relatum. Thus, it depends on the determination of the equality relation by a mind, for example, whether a certain perception is expressed by a mental content, such as a concept. Because the relation of equality is only determined by a mind, and thus a meaning cannot be determined without a mind, it must itself, however, be a mental content. According to this a meaning is generally a special mental content, because it exclusively expresses a mind-dependent, relational determination. If two individuals refer their relata to the same thing, e.g. to a mental content and a performed action, both must therefore have the same mental content in the form of a meaning in formal terms alone.

In material terms, however, the determination of the content of this meaning can differ. After all, the determinations of a mind can only happen within the limits of the mental contents that an individual has produced in the course of their life through their cognitive formation process.[64] For on the basis of the mental contents, which are produced consciously from the study of theories or unconsciously from learning the mother tongue, for example, individuals structure their living environment by assigning the mental contents to the components and processes in the world and thereby designating them and determining their meanings in terms of content.[65] Therefore, from the existence of a mental content

62. Cf. OGDEN, Charles Kay; RICHARDS, Ivor Armstrong. *The meaning of meaning: a study of the influence of language upon thought and of the science of symbolism. With supplementary Essays by B. Malinowski and F.G. Crookshank. Introduced by Umberto Eco*. San Diego, New York, London: Harcourt Brace Jovanovich, 1989 [1923]. pp. 185-208.

63. Cf. HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967. pp. 148-153.

64. Cf. SIMMERT, Sebastian. *Probabilismus und Wahrheit. Eine historische und systematische Analyse zum Wahrscheinlichkeitsbegriff*. Wiesbaden: Springer VS, 2017. pp. 330-332.

65. Cf. also: POPPER, Karl. Logik der Forschung. 11. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005 [1935]. p. 36f.

depends whether a content determination and which one can be assigned to a relatum by the mind of an individual.[66] Individuals who refer the relata of a meaning to the same thing but have different mental contents thus also have a different content determination of a meaning.

4.2.2. Meaning and Interaction

From the formal as well as material point of view on the concept of meaning, a structural equality to interaction can now be realised, which enables the understanding of the internal perspective of an agent from the external perspective. Just like meanings, interactions also refer to relata. However, the relata are exclusively thought-independent components of the world through which individuals can successively carry out certain changes in it by specifically relating them to each other. Through an interaction, therefore, a change occurs betwixt the components of the world.

The arrangement of such a change by an individual presupposes that it can distinguish both the components of the change and the change itself from other components and changes in the world. Otherwise, it would neither be able to refer specifically to individual components of the world, nor could it relate them to each other in a certain way. Because on one hand, in this case the components of the change would be indeterminate for the individual and, on the other hand, it would be indeterminate for they which changes they could bring about by themselves, because they would not be able to distinguish self-produced changes from the natural changes in the world. If such distinctions occur in humans on the foundation of mental contents, two things are recognisable from an interaction. On the one hand, that an individual has mental content with regard to certain components of the world. On the other hand, that it has mental contents that relate to the changes that take place during the interaction. In short, based on the interaction, it is recognisable that both certain components and certain changes in the world have certain meanings for an individual in terms of content.

By observing the interaction of an agent or by interacting with they oneself, it is accordingly possible to recognise which components of the world and which changes in it have meaning from the internal perspective of an agent. In this respect, therefore, the internal perspective of an agent can be understood from an external perspective.

66. Cf. also: QUINE, Willard Van Omar. Two Dogmas of Empiricism. In: QUINE, Willard Van Omar. *From a Logical Point of View. Nine Logico-Philosophical Essays. Second Edition, revised*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980. pp. 42-46.

4.2.3. "Auslegung" in the sense of critical hermeneutics

This process of understanding cannot include the content determinations of meanings because it does not extend to the mental contents that an individual assigns to the components of the world and changes during an interaction. It therefore remains limited to the level of recognition that something formally has meaning for an individual. As is typical of any hermeneutics, such a limit can be crossed by an "*Auslegung*"[67]: something close to an act of interpretation of what is known to have meaning, but which exactly is not known. An *Auslegung* is a methodical procedure that makes it possible to determine the content of meanings.

According to Dilthey, the determination of the content of meaning in *Auslegung* is based on the mental content of an interpreter who recognises in the object of *Auslegung* some characteristics to which their mental content can be assigned.[68] With regard to the as-structure of meaning mentioned above, this means that in a process of *Auslegung*, the object of *Auslegung* is regarded *as* a known mental content. Even if the object of *Auslegung* initially remains incomprehensible in some aspects of content, because it is only grasped by a mind within the framework of the known mental content, it only becomes partially comprehensible to the interpreter and accessible to further processing by them. For if no mental content could be assigned to the object of *Auslegung*, it would remain completely indeterminate for the interpreter. That is, the interpreter could not determine as what they have to grasp the object of *Auslegung*. An *Auslegung*

67. In the English literature on hermeneutics, *Auslegung* is usually translated according to a translation for the etymological origin of the word hermeneutic (i.e. ἑρμηνεία) with the word *interpretation*. A closer look at the etymology of the word hermeneutic as well as the history of hermeneutics reveal that this translation alone is inaccurate. For the word ἑρμηνεία on the one hand includes several different levels of meaning (e.g. explain, predicate, transfer the speech from one language into another language). (Cf. PAPE, Wilhelm. *Handwörterbuch der griechischen Sprache. Griechisch-deutsches Handwörterbuch, Bd. 1: A-K bearbeitet von Max Sengebusch*, 3. Auflage, 6. Abdruck. Braunschweig: Vieweg & Sohn, 1914. p. 1032). On the other hand, the levels of meaning have always been determined differently depending on the originator of a hermeneutic. (Cf. for an overview: JOISTEN, Karen. *Philosophische Hermeneutik*. Berlin: Akademieverlag, 2009. as well as FORSTER, Michael N.; GJESDAL, Kristin (Eds.). *The Cambridge Companion to Hermeneutics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019). Therefore, the German term *Auslegung* is used in the text with its specifical meaning.

68. Cf. DILTHEY, Wilhelm. Die Entstehung der Hermeneutik (1900). In: DILTHEY, Wilhelm. *Gesammelte Schriften. V. Band. Die Geistige Welt. Einleitung in die Philosophie des Lebens. Erste Hälfte. Abhandlung zur Grundlegung der Geisteswissenschaften*. 4., unveränderte Auflage. Stuttgart: Teubner, 1964. p. 318f.

would therefore not be possible. For it would remain undetermined whereupon the methodical procedure for determining the content of meaning refers to.[69]

The individuelle Risikoanalyse makes use of the theoretical considerations of *critical hermeneutics*[70] with regard to *Auslegung*. The *Auslegung* of critical hermeneutics aims, in addition to determining the meaning of an object of *Auslegung* in terms of content, to acquire the conditions of the possibility of the determinations of content. This is methodically done on the basis of information-based hypothesising. Information-based hypothesising means that mental contents are first assigned to the object of *Auslegung* on the foundation of existing knowledge about the object as well as other existing and assured knowledge. During hypothesising, a plausibility assessment is carried out to check whether the assigned mental contents can be content determinations of the meaning of the object of *Auslegung*. Following the Bayesian probability theory, *plausible* means that the assumption of the existence of a certain mental content in regard to the object of *Auslegung* can be better supported on the basis of the available information about the object than the opposite assumption.[71] Mental contents that have been classified as plausible content determinations of meanings are questioned in a further step with regard to the conditions by which the possibility of their existence in regard to the object of *Auslegung* can be explained.[72]

In the framework of *individuelle Risikoanalyse*, this procedure enables the assessors to systematically access both the knowledge of meaning and the decision-making process of an individual's internal perspective as plausible

69. Cf. DILTHEY, Wilhelm. *Gesammelte Schriften VII. Band. Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*. 2., unveränderte Auflage. Stuttgart: Teubner, 1958. p. 225.

70. The critical hermeneutics is currently only implicit in the theory and heuristics of individuelle Risikoanalyse and exists fragmentary in some of the works of the author of this article.

71. CF. TSCHIRK, Wolfgang. *Bayes-Statistik für Human- und Sozialwissenschaften*. Berlin: Springer Nature, 2019. pp. 16-19; cf. JAYNES, Edwin Thompson; BRETTHORST, G. Larry. *Probability theory. The logic of science*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. pp. 5-50.

72. At this point, it should be mentioned that the procedure is based on a certain understanding of logical conclusion procedures of induction, abduction and deduction. For detailed explanations, see: SIMMERT, Sebastian. *Theorie und Heuristik der individuellen Risikoanalyse*. Baden-Baden: Tectum, 2021. pp. 104-140 und SIMMERT, Sebastian. *Probabilismus und Wahrheit. Eine historische und systematische Analyse zum Wahrscheinlichkeitsbegriff*. Wiesbaden: Springer VS, 2017. pp. 327-357.

reconstructions from an external perspective. The reconstruction of meaning knowledge is done by assigning and assessing the plausibility of mental contents with regard to the moments in which an individual acted. The decision-making processes, on the other hand, are reconstructed by questioning the conditions that explain the possibility of the existence of certain components of meaning knowledge with regard to individual action situations.

4.2.4. Basis of information

In order for a plausible reconstruction of the knowledge of meaning and the decision-making process to succeed, there must be access to information about an individual including their interactions, which at the same time guarantees methodical access to this information. As sociologist Ulrich Oevermann has pointed out with his writings on objective hermeneutics, documented behaviours provide access to interactions.[73] Documented behaviours are products that exist as a result of an individual's interaction with their living environment. They may take the form of written, video or audio recordings, for example, either of a particular individual themselves or of individuals who have recorded their behaviour.[74]

Characteristic of such documented behaviours is that they record both the components of an interaction and their relationship to each other as well as their successive changes. From a structuralist point of view, a documented behaviour thus has a structure that is specific to it. This is because the recorded components of the interaction and their recorded changes form a whole that is necessary to produce the interaction itself.[75] In other words, as Deleuze points out, the interaction is only constituted as interaction in its respective recorded meaning on

73. Cf. LEBER, Martina; OEVERMANN, Ulrich. Möglichkeiten der Therapieverlaufs-Analyse in der objektiven Hermeneutik. Eine exemplarische Analyse der ersten Minuten einer Fokaltherapie. In: GARZ, Detlef; KRAIMER, Klaus (Hrsg.). *Die Welt als Text. Theorie, Kritik und Praxis der objektiven Hermeneutik*. 3. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2016. pp. 383-386.

74. Cf. OEVERMANN, Ulrich. Die elementare Problematik der Datenlage in der quantifizierenden Bildungs- und Sozialforschung. *Sozialer Sinn* 5, 2004. p. 427; cf. OEVERMANN, Ulrich. *Klinische Soziologie auf der Basis der Methodologie der objektiven Hermeneutik – Manifest der objektiv hermeneutischen Sozialforschung*. 2002. p. 19. (06.03.2021 https://www.ihsk.de/publikationen/Ulrich_Oevermann-Manifest_der_objektiv_hermeneutischen_Sozialforschung.pdf)

75. Cf. PIAGET, Jean. *Der Strukturalismus*. Stuttgart: J. G. Cotta'sche Buchhandlung, 1973. pp. 17-20 as well as cf. DELEUZE, Gilles. *Woran erkennt man den Strukturalismus?* Berlin: Merve Verlag, 1992 [1973]. p. 28.

the basis of the recorded components and their specific recorded changes.[76] The recorded changes in relations also reflect a certain orderly procedure of events that does not exceed a certain state of change, because with its realisation the interaction has taken place.[77]

Due to the fact that the documented behaviour is ideally solely the product of the individual interacting with their living environment, the structure of the documented behaviour can be transferred to the interaction itself. Without interaction, the documented behaviour would not exist in the corresponding form. According to this, any knowledge about the structure of a documented behaviour can also be transferred to the interaction of an individual. One of these insights is that a structure can only be constituted by following a rule. For if a rule prescribes what is to be done in order to realise a certain state in the world, it is only by following it that one can interact specifically with one's own living environment. Thus, there can be no structure of interaction without a rule, because without a rule there would be not interaction. The knowledge of a rule therefore proves to be the condition of the possibility for an individual to interact with its living environment at all.

If documented behaviours are understood in this structuralist way, it is evident that through their structure it is possible to determine which rule must underlie an interaction in order to produce it, and therefore had to be known by an individual when it was produced. Moreover, through the recorded structure of interactions, it is always possible to access their components and changes to which an individual has assigned meaning. The structure can therefore methodically access an individual's knowledge of meaning. However, this also applies to the decision-making process. After all, a concrete structure only exists if it evolves successively within an interaction through the conscious or unconscious decision of an individual for or against following the rule of the interaction at each moment. This means two things. On the one hand, the individual decides at eachmoment for a certain way of following the rule of the interaction by realising a certain alternative action that is possible with regard to the rule. On the other hand, it means that at the same time it decides against the realisation of other possible alternative actions that would be components of other interactions.

76. Cf. DELEUZE, Gilles. Woran erkennt man den Strukturalismus? Berlin: Merve Verlag, 1992 [1973]. p. 18. For special characteristics in this regard, see: DELEUZE, Gilles. *Logik des Sinns*. 8. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2017 [1969]. pp. 71-75.

77. Cf. PIAGET, Jean. *Der Strukturalismus*. Stuttgart: J. G. Cotta'sche Buchhandlung, 1973. pp 20-25.

4.2.5. Methodological procedure

For the reconstruction of the knowledge of meaning as well as the decision-making process on the basis of documented behaviour, the methodological problem arises from the fact that they can both only reconstructed generically. The mental content that an individual assigns to a component of an interaction at a particular moment depends on which alternative action they consciously or unconsciously decide to realise at the specific moment and which they do not. According to this, the assignment and plausibility assessment of mental contents as well as the questioning of the conditions of their existence in the individual action situation can also only take place by considering the temporal order of existing documented behaviours as well as by taking a prospective view of the individual moments of an interaction.

4.2.5.1. Sequence analysis

Adherence to chronology as well as taking a prospective view is ensured in the *individuelle Risikoanalayse* by applying the method of sequence analysis. Sequence analysis is a hermeneutic procedure whose basic principle has been definitive since Schleiermacher[78] at the latest and which has been modified in social research for the analysis of action structures.[79] In its application, the documented behaviour is divided into so-called sequences. Sequences are distinguishable units of meaning that represent the structure-forming elements of an interaction within a documented behaviour. Since documented behavioural always records several situations of action through which the interaction is constituted as a whole, each situation of action is to be understood as a unit of meaning.

The objective of a sequence analysis is to reconstruct a structure of meaning according to its genesis and the rules by which it can be constituted.[80] I.e., it is intended to presenting in detail dependency relationships betwixt the units of meaning, which provided information on whether and in what way the

78. Cf. SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermeneutik und Kritik. Mit einem Anhang sprachphilosophischer Texte Schleiermachers. Herausgegeben und eingeleitet von Manfred Frank*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977. p. 94.

79. Cf. REICHERTZ, Jo. *Qualitative und interpretative Sozialforschung. Eine Einladung*. Wiesbaden: Springer VS, 2016. p. 259.

80. Cf. ibid. p. 261f.; cf. DÖRING, Nicola; BORTZ, Jürgen. Datenanalyse. In: DÖRING, Nicola; BORTZ, Jürgen (Hrsg.). *Forschungsmethoden und Evaluation in den Sozial- und Humanwissenschaften*, 5. Auflage. Berlin, Heidelberg: Springer, 2016. p. 602.

content-related determinations of the meanings within a unit of meaning are influenced by the meanings of other units of meaning. In regard to action situations of an interaction, these dependency relationships exist, for example, in the fact that some action situations temporally presuppose other action situations or that possible causal processes are created by a certain action situation, which temporally enable the realisation of different action alternatives in another interaction much later.

By presenting in detail these relationships through sequence analysis within the documented behaviours, it is possible to determine what was to be done from the individual's point of view, or what needs to be done to realise the particular interaction. The sequence analysis thus only provides information about the points in time at which an individual has to make a decision and which knowledge of meaning they cannot have at individual points in time, because they can only acquire this through later action situations. A content-related determination of the knowledge of meaning is therefore not possible through the sequence analysis.

4.2.5.2. Methode of constant comparison

In order to be able to reconstruct the knowledge of meaning, the method of constant comparison developed by Glaser and Strauss is used in the *individuelle Risikoanalyse*. The method of constant comparison aims at generating knowledge about phenomena through category formation and category comparison in a communicative process.[81] In the sense of Dewey's concept of an inquiry,[82] the sequences are first analysed with the help of categorical questions (e.g., Who? What? How long? Where?). By answering these questions, concepts are formed for each sequence individually, through which the components of an action situation as well as their relationships to each other can be stated. The concepts refer solely to the sequence and thus to the action situation for which they were formed. The formation of concepts is thus inductive, because one does not rely on predefined concepts, but only on the information given by the sequence.[83]

81. Cf. GLASER, Barney G.; STRAUSS, Anselm L. *The Discovery of Grounded Theory. Strategies for Qualitative Research*. 4. Print. Chicago: Aldine, 1971. pp. 105-107.

82. Cf. DEWEY, John. *The Later Works of John Dewey, 1925-1953. Volume 12: 1938. Edited by Jo Ann Boydston. With an Introduction by Ernest Nagel*. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1991. p. 109.

83. Cf. STÜBING, Jörg. *Grounded Theory. Zur sozialtheoretischen und epistemologischen Fundierung eines pramatistischen Forschungsstils*. 3. Auflage. Wiesbaden: Springer VS, 2014. pp. 52-55.

This creates the problem that a concept formed by an assessor is not necessarily understood by others. Therefore, an explanation must be provided for each concept and, if necessary, it must be discussed to what extent the concept corresponds to the components of an action situation and their relationships to each other. If the explanation is accepted by all assessors, it is attached to the concept for the sequence.

In a further step, the concepts that have been formed for the sequences are compared with each other by the assessors and examined with regard to existing similarities in their definitions.[84] If, for example, a concept of sexual assault can be formed for different sequences and this is roughly defined with the concepts "number of persons", "intrusion into the intimate area", "use of violence", the concepts of the individual sequences are identical at first glance. Since the concepts refer to the individual sequences and this also the concepts of their definition, they only show a similarity. This only becomes apparent by comparing the concepts in the definition. Because they refer to the sequences on the basis of which they were formed, their meaning can be present in a different form. For example, the concept "use of violence" can refer to an action of low intensity in one sequence and of high intensity in another.

With regard to the sequences, this results in a difference in meaning, which is explained in a further step on the basis of information about the person to be assessed as well as the theoretical and practical knowledge of the assessors through abductive conclusions in the sense of an inference of best explanation. In order to do so, one assesses whether the previously formed concepts can be supported by further information known to the person as well as assured knowledge and this, if necessary, whether conditions can be named which, on the one hand, lead to a change in the meaning of a sequence and, on the other hand, can explain the differences in meaning.

This can be illustrated by an example. For example, several sequences can be thought of in which it is described that a person has injured other people with different tools. Based on the sequences, a concept of bodily harm can be formed in each case, which includes the concept of toll in its definition. In some of the imagined sequences, the term tool refers to the use of stones. If it is known about the person that they have educated in a very radical Christian way and in isolation from others, and that the injured persons said the name "Jehovah", this

84. For more detailed explanations of the procedure of comparison, see: STRAUSS, Anselm, CORBIN, Juliet. *Basis of Qualitative Research. Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*. Second Edition. Thousand Oaks: SAGE, 1998. pp. 78-85.

information could be used to explain the differences in the sequences as well as to indicate conditions by which the differences in meaning are justified. For such a person, the mentioning of the name "Jehovah" is a kind of blasphemy. According to this, under the condition of mentioning the name, the person follows the rule from the Book of Leviticus that such a person is to be stoned to death.[85] For the acting person, causing bodily harm in the respective situation of action is thus an appropriate way of acting against blasphemy.

In order for such an explanation to be considered plausible within the *individuelle Risikoanalyse*, it must, entirely in the sense of critical hermeneutics, meet structural standard criteria for abductive reasoning.[86] Thus, the explanation must have a derivation relationship that consist of the information known to the person or assured knowledge and the concepts formed. In addition, the concepts within the explanation must be logically consistent. This means that there must be no logical contradiction with regard to their definitions. Ultimately, the information known to the person or the assured knowledge must be explanatory for the concepts formed. I.e., the concepts formed with regard to the sequences must not be part of the added information or the assured knowledge. This excludes the possibility that an explanation is circular. A verification on the extent to which these criteria are met is again carried out by the fact that every explanation must be justified within a discussion. If the justification is accepted by all assessors, it is attached to the explanation.

By carrying out an assessment for all formed terms taking into account the criteria mentioned, one can progressively reconstruct which mental contents the individual to be assessed has assigned to the components of an interaction and which rules they must have decided to follow. Furthermore, it can be reconstructed under which conditions they decide to assign the mental contents. According to Dahle, both reconstructions in the criminal prognostic context correspond to the components of an individual theory of action, without which a reliable prognostic assessment would not be possible. For only through them is it possible to make a well-founded statement about the general conditions under which a certain individual could carry out individual behaviour.[87] After all, an

85. Cf. *Biblia Sacra Iuxta Vulgatam Versionem*. 4. Auflage. Stuttgart: Deutsche Bibelgesellschaft. p.169: Lv 24, 10-16.

86. For more details on the criteria, see: ALISEDA, Atocha. *Abductive Reasoning. Logical Investigations into Discovery and Explanation*. Dordrecht: Springer, 2006. p. 71f.

87. Cf. DAHLE, Klaus-Peter. *Psychologische Kriminalprognose. Wege zu einer integrativen Methodik für die Beurteilung der Rückfallwahrscheinlichkeit bei Strafgefangenen*. 2. Auflage. Freiburg: Centaurus, 2010. p. 73f.

individual theory of action ideally represents the closest possible approximation of the internal perspective of an agent from the external perspective of an assessor.

4.2.5.3. Prognostic Assessment

In order to be able to prognostically assess, on the basis of such an individual theory of action, which behaviours the individual to be assessed might commit in the future, their current living environment must be known. This is due to the historicity of the conditions that the individual theory of action contains. Not all of the conditions have to be present in the living environment of an individual at the present time. For example, if an individual's decisions were influenced in the past by visits to a friend, these visits can no langer be taken into account as influencing conditions at a present time if the friend is dead. Statements about the present living environment of the individual to be assessed thus serve on the one hand to specify which conditions will still come into consideration in the future, but on the other hand they also serve to reveal potential new conditions that could become influential for the decisions of the individual in the future. The latter include, for example, conditions of human life, such as the imminent birth of a child.

From a logical point of view, it can be stated that the individual theory of action as well as the statements about the present living environment of an individual represent premises from which different prognostic statements can be derived. Depending on which conditions from the individual theory of action are taken into account, different possible developmental trajectories can be described by the statements about present living environment.[88] The description of such a developmental trajectory is understood as a scenario in individual Risikoanalyse, based on the scenario technique developed by Hermann Kahn.[89] Depending on whether many or few conditions are expected to occur in the future by which an

88. At this point, it should be pointed out that the prognostic assessment is based on a modal-logical model that understands the individual theory of action as well as the statements about the present living environment in the mode of possibility de re. According to this, the derived prognostic statement is also a statement in the mode od possibility de re. That is, the description of the developmental courses is not about "only" conceivable possibilities of future states, but about possibilities that can demonstrably exist due to the properties of things in the world. Cf. to this: SIMMERT, Sebastian. *Theorie und Heuristik der individuellen Risikoanalyse*. Baden-Baden: Tectum, 2021. pp. 140-182.

89. Cf. BLASCHE, Ute G. Die Szenariotechnik als Modell für komplexe Probleme. Mit Unsicherheiten leben lernen. In: WILMS, Falko E. P. (Hrsg.). *Szenariotechnik. Vom*

individual decides for or against carrying out offending acts, these are either positive or negative scenarios. Positive scenarios describe developmental trajectories that mainly involve conditions that do not anticipate decisions to engage in offending behaviour. Negative scenarios, on the other hand, describe the opposite.

By deriving all possible prognostic statements that can be derived on the basis of the individual theory of action and statements about an individual's present living environment, a multitude of different positive and negative scenarios can be described. The totality of the scenarios formed represents the prognostic assessment of the individual in the *individuelle Risikoanalyse*. Through them, the possibility space of future behaviours is recognisable, which is based solely on the knowledge about the behaviours and influencing factors of the decision-making processes of an individual. The possibility space this reflects which future behaviours can be expected based on the individual's previous life and personality.

5. Conclusion

The early identification of potential offenders is methodologically a serious challenge. As could be seen, the application of risk assessment tools based on quantitative methods is particularly fraught with problems in this regard. This is because statements made on the basis of the application of mathematical procedures to components of the empirical world presuppose the validity of mathematical conditions for these components. Mathematical conditions do not necessarily apply to humans, so that a prognostic assessment based solely on the application of such instruments cannot be comprehensibly justified. This is because it would not take into account the fact that people orient their behaviour and decision-making process to individually changeable conditions. In this respect, the problems are due to the fact that the users of such mathematical methods do not reflect on the scientific-theoretical foundation of their application before they apply the methods.

However, as has been shown, an investigation and prognostic assessment is feasible through a qualitative approach such as the *individuelle Risikoanalyse*. Compared to the use of standardised risk assessment tools such a procedure is much more complex and requires philosophical and hermeneutic knowledge on the part of the user. Its conduct is therefore also much more time-consuming.

Umgang mit der Zukunft. Bern: Haupt, 2006. p. 68; cf. VAN DER HEIJDEN, Kees. *Scenarios. The Art of Strategic Conversation*. Chichester: John Wiley & Sons, 1996. p. 15.

Nevertheless, only such a procedure guarantees that a prognostic assessment is comprehensible and that all aspects of an individual are taken into account as far as possible. Given that in the context of counter-terrorism, prognostic assessments are usually the foundation for initiating preventive measures that can have serious impact on a person's life, the higher complexity as well as the greater expenditure of time of such a procedure is, however, a small price to pay for avoiding wrong decisions.

6. References

ALISEDA, Atocha. *Abductive Reasoning. Logical Investigations into Discovery and Explanation*. Dordrecht: Springer, 2006.

AVEN, Terje. *Quantitative Risk Assessment. The Scientific Platform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

AVEN, Terje; RENN, Ortwin. On risk defined as an event where the outcome is uncertain. *Journal of Risk Research*. Vol. 12, No. 1, 2009. pp. 1-11.

BARTOL, Curt R.; BARTOL, Anne M. *Criminal & Behavioral Profiling*. Thousand Oaks: Sage, 2013.

BERNOULLI, Jakob, *Ars Conjectandi, Opus Posthumum: Accedit tractatus De Seriebus Infinitis, Et Epistola Gallice scripta De Ludo Pilæ Reticularis*. Basileae: Thurnisii, 1713.

BLASCHE, Ute G. Die Szenariotechnik als Modell für komplexe Probleme. Mit Unsicherheiten leben lernen. In: WILMS, Falko E. P. (Hrsg.). *Szenariotechnik. Vom Umgang mit der Zukunft*. Bern: Haupt, 2006. pp. 61-92.

BLUMER, Herbert. *Symbolic Interactionism. Perspective and Method*. London: University of California Press, 1998 [1969].

BOETTICHER, Axel; KOLLER, Matthias; BÖHM, Klaus Michael; BRETTEL, Hauke; DÖLLING, Dieter; HÖFFLER, Katrin; MÜLLER-METZ, Reinhard; PFISTER, Wolfgang; SCHNEIDER, Ursula; SCHOECH, Heinz; WOLF, Thomas. Empfehlungen für Prognosegutachten: Rechtliche Rahmenbedingungen für Prognosen im Strafverfahren. *Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie* 13, 2019. pp. 305-333.

BOETTICHER, Axel; KRÖBER, Hans-Ludwig; MÜLLER-ISBERNER, Rüdiger; BÖHM, Klaus M.; MÜLLER-METZ, Reinhard; WOLF, Thomas. Mindestanforderungen für Prognosegutachten. *NStZ* 26 (2006). pp. 537-544.

BOOK OF LEVITICUS. *In*: *Biblia Sacra Iuxta Vulgatam Versionem*. 4. Auflage. Stuttgart: Deutsche Bibelgesellschaft.

BROWN, Shelley L. *A review of the women offender risk/need research: In search of gender-neutral, women-salient, and women-specific risk factors* 2017 Nº R-386. Correctional Service Canada.

BURRELL, William. *Risk and Needs Assessment in Probation and Parole. The Persistent Gap Between Promise and Practice*. In: TAXMAN, Faye S. (Ed.). *Handbook on Risk and Need Assessment: Theory and Practice*. London and New York: Routledge, 2017. pp. 23-48.

DAHLE, Klaus-Peter. *Psychologische Kriminalprognose. Wege zu einer integrativen Methodik für die Beurteilung der Rückfallwahrscheinlichkeit bei Strafgefangenen*. 2. Auflage. Freiburg: Centaurus, 2010.

DELEUZE, Gilles. *Logik des Sinns*. 8. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2017 [1969].

DELEUZE, Gilles. *Woran erkennt man den Strukturalismus?* Berlin: Merve Verlag, 1992 [1973].

DEWEY, John. *The Later Works of John Dewey, 1925-1953. Volume 12: 1938. Edited by Jo Ann Boydston. With an Introduction by Ernest Nagel*. Carbondale and Edwardsville: Southern Illinois University Press, 1991.

DILTHEY, Wilhelm. Die Entstehung der Hermeneutik (1900). In: DILTHEY, Wilhelm. *Gesammelte Schriften. V. Band. Die Geistige Welt. Einleitung in die Philosophie des Lebens. Erste Hälfte. Abhandlung zur Grundlegung der Geisteswissenschaften*. 4., unveränderte Auflage. Stuttgart: Teubner, 1964. pp. 317-338.

DILTHEY, Wilhelm. *Gesammelte Schriften VII. Band. Der Aufbau der geschichtlichen Welt in den Geisteswissenschaften*. 2., unveränderte Auflage. Stuttgart: Teubner, 1958.

DÖRING, Nicola; BORTZ, Jürgen. Datenanalyse. In: DÖRING, Nicola; BORTZ, Jürgen (Hrsg.). *Forschungsmethoden und Evaluation in den Sozial- und Humanwissenschaften*, 5. Auflage. Berlin, Heidelberg: Springer, 2016. pp. 597-784.

EGAN, *James. Signal Detection Theory and ROC Analysis*. New York: Academic Press, 1975.

FAHRMEIR, Ludwig; KÜNSTLER, Rita; PIGEOT, Iris; TUTZ Gerhard. *Statistik. Der Weg zur Datenanalyse*. 7. Auflage. Berlin / Heidelberg: Springer, 2011.

FAZEL, Seena; BJØRKLY, Stål. *Methdodological Considerations in Risk Assessment Research*. In: SINGH, Jay P.; BJØRKLY, Stål; FAZEL, Seena (Eds.). *International Perspectives on Violence Risk Assessment*. New York: Oxford University Press. pp. 16-25.

FAZEL, Seena; SINGH, Jay P.; DOLL, Helen; GRANN, Martin. Use of risk assessment instruments to predict violence and antisocial behaviour in 73 samples involving 24827 people: systematic review and meta-analysis. *The British Medical Journal*. 2012. (06.03.2021 https://www.bmj.com/content/bmj/345/bmj.e4692.full.pdf).

FORSTER, Michael N.; GJESDAL, Kristin (Eds.). *The Cambridge Companion to Hermeneutics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

FRANQUÉ, Fritjof von. *Strukturierte, professionelle Risikobeurteilungen*. In: RETTENBERGER, Martin; FRANQUÉ, Fritjof von (Hrsg.). *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*. Göttingen: Hogrefe, 2013, pp. 357-380.

FRANQUÉ, Fritjof; von; RETTENBERGER, Martin. *Verfahren strukturierter-professioneller Urteilsbildung*. In: KOBBÉ, Ulrich (Hrsg.). *Forensische Prognosen. Ein transdisziplinäres Praxismanual. Standards – Leitfäden – Kritik*. Lengerich: Pabst Science Publishers, 2017. pp. 77-86.

GLASER, Barney G.; STRAUSS, Anselm L. *The Discovery of Grounded Theory. Strategies for Qualitative Research*. 4. Print. Chicago: Aldine, 1971.

GROß, Gregor; STÜBNER, Susanne. *Rezidivraten für kriminelle Rückfälle – ein kurzer Überblick*. In: KOBBÉ, Ulrich (Hrsg.). *Forensische Prognosen. Ein transdisziplinäres Praxismanual. Standards – Leitfäden – Kritik*. Lengerich: Pabst Science Publishers, 2017. pp. 109-120.

HAMILTON, Zachary; TOLLEFSBOL, Elizabeth Thompson; CAMPAGNA, Michael; WORMER, Jacqueline van. *Customizing Criminal Justice Assessments*. In: TAXMAN, Faye S. (Ed.). *Handbook on Risk and Need Assessment: Theory and Practice*. London and New York: Routledge, 2017. pp. 333-377.

HEIDEGGER, Martin. *Sein und Zeit*. Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 1967.

HÖFFLER, Katrin; SOMMERER, Lucia M.; GATZMAGA, Felix. Radikalisierung im digitalen Zeitalter entschlüsseln – Prognosen ermöglichen? *Neue Kriminalpolitik* 29 (2017), Heft 4. pp. 424-439.

JAYNES, Edwin Thompson; BRETTHORST, G. Larry. *Probability theory. The logic of science*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

JOISTEN, Karen. *Philosophische Hermeneutik*. Berlin: Akademieverlag, 2009.

LEBER, Martina; OEVERMANN, Ulrich. Möglichkeiten der Therapieverlaufs-Analyse in der objektiven Hermeneutik. Eine exemplarische Analyse der ersten Minuten einer Fokaltherapie. In: GARZ, Detlef; KRAIMER, Klaus (Hrsg.). *Die Welt als Text. Theorie, Kritik und Praxis der objektiven Hermeneutik*. 3. Auflage. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2016. pp. 383-438.

LLOYD, Monica; DEAN, Cristopher. The development of structured guidelines for assessing risk in extremist offenders. *Journal of Threat Assessment and Management*, Vol. 2, No.1, 2015. pp. 40-52.

LOBO, Jorge M.; JIMÉNEZ-VALVERDE, Alberto; REAL, Raimundo, AUC: a misleading measure of the performance of predictive distribution models. *Global Ecology and Biogeography.* (2008) 17. pp. 145-151.

MOSSMAN, Douglas. Evaluating Risk Assessments Using Receiver Operating Characteristic Analysis: Rationale, Advantages, Insights, and Limitations. *Behavioral Sciences and the Law* (31). 2013. pp. 23-39.

OEVERMANN, Ulrich. Die elementare Problematik der Datenlage in der quantifizierenden Bildungs- und Sozialforschung. *Sozialer Sinn* 5, 2004. pp. 413-476.

OEVERMANN, Ulrich. *Klinische Soziologie auf der Basis der Methodologie der objektiven Hermeneutik – Manifest der objektiv hermeneutischen Sozialforschung*. 2002. p. 19. (06.03.2021 https://www.ihsk.de/publikationen/Ulrich_Oevermann-Manifest_der_objektiv_hermeneutischen_Sozialforschung.pdf)

OGDEN, Charles Kay; RICHARDS, Ivor Armstrong. *The meaning of meaning: a study of the influence of language upon thought and of the science of symbolism. With supplementary Essays by B. Malinowski and F.G. Crookshank. Introduced by Umberto Eco*. San Diego, New York, London: Harcourt Brace Jovanovich, 1989 [1923].

OGLOFF, James R.P.; DAVIS, Michael. *From Predicting Dangerousness to Assessing and Managing Risk for Violence. A Journey Across Four Generations*. In: WORMITH, J. Stephen; CRAIG, Leam A.; HOGUE, Todd (Eds.). *The Wiley Handbook of What Works in Violence Risk Management. Theory, Research, and Practice*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2020. pp. 81-98.

PAPE, Wilhelm. *Handwörterbuch der griechischen Sprache. Griechisch-deutsches Handwörterbuch, Bd. 1: A-K bearbeitet von Max Sengebusch*, 3. Auflage, 6. Abdruck. Braunschweig: Vieweg & Sohn, 1914.

PIAGET, Jean. *Der Strukturalismus*. Stuttgart: J. G. Cotta'sche Buchhandlung, 1973.

POPPER, Karl. *Logik der Forschung*. 11. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005 [1935].

QUINE, Willard Van Omar. Two Dogmas of Empiricism. In: QUINE, Willard Van Omar. *From a Logical Point of View. Nine Logico-Philosophical Essays. Second Edition, revised*. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980. pp. 20-47.

RAMESH, Taanvi; IGOUMENOU, Artemis; MONTES, Maria Vazquez; FAZEL, Seena. Use of risk assessment instruments to predict violence in forensic psychiatric hospitals: a systematic review and meta-analysis. *European Psychiatry: The Journal of the Association of European Psychiatrists*. Vol. 52, 2018, pp. 47-53.

REICHERTZ, Jo. *Qualitative und interpretative Sozialforschung. Eine Einladung*. Wiesbaden: Springer VS, 2016. p. 259.

RETTENBERGER, Martin. *Die Einschätzung des Rückfallrisikos (Risk-Assessment) bei Sexualstraftätern*. In: SAIMEH,, Nahlah (Hrsg.). *Destruktive Sexualität. Therapie und Risk-Assessment in der Forensischen Psychiatrie*. Berlin: Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2019. pp. 167-184.

RETTENBERGER, Martin; FRANQUÉ, Fritjof von (Hrsg.). *Handbuch kriminalprognostischer Verfahren*. Göttingen: Hogrefe, 2013.

RETTENBERGER, Martin; FRANQUÉ, Fritjof von. *Die aktuarische Prognosemethodik und die Anwendung aktuarischer Prognoseinstrumente in der Praxis*. In: KOBBÉ, Ulrich (Hrsg.). *Forensische Prognosen. Ein transdisziplinäres Praxismanual. Standards – Leitfäden – Kritik*. Lengerich: Pabst Science Publishers, 2017. pp. 69-76.

ROSSEGGER, Astrid; ENDRASS, Jérôme; GERTH, Juliane. *Einführung ins Risk-Assessment*. In: ENDRASS, Jérôme; ROSSEGGER, Astrid; URBANIOK, Frank; BORCHARD, Bernd (Eds.). *Interventionen bei Gewalt- und Sexualstraftätern: Risk-Management, Methoden und Konzepte der forensischen Therapie*. Berlin: Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2013. pp. 91-97.

SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel Ernst. *Hermeneutik und Kritik. Mit einem Anhang sprachphilosophischer Texte Schleiermachers. Herausgegeben und eingeleitet von Manfred Frank*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1977.

SIMMERT, Sebastian. *Probabilismus und Wahrheit. Eine historische und systematische Analyse zum Wahrscheinlichkeitsbegriff*. Wiesbaden: Springer VS, 2017.

SIMMERT, Sebastian. *Theorie und Heuristik der individuellen Risikoanalyse*. Baden-Baden: Tectum, 2021.

SIMMERT, Sebastian; RENZIKOWSKI, Joachim. *Causa efficiens*. In: BUBLITZ, Jan Chirstoph; BUNG, Jochen; GRÜNDEWALD, Anette; MAGNUS, Dorothea; PUTZKE, Holm; SCHEINFELD, Jörg (Hrsg.). *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag. Teilband I*. Berlin: Duncker & Humblot, 2020, pp. 667-680.

SINGH, Jay P.; KRONER, Daryl G.; WORMITH, J. Stephen; DESMARAIS, Sarah L.; HAMILTON, Zachary (Eds.). *Handbook of Recidivism Risk/Need Assessment Tools*. Chichester: John Wiley & Sons, 2018.

SONKA, Celina; MEIER, Hamta; ROSSEGGER, Astrid; ENDRASS, Jérôme; PROFES, Valerie; WITT, Rainer; SADOWSKI, Friederike. RADAR-iTE 2.0: Ein Instrument des polizeilichen Staatsschutzes. Aufbau, Entwicklung und Stand der Evaluation. *Kriminalistik* 6/2020. pp. 386-392.

STRAUSS, Anselm, CORBIN, Juliet. *Basis of Qualitative Research. Techniques and Procedures for Developing Grounded Theory*. Second Edition. Thousand Oaks: SAGE, 1998.

STÜBING, Jörg. *Grounded Theory. Zur sozialtheoretischen und epistemologischen Fundierung eines pramatistischen Forschungsstils*. 3. Auflage. Wiesbaden: Springer VS, 2014.

TAXMAN, Faye S. *Risk Assessment: Where Do We Go From Here?* In: SINGH, Jay P.; KRONER, Daryl G.; WORMITH, J. Stephen; DESMARAIS, Sarah L.; HAMILTON, Zachary (Eds.). *Handbook of Recidivism Risk/Need Assessment Tools*. Chichester: John Wiley & Sons, 2018. pp. 271-286.

TSCHIRK, Wolfgang. *Statistik: Klassisch oder Bayes. Zwei Wege im Vergleich*. Berlin, Heidelberg: Springer Spektrum, 2014.

TSCHIRK, Wolfgang. *Bayes-Statistik für Human- und Sozialwissenschaften*. Berlin: Springer Nature, 2019.

VAN DER HEIJDEN, Kees. *Scenarios. The Art of Strategic Conversation*. Chichester: John Wiley & Sons, 1996.

VOORHIS, Patricia Van; WRIGHT, Emily M.; SALISBURY, Emily; BAUMANN, Ashley. Women's Risk Factors and their Contributions to existing Risk/Needs Assessment. The Current Status of a Gender-Responsive Supplement. *Criminal Justice and Behavior*. Vol. 37 No. 3, 2010. pp. 261-288.

WEBSTER, Chris; HAQUE, Quazi; HUCKER, Steve. *Violence Risk-Assessment and Management. Advances Through Structured Professional Judgement and Sequential Redirections*. Second Edition. Chichester: John Wiley & Sons, 2014.

YANG, Min; WONG, Stephen C.P.; COID, Jeremy. The Efficacy of Violence Prediction: A Meta-Analytical Comparison of Nine Risk Assessment Tools. *Psychological Bulletin*. 2010, Vol. 136, No. 5, pp. 740-767.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Violência, segregação e cidadania: etiopatogênese de uma democracia disjuntiva no Brasil, de Nelson Camatta Moreira e Cássio Becacici Esteves Vianna – *RBCCrim* 162/409-434 (DTR\2019\42167).

Processo Penal

Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina

Legal considerations for a regulation of habeas corpus *in Brazil: the observance of constitutional procedural autonomy of* habeas corpus *and the experience of national support in Argentina*

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Fabrício Barbosa Barros
Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Promotor de Justiça do Estado do Ceará. Assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Ceará.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5629911146169107].
ORCID: [0000-0002-5349-779X].
fabriciobbarros@yahoo.com.br

Recebido em: 11.01.2021
Aprovado em: 12.02.2021
Última versão do autor: 22.02.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal; Internacional

Resumo: Presentemente está aberta a discussão no Brasil sobre a necessidade de uma lei específica para a disciplina do *habeas corpus*. A importância constitucional da tutela de direitos demanda do legislador a observância da autonomia processual do *habeas corpus*, materializada em técnicas flexíveis e adaptáveis para o efetivo cumprimento de sua missão. Este artigo busca chamar atenção para potenciais efeitos negativos de uma disciplina para o *habeas corpus*, a partir da análise da proteção de direitos desempenhada pelo *habeas corpus* e sua dinâmica, referenciais de observância pelo Poder Legislativo. Para demonstrar a necessidade da autonomia processual

Abstract: Currently is open the discussion in Brazil on the need for a specific law for the discipline of *habeas corpus*. The constitutional importance in the protection of rights requires the legislator to observe the procedural autonomy of *habeas corpus*, materialized in flexible and adaptable techniques for the effective fulfillment of its mission. This article seeks to draw attention to the potential negative effects of a discipline on *habeas corpus*, based on analysis of the protection of rights performed by *habeas corpus* and its dynamics, which are references for compliance by Legislative branch. To demonstrate the need for process autonomy to writ of *habeas corpus*,

Barros, Fabrício Barbosa. Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 113-136. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

para a garantia do *habeas corpus*, foi estudada a experiência ocorrida com a regulamentação do amparo nacional na Argentina. Concluiu-se que uma disciplina para o *habeas corpus* oferece riscos negativos para a defesa de direitos, já que a normatividade constitucional não se sujeita à vontade do Legislador, na medida em que os direitos fundamentais consistem em limites jurídicos para todos os Poderes indistintamente.

PALAVRAS-CHAVE: Regulamentação do *habeas corpus* em lei específica – Autonomia processual constitucional do *habeas corpus*. Necessidade de flexibilidade e adaptabilidade – Experiência do amparo nacional na Argentina – Potenciais efeitos negativos.

the experience with the regulation of national amparo in Argentina was studied. It was concluded that a discipline for *habeas corpus* offers negative effects for defense of rights, since constitutional norms are not submit of the will of Legislator, insofar as fundamental rights consist of limits for all branches without distinctions.

KEYWORDS: Regulation of *habeas corpus* in specific law – Constitutional procedural autonomy of *habeas corpus* – Need for flexibility and adaptability – Experience of national amparo in Argentina – Potential negative effects.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O cenário legislativo do *habeas corpus* no Brasil. 3. A necessária autonomia processual da Constituição. 4. A força garantística dos direitos fundamentais. 5. O *habeas corpus* no processo constitucional brasileiro. 5.1. O *habeas corpus* como expressão da jurisdição constitucional da liberdade. 5.2. A autonomia processual do *habeas corpus* para a tutela da liberdade. 5.3. A autonomia processual do *habeas corpus* para tutela de outros direitos. 6. A difícil relação entre as garantias constitucionais e a regulamentação a ser realizada pelo Poder Legislativo: a experiência argentina do amparo nacional. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas. Legislação. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

Instrumento vital na proteção judicial da liberdade, o *habeas corpus* inaugurou o processo constitucional brasileiro. Seu uso inicial coincide com os primeiros passos do Supremo Tribunal Federal como sentinela das liberdades[1], na sua caminhada institucional voltada para a defesa de direitos.

De um passado virtuoso, passando por várias construções processuais destinadas à efetiva garantia de direitos, a autonomia processual do *habeas corpus* é característica que acompanha toda a sua evolução institucional, sem o que não cumpriria a missão que lhe foi conferida pelos regimes constitucionais estabelecidos no curso da história brasileira.

Embora inegáveis os frutos dessa construção e a longa tradição constitucional do instituto, as questões que envolvem o *habeas corpus* continuam atuais,

1. BALEEIRO, 1968, p. 58.

identificando-se presentemente no Brasil um debate sobre a necessidade de disciplinar legislativamente o *habeas corpus* em lei própria, diálogo que tem sido iniciado por autoridades da cúpula do Judiciário brasileiro, destinatários que são do conhecimento de representativa quantidade de impetrações desse instrumento processual[2].

Cientes da dimensão e amplitude dessa complexa discussão e ainda que não voltadas para um projeto de lei determinado, as ideias contribuintes desse debate devem permitir o conhecimento e o entendimento de todos os fatores jurídicos necessários para uma madura decisão do Poder Legislativo. Chamar atenção para qualquer desses aspectos informativos da questão tem o papel de enriquecer o debate, fornecendo possibilidades e elementos que poderão ser levados em conta na institucionalização de mudanças de inquestionável importância.

O presente artigo tem o propósito de apontar que a decisão de regulamentar o *habeas corpus*, com a edição de lei específica, deve observar a autonomia processual do *habeas corpus*, ferramenta jurídica de destacado valor na receita de sucesso de várias de suas conquistas jurídicas. Para demonstrar o significado da questão, será analisado o papel virtuoso da autonomia processual do *habeas corpus*, seus fundamentos e funcionalidade, além da apresentação da experiência vivenciada com a primeira regulamentação do amparo nacional na Argentina.

2. O cenário legislativo do *habeas corpus* no Brasil

Desde a consagração na constituição de 1891, o *habeas corpus* é prestigiado em todos os textos constitucionais brasileiros[3]. Na constituição de 1988 não foi diferente, encontrando-se no artigo 5, inciso LXIII, "conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder". Embora sua previsão esteja situada nas coordenadas constitucionais, a disciplina processual está no Código de Processo Penal, compreendida entre os artigos 647 e 667 daquela lei processual, o que não tem sido suficiente para escapar de críticas, em especial a necessidade de conferir uma disciplina específica em lei própria:

> "Cremos ser mais acertada a opção por uma lei especial sobre o *habeas corpus*, na qual se possam fixar parâmetros mais seguros para o manejo dessa ação constitucional, minimizando as oscilações que derivam de uma jurisprudência

2. CRUZ, 2019; RODAS, 2020.

3. GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES, 1999, p. 344.

instável, propícia a subjetivismos e voluntarismos judiciais, algo típico de um país ainda pouco afeito ao sistema de precedentes.

No Brasil, enfatize-se, há lei para quase tudo, inclusive uma Lei do Mandado de Segurança, instituto irmão do *habeas corpus* e que, desde o anterior diploma de 1951, possui regulação própria. Ali se tutelam direitos que não interferem com a liberdade humana; aqui é precisamente o mais caro dos direitos (após, evidentemente, o direito à vida) que se busca proteger.

Nossa normatização do *habeas corpus* se dá por alguns artigos do Código de Processo Penal (que data de quase 80 anos, editado sob a égide do Estado Novo), no capítulo dos recursos – o que já suscita questionamentos – com deficiente técnica e ausente sistematização.

Decerto que se pudéssemos ter um moderno Código de Processo Penal, assentado sobre o manto e a influência axiológica e principiológica da Carta Política de 1988, seria válida a opção política de manter, como o fez o legislador português, o trato jurídico do *habeas corpus* dentro do Código de Ritos. Entretanto, não há perspectivas razoáveis de aprovação do Projeto de Lei que tramita há anos no Congresso Nacional. E, com a devida vênia, a leitura do texto proposto mostra que, no particular, praticamente se reproduziu a redação atual, sem a preocupação sequer de atualizar alguns dispositivos (basta mencionar que ainda se faz alusão ao telegrama e ao ofício como meios principais de intimação).

Por que, então, não se editar uma *Lei do Habeas Corpus*? Não mereceria tal instituto, nuclear para a defesa da liberdade humana, um diploma legal próprio?

Temas que atualmente são objeto de decisões nem sempre uniformes pelos tribunais poderiam ser melhor normatizados, reduzindo as oscilações da jurisprudência e, consequentemente, aumentando a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, algo tão caro a um verdadeiro sistema de justiça criminal. Apenas para exemplificar, seria importante definir quem são os habilitados a requerer o *writ* em nome do paciente (visto que não é rara a impetração por pessoas estranhas, com riscos de tornar preclusa matéria que seria melhor enfrentada por profissional da confiança do interessado); também se mostraria de todo conveniente regular os prazos e a forma do procedimento, inclusive com mais adequada e explícita regulação dos pedidos de liminar, quase automáticos nas impetrações, mas que, em certos casos, por incabíveis, somente produzem atraso no processamento e no final julgamento do mérito, em prejuízo da Justiça e do próprio jurisdicionado; outro ponto importante para definir por lei seria a possibilidade e os limites de participação do Ministério Público no procedimento, quer como *custos legis*, quer como parte da original relação processual; também não escaparia à regulação legal a possibilidade de antecipar a competência para o julgamento da causa pelos

> tribunais superiores, quando ainda não decidida, na origem, pelo órgão colegiado competente.
>
> Sem embargo desses e de outros tópicos, a principal questão a estabelecer em novo diploma legal seria a delimitação do alcance cognitivo do remédio constitucional, adstrito, na generalidade dos povos modernos, a coarctar o abuso de poder em prisões e detenções ilegais. Sem embargo, por conta da assim denominada "doutrina brasileira do *habeas corpus*", construiu-se uma jurisprudência muito flexível quanto ao cabimento do *writ*, de tal sorte que a imaginação é o limite para se postular proteção jurisdicional por meio do remédio heroico." (CRUZ, 2019)

Sem deixar de reconhecer a procedência de vários aspectos das observações anteriores, os quais mais envolvem questões de política judiciária do que aprimoramento das regras que compõem o processamento do *habeas corpus*, chamaram atenção os reparos realizados à flexibilidade do *habeas corpus* e uma possível abertura para todo tipo de postulação perante o Poder Judiciário.

Em verdade, a flexibilidade do *habeas corpus*, aqui reconhecida como autonomia processual, consiste – sob o influxo da essencialidade dos bens jurídicos que protege – no fio condutor do bem-sucedido histórico de proteção efetivada na ordem constitucional brasileira, além de desenvolver papel decisivo na evolução do instituto, na releitura de suas funções, na ampliação de horizontes protetivos.

Essa realidade do *habeas corpus* decorre da própria dimensão processual da Constituição, cuja riqueza construtiva assecuratória é condição de possibilidade para o oferecimento de múltiplas dimensões protetivas necessárias para debelar as novas e imprevisíveis ameaças aos direitos fundamentais, decorrentes da própria evolução das relações sociais e jurídicas no curso do tempo.

Há muito, Vicente Greco Filho já realçava:

> "a ordem constitucional prevê instrumentos especiais, cuja nota dominante é a efetividade, para que certas situações específicas encontrem rápida solução. Esses instrumentos não são meros procedimentos especiais, conforme disciplina comum dos Códigos de Processo, porque, além do rito célere e eficiente, trazem implícitos poderes da função judicante em face dos órgãos estatais." (GRECO FILHO, 1989, p. 142)

Por isso, o papel regulamentador da atividade legislativa deve observar essa abertura, materializada em técnicas processuais flexíveis e adaptáveis, evitando-se um indesejável confinamento processual do instituto e, por consequência, o próprio esvaziamento do *habeas corpus*.

3. A NECESSÁRIA AUTONOMIA PROCESSUAL DA CONSTITUIÇÃO

Já se afirmou que a ideia de continuidade é ínsita ao conceito de Constituição[4]. Obra aberta, que inaugura uma nova ordem constitucional, necessita de uma permanente atividade de confirmação fática, seja para implementar as novas pautas jurídicas estabelecidas, seja para renovar seus compromissos, atualizar seu espírito, revelar novos significados no curso do tempo e da história. Longe de materializar ato instantâneo, revela-se como processo[5].

Este trabalho pressupõe um conjunto de mecanismos que tornem essa ideia realidade concreta, acessível a todos, e que supere com presteza temporal as barreiras e dificuldades naturalmente inseridas no seu caminho. É desse contexto que deve ser apreendida a superioridade jurídica da Constituição e os instrumentos que lhe garantem proteção, como construções que se implicam, sem os quais não seria viável permitir a sua continuidade e estender o alcance geral para o qual foi concebida. Retirar essas condições representa retroagir à promulgação da Constituição, fincando-a no seu momento inaugural, o que contraria a precisa advertência de Jorge Miranda de que "não basta que a Constituição outorgue garantias; tem, por seu turno, de ser garantida" (MIRANDA, 2007, p. 77).

Constitucionalidade – e a força de sua superioridade jurídica – emana de uma relação estabelecida entre as condutas públicas e privadas praticadas e os parâmetros constitucionais que lhes servem de referência[6], daí por que é condição de possibilidade de um projeto constitucional conhecer, assimilar e desenvolver essa dinâmica constitucional. Alhear-se dos aspectos dinâmicos do fenômeno constitucional, confinando-se estaticamente na vontade do texto produzido pelo legislador constituinte, é perceber apenas uma fração, uma parte da sua realidade, levando a limitações que suprimirão muito de sua força vívida e vivificadora. A dinâmica constitucional não se detém nunca[7]. Combinação, complementação, sintetização, conflituosidade e conciliação são produtos de qualquer relação, decorrentes desse vínculo e que dele não podem se afastar.

Para atender à riqueza dessas férteis relações de âmbito constitucional, é imprescindível o oferecimento de respostas criadoras, dinâmicas e flexíveis, cabendo ao destinatário da solução das crises surgidas dessas relações ter em mente que é do próprio texto constitucional que advém a resposta, corolário natural da

4. ROCHA, 1991, p. 9.
5. STF, RE 147.776.
6. CAVALCANTI, 1964, p. 18.
7. BIDART CAMPOS, 2010, p. 268.

BARROS, Fabrício Barbosa. Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 113-136. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

superioridade jurídica que lhe é inquestionável. O trabalho do Poder Legislativo é incapaz de esgotar as possibilidades do texto constitucional, nem pode dele ser dependente. Por isso, o processo constitucional é garantia operativa, permite o funcionamento prático de uma Constituição. Árbitro experiente dessa convivência, com reconhecido papel na aplicação constitucional brasileira, foi assertivo na afirmação de que as linhas estruturais do controle de constitucionalidade formado no Brasil deveram-se principalmente à obra da prática constitucional[8].

Sem autonomia processual da Constituição, a sua superioridade jurídica seria inexistente, a força normativa que lhe é inerente estaria comprometida. Esse impasse levaria a sucessivas crises jurídicas de efetividade, seja pelo esvaziamento de seu conteúdo, seja pela ausência de instrumentos postos para a superação de um possível estado de descumprimento constitucional. Não por outro motivo, a Constituição desenvolve-se por meio de técnicas e instrumentos dinâmicos, flexíveis e sem depender de prévia regulamentação.

Antes de servir a um designo repulsivo das condutas que contradigam o conteúdo que veicula, a dimensão processual da Constituição e sua consequente autonomia processual servem para aperfeiçoá-la e conferir aderência de suas estruturas ao viver dinâmico da sociedade. No processo constitucional, a ausência de regramento legal ou de instrumento específico de cumprimento nunca foi obstáculo para que as normas constitucionais fossem garantidas, tivessem seu conteúdo realizado, pudessem afastar as condutas que lhe contradissessem.

4. A força garantística dos direitos fundamentais

Um direito superior deve regular a si próprio para não trair a sua superioridade, deve ser marcado pela autogarantia, autorreferência e autossuficiência[9], de modo a realizar-se plenamente. É dessa retroalimentação jurídica que retira a capacidade de aplicação plena, sem que seja contestada ou postergada pelos poderes constituídos, cabendo-lhes apenas o estrito ajustamento aos parâmetros superiores que lhes são impostos.

Bastante significativa a constatação de que o controle de constitucionalidade em primeira instância, que concentra a maior parte dessa função judiciária, não possui qualquer regulamentação ou disciplina, decorrência inevitável de sua imediatidade na proteção de direitos. As necessidades práticas da vida e suas possibilidades fáticas não estão abrangidas pela previsibilidade do legislador, nem

8. MOREIRA ALVES, 1993, p. 6.
9. ASTUDILLO, 2009, p. 247-302.

as concretas violações constitucionais podem ser dependentes de complementação legislativa para a criação de respostas rápidas e eficazes para remediar essas transgressões.

Se não bastasse a posição de ápice normativo da Constituição e as naturais limitações da atividade legislativa, o sistema constitucional brasileiro trouxe dispositivo de substancial efetividade para o bom funcionamento das engrenagens constitucionais. O artigo 5, § 1º, da Constituição Federal de 1988 preceitua que as normas definidoras de direitos fundamentais e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Parece intuitivo que o lugar mais produtivo desse desejo constitucional se localiza na dimensão garantística da Constituição, pois adverte a doutrina que "já seria suficiente para demonstrar a tese de que o juiz não só deve interpretar a lei processual em conformidade com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, como ainda deve concretizá-lo, por meio da via interpretativa, no caso de omissão ou de insuficiência da lei" (MARINONI, 2004, p. 220-221). Se assim o é, essa autoproteção demandará escolhas, técnicas e mecanismos jurídicos que, além de proteger a normatividade constitucional de práticas que violem o seu conteúdo, confirmem faticamente os propósitos registrados no texto maior.

Em um contexto de inefetividade constitucional como o do Brasil, a disponibilização de um amplo plano catálogo de direitos fundamentais, a presença de três esferas de administração na estrutura do poder político nacional e o atraso nos mais elementares bens e necessidades humanas de seus cidadãos levam, por circunstâncias dadas e urgentes, o intérprete da Constituição a extrair diretamente da ordem constitucional os instrumentos de sua garantia. Nem poderia ser diferente, ao se reconhecer que as necessidades práticas decorrentes de concretas violações constitucionais vão atraindo a juridicidade constitucional por um caminho voltado para a remediação dessas condutas transgressoras, sem o que perde o seu significado de obrigatoriedade. Na feliz constatação de Marinoni, "é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar formas capazes de atendê-las" (MARINONI, 2006, p. 847). Esse cenário não causa surpresa a partir da verificação de que a superioridade jurídica que lhe foi conferida desenvolve uma mecânica de autoproteção, em que a Constituição garante a si mesma, única lógica de desenvolvimento compatível com a sua posição de ápice no sistema normativo.

5. O *HABEAS CORPUS* NO PROCESSO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O destacado papel do *habeas corpus* no processo constitucional brasileiro, ao permitir que o Poder Judiciário aproxime o texto constitucional da realidade,

restaurando sua superioridade jurídica, é incontroverso. Esse caminho revela que o legislador não detém capacidade de esgotar o texto constitucional, sobretudo diante da intensa dinâmica que envolve a sua função protetiva, a partir da multiplicidade e variedade das violações jurídicas que lhe são exigentes de remediação. Essa riqueza fática impulsiona sua autonomia processual. Necessário ainda verificar sua inserção no contexto constitucional e o produto jurídico do seu funcionamento na ordem constitucional brasileira.

5.1. O habeas corpus *como expressão da jurisdição constitucional da liberdade*

Se o texto constitucional se insere no ápice do sistema jurídico, os direitos fundamentais representam o seu núcleo essencial, conferindo-lhe identidade, o que acaba por atrair as medidas de proteção de maior escala institucional. No Brasil, algumas dessas respostas podem ser detectadas expressamente no texto constitucional, como: a possibilidade de intervenção da União nos Estados para assegurar a observância dos direitos da pessoa humana (artigo 34, VII); a proibição de deliberação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais (artigo 60, § 4º, inciso IV); e o deslocamento para a justiça federal da competência judiciária, nas hipóteses de grave violação de direitos humanos (artigo 109, § 5º).

É nesse contexto de relevância jurídica que devem ser entendidos também os meios processuais de proteção jurídica dos direitos fundamentais, entre os quais figura o *habeas corpus*. Seja para reconhecer que "sua presença é marcante nas constituições dos povos" (BULOS, 2014, p. 738), seja porque possui "função coordenadora e legalizante" (PONTES DE MIRANDA, 1961, p. 176), parece evidente que o destaque do *habeas corpus* está diretamente ligado aos bens jurídicos que lhe conferem significado, transformando-o em instrumento imprescindível para a correção de violações constitucionais.

Essa ligação essencial que fornece significado especial ao *habeas corpus* encontra ressonância na ideia de jurisdição constitucional da liberdade concebida por Mauro Cappelletti, a partir de escrito do ano de 1955[10]. Para o autor italiano, a centralidade dos direitos fundamentais do homem demanda a formação de um processo constitucional adequado para uma efetiva proteção, com estruturas diferenciadas e aptas a produzir efeitos na realidade. Direitos verdadeiros são aqueles munidos de defesa eficaz, por meio de situações garantidas

10. CAPPELLETTI, 2010.

jurisdicionalmente[11], exigindo papel criativo do intérprete, na medida em que é da obra prática e cotidiana dos juízes que se transformam os direitos genéricos e abstratos em direitos positivos e concretos[12].

É possível falar em uma proteção dinâmica dos direitos fundamentais, decorrente da abertura dos perigos que ameaçam os direitos fundamentais:

> "As funções específicas dos perigos mudam historicamente, tornando-se necessários novos instrumentos de combate, que devem ser desenvolvidos, sempre de novo, em nome do homem e do cidadão. Isso significa uma abertura de conteúdos, de funções, e de formas de protecção, de modo a que todos esses direitos possam ser defendidos contra os novos perigos que possam surgir no decurso do tempo." (QUEIROZ, 2002 p. 48-49)

As respostas a investidas contra os direitos fundamentais, portanto, devem envolver simplicidade, rapidez, flexibilidade procedimental e efetividade, principalmente porque geradas em contexto de crise, quando ameaçados direitos de essencialidade inquestionável, como é o da liberdade.

5.2. A autonomia processual do habeas corpus *para a tutela da liberdade*

Consistindo em expressão do processo constitucional por excelência, o *habeas corpus* caracteriza-se por ser instituto vivo, delineado pelas necessidades concretas da vida, sua vitalidade está na capacidade de fornecer as mais diversas e efetivas respostas às ameaças e violações a direitos. Como bem lembrado por José Afonso da Silva:

> "Foi o primeiro remédio a integrar as conquistas liberais. Denota-se sua presença na Inglaterra antes mesmo da Magna Carta de 1215. Mas foi esta que lhe deu a primeira formulação escrita. O writ of 'habeas corpus' evolui. No início não era vinculado à ideia de liberdade de locomoção, mas ao conceito do due process of law. Era usado até mesmo em matéria civil; mais tarde, ainda na Inglaterra, adquiriu várias modalidades: 'habeas corpus ad prosequendum', 'habeas corpus ad satisfaciendum', 'habeas corpus' ad deliberandum', 'habeas corpus ad faciendum et recipiendum', 'habeas corpus ad subjiciendum'. Era então meio de levar alguém perante o tribunal. O 'Habeas Corpus Amendment Act' de 1679 é que o configurou, com mais precisão, como um remédio destinado a assegurar a liberdade dos súditos e prevenir os encarceramentos em ultramar." (SILVA, 2016, p. 447-448)

11. CAPPELLETTI, 2010, p. 39.
12. CAPPELLETTI, 2010, p. 217.

Esse processo contínuo de evolução provém principalmente da sua autonomia processual, que permite um enriquecimento a partir de novas dimensões e conteúdos que o direito de liberdade revela, quando a função protetiva desse instrumento é chamada para alcançar horizontes até então não percebíveis. Não surpreende, portanto, as múltiplas feições que essa ação constitucional pode assumir, desempenhando funções cautelar, declaratória, constitutiva, executória ou constitutiva[13].

Ainda que a reforma constitucional de 1926 tenha buscado restringir o objeto do *habeas corpus*, limitando-o à tutela imediata da liberdade física de ir e vir[14], a diminuição do seu objeto não impediu que uma plasticidade processual contínua e permanente fosse praticada, como medida eficaz para a tutela da liberdade, permeando todos os seus elementos processuais, tais como a legitimidade ativa e passiva e o seu objeto. Essa diretriz estabeleceu-se por uma política decisória de rejeição de formas rígidas e burocráticas, por meio da construção de um processo autônomo de tutela efetiva da liberdade, afastando limitações formais despropositadas e que apenas contribuíam para tolher ou cercear na prática direitos de amplo reconhecimento nos textos legislativos.

Nos aspectos subjetivos, são perceptíveis os impactos na legitimidade ativa e passiva do *habeas corpus*. A abertura na legitimidade ativa da impetração, ainda que por terceiro e sem a participação de advogado[15], permitindo um irrestrito acesso do cidadão a essa garantia, bem demonstra que o seu uso integra um dos mais básicos elementos do patrimônio jurídico da pessoa, já que "é um atributo da personalidade, em que qualquer pessoa, independentemente de habilitação, capacidade política, civil, processual, sexo, idade, nacionalidade e, inclusive, estado mental, pode utilizar" (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 1764). Em relação à legitimidade passiva, seus horizontes não ficaram confinados a atos de autoridade, alcançando também atos de particulares, na medida em que a violação do direito de liberdade é o mesmo, o que independe da origem pública ou privada[16].

Essa progressiva ampliação de proteção também envolve os aspectos objetivos, dotando-se o Poder Judiciário de meios de tornar efetiva a sua proposta funcional. Destaca-se nesse contexto a ampla possibilidade de tutela processual, por

13. MOUGENOT, 2019, p. 1234.
14. STF, HC 83966. No mesmo sentido: STF, HC 102.041.
15. STF, HC 102.836.
16. STJ, RHC 4.120.

meio da ausência de limites e restrições ao conhecimento de ilegalidades[17], mesmo que não reveladas pelo impetrante, o que foi assim explicado pela doutrina constitucionalista:

> "A concessão de ofício de habeas corpus, portanto, surge como uma garantia processual cuja efetivação, além de transcender os limites legais formalísticos, busca conferir máxima efetividade à proteção de direitos fundamentais do paciente. Daí não haver razão jurídico-constitucional plausível, a nosso sentir, apta a desautorizar a legitimidade dessa medida excepcional de caráter fortemente garantístico." (MENDES; BRANCO, 2019, p. 681)

Não menos importante, consistiu o reconhecimento da possibilidade de concessão de medida liminar em *habeas corpus*, o que não foi previsto pelo Código de Processo Penal. Antes do que criação judiciária em detrimento da atividade legislativa, mostrou-se necessidade imprescindível e que atende à posição constitucional do direito à liberdade, o qual não está condicionado por ação do Poder Legislativo, pois "a liberdade física não é um bem patrimonial que pode ser atualizado no proferimento do decisum. Por ser ela psicológica e até mesmo moral, a futura sentença jamais poderá compensar a liberdade que ficou perdida" (MOSSIM, 2008, p. 355). Essa construção processual e cautelar remonta a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 41.296, ainda no ano de 1964, produto do raciocínio do Ministro Gonçalves de Oliveira, assim resumido:

> "O habeas corpus, do ponto de vista de sua eficácia, é irmão gêmeo do mandado de segurança. Quando este último foi instituído na Carta Política de 1934, dispôs o artigo 113, §33, que o seu processo será o mesmo do habeas corpus. O processo, como se vê, é o mesmo. A Constituição de 1946 trata do habeas corpus e do mandado de segurança num dispositivo junto ao outro, em parágrafos 23 e 24. Se o processo é o mesmo; e se no mandado de segurança pode o relator conceder liminar até em casos de interesses patrimoniais, não se compreenderia que, em casos em que está em jogo a liberdade individual ou as liberdades públicas, a liminar no habeas corpus preventivo não pudesse ser concedida." (STF, HC 41296)

O perfil das posições consolidadas em torno da prática do *habeas corpus* tem revelado o quanto é importante a sua autonomia processual, na medida em que conduz a situações de alcance protetivo inexistentes explicitamente nas previsões

17. Na apreciação de *habeas corpus*, o órgão investido do ofício judicante não esta vinculado a causa de pedir e ao pedido formulados (STF, HC 69.421).

legislativas que o regulamentam. Essa lógica ampliativa permanece, permitindo novas experiências a seguir estudadas.

5.3. *A autonomia processual do* habeas corpus *para tutela de outros direitos*

A efetividade de um sistema judiciário de proteção de direitos pode ser aferida pela capacidade de oferecer mecanismos de amplo espectro protetivo e que não condicionem sua funcionalidade por questões burocráticas e formais despropositadas. Além disso, parece decorrência natural da necessidade de oferecer respostas rápidas e eficientes o desenvolvimento prático de técnicas implicitamente existentes no sistema ou por meio de combinação de institutos com previsão expressa.

Essa lógica marcou o *habeas corpus* brasileiro, que, alçado constitucionalmente no texto de 1891, já demonstrou a sua autonomia processual com o que se convencionou chamar de doutrina brasileira do *habeas corpus*. Em instigante caso que questionava medida restritiva da liberdade de imprensa, observam-se as bases argumentativas que criaram a doutrina brasileira do *habeas corpus*. Rui Barbosa deixou claro que "a pessoa é, a um tempo, material e jurídica. Duas cousas a compõem: a integridade orgânica do corpo e a integridade moral dos direitos" (BARBOSA, 1989, p. 65). Essa premissa conceitual permitiu entender que agressões à pessoa não se limitam ao corpo físico, mas também ao seu patrimônio jurídico formado pelo conjunto de direitos que lhe é inerente e necessário para as atividades básicas do homem. Liberdade também é exercício de direitos e tolher esse exercício comporta o manejo de *habeas corpus*.

Esse modo de compreender o que é a liberdade humana potencializou o *habeas corpus*, abrindo caminho para uma progressiva, amplificadora e efetiva política judiciária de defesa de direitos. Com o uso do *habeas corpus* garantiram-se os seguintes direitos: a permanência em cargos públicos, o funcionamento de assembleias legislativas, o exercício de funções parlamentares, a posse de governadores, a imunidade parlamentar, a liberdade de imprensa, o reconhecimento de nacionalidade, a realização de reunião, o exercício de prerrogativas de advogado, a ilegalidade de *impeachment*, nomeação de prefeitos, a inscrição no alistamento militar e a concessão de guarda de filhos[18].

A consolidação de uma construção processual do *habeas corpus*, por meio das experiências analisadas, não encerra essa contínua atividade de criação protetiva de seus meios processuais de tutela, ainda que a partir de 1926 o sistema

18. RODRIGUES, 1991.

constitucional brasileiro tenha buscado limitar a amplitude então vigente para o uso do *habeas corpus*.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha endossado que "O habeas corpus visa a proteger a liberdade de locomoção – liberdade de ir, vir e ficar – por ilegalidade ou abuso de poder, não podendo ser utilizado para proteção de direitos outros"[19], o que decorre da Reforma Constitucional de 1926 "haver restaurado a função clássica desse extraordinário remédio processual, destinando-o, quanto à sua finalidade, à específica tutela jurisdicional da imediata liberdade de locomoção física das pessoas"[20], a tutela prática de direitos tem contrariado essa pureza técnica que se objetivou implantar.

Essa tentativa, como salientado anteriormente, de confinamento do fenômeno constitucional não é possível diante da evidente necessidade de se observar a superioridade jurídica da Constituição, em especial a parcela temática dos direitos fundamentais. A uniformidade de um sistema de direitos, os quais possuem a mesma importância constitucional, já que integram o mesmo texto jurídico, envolve o permanente conhecimento da multiplicidade de direitos dispostos em um regime constitucional, afastando a percepção artificial de que seria viável tornar estanques direitos de acordo com tipo de instrumento processual empregado.

Essa vitalidade é revelada por tendências aplicativas que vêm sendo usadas no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, mas que ainda estão em formação, daí por que – para a análise aqui proposta – foram situadas como tendências futuras, apesar de inquestionavelmente representarem expressão da autonomia processual do *habeas corpus*.

Esses novos horizontes estão sendo desenvolvidos a partir da revisitação do direito-fim envolvido no *habeas corpus*, ancorado que está na restrita defesa da liberdade de locomoção, desde a reforma constitucional de 1926. Essa mudança aponta no sentido de um retorno à doutrina brasileira do *habeas corpus*, ou melhor, em uma revisitação da ideia de que estaria superada no ordenamento constitucional brasileiro, a partir da proteção da liberdade como direito-meio e, por consequência, da abertura para que atue como mecanismo de proteção de outros direitos diversos da tutela imediata da liberdade.

Significativo exemplo dessa vertente é a concessão de *habeas corpus* para acompanhar os trabalhos deliberativos das casas legislativas, permitindo o acesso

19. STF, HC 82.880 AgR.

20. STF, HC 83.238.

de cidadão ao recinto em que são realizadas as discussões e votações legislativas[21]. A ideia central da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal foi a de que "não há como dissociar o acesso do povo ao Parlamento da ideia de cidadania e da concepção democrática de Estado de Direito"[22]. Mostra-se evidente que o direito tutelado no caso é de nítido caráter político, consistindo o acesso buscado apenas meio apto a garantir o exercício da cidadania, discrepando, portanto, da função clássica do *habeas corpus*, voltada para a tutela imediata da liberdade.

Da mesma forma, destaca-se o uso de *habeas corpus* voltado a emitir ordem para imediato julgamento de pedido de *habeas corpus* por outro órgão judiciário. Essa experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal também revela que o direito-fim da demanda é outro, pois "esse direito ao julgamento em tempo oportuno, que não exceda nem supere, de modo irrazoável, os prazos processuais, qualifica-se como insuprimível prerrogativa de ordem jurídica, fundada em norma de índole constitucional (CF, art. 5º, LXXVIII)"[23], envolve aqui a efetividade da prestação judiciária, vale dizer o princípio da duração razoável duração do processo[24]. A mesma ideia, no caso o combate aos efeitos deletérios da demora na prestação jurisdicional, também levou à concessão de *habeas corpus* para o retorno ao cargo de servidor público, diante do excessivo prazo de afastamento cautelar determinado sem que a solução jurídica de fundo fosse resolvida[25].

Em outra oportunidade, foi admitido e conhecido *habeas corpus* para a tutela do direito de ir e vir, servindo como direito-meio para garantir o direito de visita e contato de companheiro que se encontrava preso[26].

Por fim e com maior repercussão, o Supremo Tribunal Federal passou a reconhecer uma dimensão coletiva do *habeas corpus*, revisitando sua função de proteção de liberdade individual, objetivando a eliminação de ilegalidades que atinjam coletivamente determinados grupos. O julgamento pioneiro surgiu a partir da decisão proferida no HC 143.641, cujo conteúdo garantiu a prisão domiciliar para todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, assim como de adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas. Deixou explícito o acórdão que a decisão judicial objetivava

21. STF, HC 129.129.
22. Voto da Relatora Ministra Cármen Lúcia no HC 129.129.
23. STF, HC 104.931.
24. STF, HC 102.923.
25. STF, HC 121.089.
26. STF, RHC 121.046.

fornecer meios de proteger a maternidade, com o que também confirmou o uso da tutela do direito de ir e vir como meio de assegurar outros direitos constitucionalmente previstos. Adicionou ainda o julgamento que o "conhecimento do writ coletivo homenageia nossa tradição jurídica de conferir a maior amplitude possível ao remédio heroico"[27].

Sem entrar no mérito da discussão desse específico caso, a releitura de um instrumento processual de marcante cariz individual, transformando-o em meio de tutela coletiva, representa inegável reconhecimento de que a modificação dos perigos e investidas contra direitos levam, inevitavelmente, a uma correspondente mudança dos meios de proteção constitucional. Direitos fundamentais não estão condicionados pela ação do legislador, mas o legislador está condicionado pelos direitos fundamentais, motivo pelo qual é necessário compreender que a superioridade jurídica da Constituição e dos direitos fundamentais não está a depender da vontade da atividade legislativa, sobretudo porque os "direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples" (ALEXY, 2015, p. 446).

Esses registros bem desvelam o papel virtuoso da autonomia processual do fenômeno constitucional, destacando-se com maior força o *habeas corpus*, na medida em que sua capacidade de efetivar preceitos básicos constitucionais, envolvendo situações de vulnerabilidade inquestionável, exigem – com maior intensidade – o uso de meios flexíveis, rápidos e operacionais. Isso significa que o legislador não pode suprimir a inevitável autonomia processual do *habeas corpus*, o que é determinante para garantir diretamente a efetividade dos mais básicos direitos.

6. A difícil relação entre as garantias constitucionais e a regulamentação a ser realizada pelo Poder Legislativo: a experiência argentina do amparo nacional

Experiência estrangeira que oferece inegável exemplo da rica e complexa relação entre a regulamentação a ser realizada pelo Poder Legislativo e as garantias de proteção de direitos com extrato constitucional é a do amparo nacional na Argentina.

Sua origem naquele país advém de criação jurisprudencial, pois ao tempo de seu reconhecimento não havia previsão legal de instituto voltado para a proteção

27. STF, HC 143.641. No mesmo sentido: STF, RE 855.810 AgR; STF, HC 122.827.

de direitos diversos daqueles que resguardavam a liberdade física e corporal, assegurada pelo *habeas corpus*, o que abria uma lacuna para a proteção de violações envolvendo os múltiplos direitos previstos na Constituição histórica argentina de 1853[28]. Com sofisticado raciocínio, a Corte Suprema Argentina, no famoso caso Siri de 1957 e objetivando proteger os direitos de liberdade de imprensa e de trabalho de um jornal que fora fechado na província de Buenos Aires, ainda em custódia da autoridade policial, entendeu que as garantias individuais existem e protegem os indivíduos pelo só fato de estarem consagradas pela Constituição independentemente da existência de leis regulamentadoras, acrescentando que o Estado de direito reclama o exercício pleno das garantias individuais[29].

O sentido dessa criação processual foi operacionalizar os direitos contidos na Constituição argentina, tornando-os efetivos e, por sua vez, garantindo a própria superioridade jurídica que é conferida à Constituição[30]. O ponto de partida estabelecido pela Corte Suprema argentina conferiu uma estruturação elástica e flexível ao instituto, permitindo o desenvolvimento de novos alcances protetivos.

Destaque máximo nesse caminho de ganhos normativos ocorreu logo no ano seguinte de 1958, com a submissão do conhecido caso Kot à apreciação da Corte Suprema argentina. Cuidava-se ali de uma ocupação material de uma fábrica na província de Buenos Aires, por seus trabalhadores, paralisando todas as atividades do empreendimento, de modo que o seu proprietário buscou a desocupação do espaço, com base no direito de liberdade de trabalho, no direito de propriedade e de livre iniciativa[31].

Expandindo ainda mais as diretrizes fixadas no caso Siri, o julgamento Kot trouxe novos fundamentos para a criação do amparo, além de assegurar a sua aplicação para violações de direitos ocorridas no âmbito das relações privadas. Definiu a Corte Suprema que o amparo encontrava fundamento também no artigo 33 da constituição nacional, a reconhecida cláusula de direitos implícitos. Além disso, o tribunal entendeu que a proteção de direitos não estava limitada aos ataques provenientes de autoridades, mas também de pessoas privadas, a partir da concepção de que a essencialidade dos direitos do homem não pode carecer de proteção adequada pela só circunstância da violação emanar de outro particular, pois as garantias não atendem unilateralmente aos agressores para

28. HARO, 2008, p. 431.
29. SEGADO, 1999, p. 601.
30. VANOSSI, 2016, p. 68.
31. SEGADO, 1999, p. 605.

que sejam estabelecidas diferenças entre eles, mas para restabelecer os direitos aos agredidos.

Essas construções processuais da Corte Suprema argentina significaram notável percepção da necessidade da precedência jurídica das normas constitucionais e da imprescindível efetivação dos direitos fundamentais, os quais não poderiam ficar a depender da vontade do legislador. Não por outro motivo, fala-se em uma motorização[32] direta da Constituição, na medida em que o Judiciário extrai diretamente do texto a proteção do direito previsto constitucionalmente.

Conforme chamou atenção Hector Fix Zamudio[33], embora houvesse a defesa da evolução paulatina e flexível do amparo por meio da jurisprudência, a maioria da doutrina sustentou a urgente regulamentação do instituto para determinar de forma firme e precisa suas diretrizes, o que acabou por ocorrer com a Lei nacional de amparo n. 16.986/66.

Ocorre que a regulamentação serviu como verdadeiro instrumento de limitação daquele virtuoso meio processual de defesa de direitos, contrariando a sua história jurisprudencial, o que gerou severas críticas da doutrina constitucional argentina, merecendo o rótulo de Lei do Desamparo[34]. Entre as principais restrições estabelecidas e criticadas, destacaram-se[35]: a restrição do cabimento do amparo somente para atos de autoridade, afastando-se as violações provenientes de atos particulares; não cabimento contra ato judicial; inadmissibilidade do amparo quando a decisão afetasse direta ou indiretamente a prestação de um serviço público ou atividade essencial do Estado; e a exclusão do amparo quando a decisão importasse a declaração de inconstitucionalidade de ato normativo.

Para Morello,[36] a regulamentação processual do amparo foi devastadora, pois, segundo esse autor argentino, a regulamentação do amparo não pode limitar as possibilidades funcionais de proteção direta e plena, devendo os seus requisitos processuais oferecer uma desejada flexibilidade, o que é consentâneo com a sua natureza de garantia, de modo que, quando presente dúvida sobre a sua admissibilidade, o critério a prevalecer é o do seu processamento. Concluiu, por fim, que o amparo funcionava melhor quando não regulamentado[37].

32. ZAMUDIO, 2016, p. 511.
33. SAGUES, 2006, p. 137.
34. MORELLO, 1998, p. 217.
35. ZAMUDIO, 2016, p. 513.
36. MORELLO, 1998, p. 217.
37. MORELLO, 1998, p. 23.

Gozaíni[38], por sua vez, apontou que a Ley 16.986/66 criou um sistema obstrutivo que anulou as possibilidades garantísticas que o amparo oferecia até então.

Essas restrições foram suplantadas com a reforma constitucional ocorrida na Argentina no ano de 1993, conferindo amplitude e status constitucional ao amparo, conforme texto atual da Constituição argentina:

> "Artículo 43 – Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.
>
> Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.
>
> Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.
>
> Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de habeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato aun durante la vigencia del estado de sitio."

Mesmo com a superação constitucional do assunto, essa experiência histórica demonstra que a regulamentação de meios processuais de tutela de direitos também apresenta riscos e possibilidades restritivas que não condizem com instrumentos sensíveis de tutela de direitos.

A própria doutrina argentina, ainda no ano de 1959[39], já alertava que a regulamentação deveria ser restrita ao assunto da competência e exclusivamente aos

38. GOZAÍNI, 2006, p. 224.

39. CARRIO, 1959, p. 62-64.

aspectos processuais do amparo, não devendo ser disciplinadas questões de fundo, envolvendo previsões que levassem a procedência ou não do instituto, já que consistia em atividade a ser desempenhada pelo órgão judicial.

Instrumento de proteção de direitos, o amparo ganhou notoriedade funcional por sua autonomia processual, marcada pela flexibilidade e adaptabilidade às situações de violação de direitos, o que foi afastado com a regulamentação estabelecida pelo legislador até a retomada dessa virtuosidade com as alterações constitucionais argentinas ocorridas no ano de 1993.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A regulamentação de um instrumento constitucional de proteção de direitos, sobretudo quando marcado por importância e essencialidade, tal qual o *habeas corpus*, deve compreender que não há somente uma direção única de ganhos asseguratórios, mas também riscos negativos para a defesa de direitos.

A tarefa constitucional de tutela de direitos fundamentais, mesmo quando exercida pelo Poder Legislativo, deve permitir uma abertura funcional, materializada por uma necessária autonomia processual, condição de possibilidade para neutralizar as violações e perigos próprios de uma sociedade dinâmica. Essa percepção impõe desafios ao Legislador para que não limite a virtuosidade processual do instituto, retardando ou eliminando a imediatidade e a eficiência da tutela que lhe cabe.

O histórico do uso – e sucesso – do *habeas corpus* no Brasil deixa evidente que foi sua capacidade flexível e adaptável, oferecendo as respostas necessárias para combater as agressões ao bem jurídico que busca proteger, que permitiu a restauração da constitucionalidade violada e, em última instância, a própria implantação da ordem constitucional. Qualquer iniciativa legislativa sobre o assunto não pode ignorar esses fatores jurídicos, pois corre o risco de esvaziar o *habeas corpus*, a exemplo do ocorrido com a regulamentação do amparo nacional na Argentina, significando retrocessos e perda para o patrimônio jurídico de um país até a ocorrência de uma futura e incerta retomada de rumos.

A normatividade constitucional não se sujeita à vontade do legislador, pois os direitos fundamentais consistem em limites jurídicos para todos os poderes indistintamente.

Chamar atenção para os potenciais efeitos negativos de uma regulamentação legislativa, além de representar contribuição para o debate iniciado, é defender a Constituição e o seu núcleo essencial composto pelos direitos fundamentais.

Espera-se que no presente caso todos estejam conscientes disso.

BARROS, Fabrício Barbosa. Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 113-136. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

8. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ASTUDILLO, César. *Doce tesis em torno al Derecho Procesal Constitucional*. La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Hector Fix Zamudio. Mexico: Porrua, 2009. t. I.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1989. v. 41. t. 4. Trabalhos jurídicos.

BIDART CAMPOS, German. *La corte suprema*. El tribunal de las garantias constitucionales. Buenos Aires: Ediar, 2010.

BULOS, Uadi Lamego. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRIO, Genaro. *Algunos aspectos del recurso de amparo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1959.

CRUZ, Rogério Schietti. *Por uma lei do* habeas corpus. Justiça & cidadania: Rio de Janeiro, edição n. 222, 22 de janeiro de 2019. Disponível em: [www.editorajc.com.br/por-uma-lei-do-habeas-corpus/]. Acesso em: 04.10.2020.

CAPPELLETTI, Mauro. *La jurisdicción constitucional de la libertad*. Com referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco. Trad. Hector Fix Zamudio. Lima: Palestra, 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1964,

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Introdución al derecho procesal constitucional*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

HARO, Ricardo. A medio siglo de la creación de la acción de amparo em la República Argentina. *Anuario iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 12, p. 427-457, ene./dec. 2008. Disponível em: [www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=664&IDA=27237]. Acesso em: 23.09.2020.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela de direitos. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Org.). *Processo e Constituição*. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo G. Gonet. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MIRANDA, Jorge. *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MOREIRA ALVES, José Carlos. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y proceso*. La nueva edad de las garantías jurisdiccionales. Buenos Aires: Libreria Editora Platense, 1998.

MOSSIM, Heráclito. *Habeas corpus*. 8. ed. Barueri: Manole, 2008.

MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

PONTES DE MIRANDA, F. *História e prática do* habeas-corpus. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1961.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Direitos fundamentais*. Teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

RODAS, Sergio. Autoridades defendem criação de lei específica sobre *habeas corpus*. *Consultor Jurídico*, 16 jul. 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-jul-16/autoridades-defendem-criacao-lei-especifica-habeas-corpus#:~:text]. Acesso em: 15.10.2020.

RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991. t. III. Doutrina brasileira do *habeas corpus* (1910-1926).

SAGUES, Nestor Pedro. *La interpretación judicial de la Constitución*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

SEGADO, Francisco Fernandez. La creación jurisprudencial del amparo por la corte suprema de la nación argentina: los casos Siri y Kot. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 3, p. 595-615, ene./dec. 1999. Disponível em: [www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=395&IDA=1360]. Acesso em: 23.10.2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 39. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

VANOSSI, Jorge Reinaldo. Evaluacion del amparo argentino hasta la reforma constitucional de 1994. In: CARBONELL, Jose Carlos; MANCHEGO, Jose Palomino (Org.). *Derechos humanos y constitución en iberoamerica*. Libro homenaje a German J. Bidart Campos. 2. ed. Lima: Editorial Iustitia, 2016.

ZAMUDIO, Hector Fix. La proteccion procesal de los derechos humanos en la reforma constitucional argentina de agosto de 1994. In: CARBONELL, Jose Carlos; MANCHEGO, Jose Palomino (Org.). *Derechos humanos y constitución en iberoamerica*. Libro homenaje a German J. Bidart Campos. 2. ed. Lima: Editorial Iustitia, 2016.

Legislação

ARGENTINA. [Constitución Nacional (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994)]. *Constitucion de la Nacion Argentina*. Buenos Aires, DF: Presidencia de la nacion, [2016]. Disponível em: [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm]. Acesso em: 22.11.2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm]. Acesso em: 02.11.2020.

Jurisprudência

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 4.120, Relator Min. Anselmo Santiago, Relator p/ Acórdão Min. Vicente Leal. Sexta Turma, j. 29.04.1996. *DJ* 17.06.1996. Disponível em: [www.stj.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 41.296, Relator Min. Gonçalves de Oliveira. Tribunal Pleno, j. 23.11.1964. *DJ* 22.12.1964. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 69.421, Relator Min. Marco Aurélio. Segunda Turma, j. 30.06.1992. *DJ* 28.08.1992. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 147.776, Relator Min. Sepúlveda Pertence. Primeira Turma, j. 19.05.1998. *DJ* 19.06.1998. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82.880 AgR, Relator Min. Carlos Velloso. Tribunal Pleno, j. 23.04.2003. *DJ* 16.05.2003. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.238, Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma, j. 25.11.2003. *DJ* 24.04.2009. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 83.966 AgR, Relator Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno, j. 23.06.2004. *DJ* 25.11.2005. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102.041, Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma, j. 20.04.2010. *DJ* 20.08.2010. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102.923, Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma, j. 22.06.2010. *DJ* 20.08.2010. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 102.836 AgR, Relatora Min. Cármen Lúcia, Relator p/ Acórdão Min. Dias Toffoli. Primeira Turma, j. 08.11.2011. *DJ* 27.02.2012. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.931, Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma, j. 13.12.2011. *DJ* 21.03.2012. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 121.089, Relator Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma, j. 16.12.2014. *DJ* 17.03.2015. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 121.046, Relator Min. Dias Toffoli. Segunda Turma, j. 14.04.2015. *DJ* 26.05.2015. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 143.641, Relator Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma, j. 20.02.2018. *DJ* 09.10.2018. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 129.129, Relatora Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno, j. 18.10.2019. *DJ* 25.11.2019. Disponível em: [www.stf.jus.br]. Acesso em: 22.10.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Apontamentos sobre o *habeas corpus*, de Eduardo Teixeira Farah – *RIASP* 23/73-95 (DTR\2009\139); e
- Considerações sobre a origem e evolução da ação de *habeas corpus*, de Thiago Bottino do Amaral – *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 10/1583-1617 (DTR\2015\11527).

A imprescindibilidade da implementação da etapa intermediária no processo penal brasileiro

The indispensability of implementing the intermediate stage in the Brazilian criminal procedure

Marco Aurélio Nunes da Silveira

Doutor em Direito pela UFPR (2012). Professor adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal do Paraná. Coordenador do Bacharelado em Criminologia do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Professor titular do *Doctorado en Ciencias Penales* da *Universidad San Carlos de Guatemala*. Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6931615599694788].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-9227-6212].
marco@nunesdasilveira.com.br

Recebido em: 09.11.2020
Aprovado em: 03.03.2021
Última versão do(a) autor(a): 03.03.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Sistemas processuais penais reformados desde o final dos anos 1980 até os dias atuais, em regra, implementaram uma etapa intermediária (que Francesco Carnelutti definiu como um "diafragma") entre a investigação preliminar e o processo penal. Nesta etapa, realiza-se o juízo de admissibilidade da acusação, com a finalidade precípua de evitar prejuízos cognitivos ao órgão jurisdicional encarregado do julgamento de mérito, que deve, portanto, ser diverso do órgão com atuação nas duas primeiras fases. Reformas mais recentes, como aquelas que aconteceram em países latino-americanos nos últimos 20 anos, agregaram àquela etapa intermediária funções dirigidas à preparação do juízo de mérito, tendo em vista sua otimização, inserindo em seu escopo a análise de questões estritamente processuais e a admissibilidade probatória. O direito processual

Abstract: Criminal procedural systems reformed from the late 1980s to the present day, generally, have implemented an intermediate stage (which Francesco Carnelutti defined as a "diaphragm") between the pre-trial stage and the criminal proceedings. In this intermediate stage, the admissibility of the prosecution judgment is made, with the primary purpose of avoiding cognitive impairments to the court responsible for the judgment of the case, which must, therefore, be different from the judge acting in the first two phases. More recent reforms, such as those that took place in Latin American countries in the last 20 years, added to the intermediate stage functions related to the optimization of the trial stage, inserting in its scope the previous analysis of strictly procedural issues and the admissibility of evidences. Brazilian criminal procedural law,

penal brasileiro, até o presente momento, segue a forma de um modelo bifásico, inexistente a etapa intermediária. Assim, em metodologia comparativa, o artigo analisa a experiência latino-americana relativa ao tema para afirmar a necessidade de sua implementação no Brasil. Avaliou-se, também, as alterações (suspensas por decisão monocrática no STF) na atual legislação brasileira, determinadas pela Lei 13.964/2019, que inauguram, de forma limitada, a etapa intermediária.

Palavras-chave: Direito processo penal – Etapa intermediária – Juiz de garantias – Metodologia comparativa – Reforma legislativa.

until now, follows the form of a biphasic model, with no intermediate stage. Thus, in comparative methodology, the article analyzes the Latin American experience regarding this theme to affirm the need for its implementation in Brazil. The changes in the current Brazilian legislation (suspended by a monocratic decision in the Supreme Court), determined by the Federal Law 13,964/19, which inaugurated, in a limited way, the intermediate stage, were also evaluated.

Keywords: Comparative methodology – Criminal prosecution – intermediate stage – preliminary judge – legal reform.

Sumário: 1. Introdução. 2. A etapa intermediária como diafragma entre a investigação e o processo e como etapa de preparação do processo: a experiência latino-americana. 2.1. O diafragma de Carnelutti e o sistema do duplo juiz. 2.2. O contexto político e as bases normativas das reformas processuais penais latino-americanas. 2.3. A preparação do juízo de mérito na etapa intermediária de processos penais latino-americanos e o papel do juiz de garantias. 3. A etapa intermediária no direito processual penal brasileiro. 3.1. Há uma etapa preliminar no processo penal brasileiro? 3.2. Uma proposta para a etapa intermediária no direito processual penal brasileiro. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. Introdução

Diversos ordenamentos jurídicos processuais europeus e latino-americanos, com diferentes configurações, funções e dimensões, preveem a etapa intermediária como uma fase processual inserida entre o procedimento de investigação preliminar e a fase de instrução e julgamento.

Sobre este tema, é essencial constatar que os países que realizaram reformas globais em seus modelos processuais penais – não raro substituindo antigos códigos processuais penais inquisitivos por sistemas processuais acusatórios, adversariais, orais – necessariamente implementaram etapas interpostas entre as fases tradicionais da persecução penal (investigação e processo).

Neste ponto, a experiência europeia, de países como Itália, Espanha e Portugal, pode ser muito rica para compreender os motivos que sustentam a imprescindibilidade da etapa intermediária. A despeito disso, consideramos que as reformas latino-americanas dos últimos 30 anos, que foram todas refundações acusatórias do processo penal, podem oferecer exemplos mais adequados à realidade brasileira.

Por este motivo, seguindo bases metodológicas inerentes à comparação jurídica, buscou-se estudar diversos modelos processuais penais estrangeiros, especificamente no tocante ao tema deste artigo, para identificar possíveis contribuições às recentes discussões sobre a reforma do processo penal brasileiro. Vale investir alguns parágrafos na discussão sobre os métodos de pesquisa empregados, que ajudam a entender as escolhas feitas em relação ao modelo latino-americano como base para a reforma brasileira.

Neste contexto, foram adotados recortes metodológicos que remetem às técnicas de comparação legislativa. A metodologia em direito comparado pode contar com diferentes esquemas de trabalho a operar simultaneamente, que dependem – em maior ou menor medida – de necessidades específicas surgidas no curso do trabalho de investigação. Nesta linha, Van Hoecke (2015, p. 1-35) identifica seis métodos diversos de pesquisa em direito comparado: (i) o funcional; (ii) o analítico; (iii) o estrutural; (iv) o histórico; (v) o *law in context*, ou método contextualizado; e (vi) o *common core*, ou método do núcleo comum. Em verdade, não se trata de rol taxativo (eis que outras técnicas podem ser empregadas em pesquisa comparativa) ou de métodos mutuamente excludentes. Antes, todos compõem o que o mesmo autor chama de *pluralist toolbox* à disposição do comparatista.

Assim, os objetivos da pesquisa, cujos resultados aqui se apresenta, dirigiram-se à análise de ordenamentos jurídicos estrangeiros, como forma de contribuir com a reforma do Código de Processo Penal pátrio. Neste âmbito, foram empregados, sobretudo, os seguintes aspectos metodológicos: (i) a técnica do núcleo comum (*common core*), que remete, aqui, ao juízo de admissibilidade da acusação e suas diferentes estruturas e funções identificadas nos ordenamentos estudados; e (ii) os postulados do *law in context*, eis que não é possível analisar um sistema legal estrangeiro com olhos e bases doutrinárias de nosso próprio sistema legal, sem prejudicar severamente a compreensão do modelo analisado.

Aqui, é fundamental ter cuidado com vieses determinados por seu próprio quadro jurídico normativo e, principalmente, realizar esforços para transcendê-lo, pelo uso de elementos externos "neutros" no trabalho de comparação. Com efeito, "o comparatista deve erradicar as pré-compreensões de seu sistema legal nativo" (ZWEIGERT; KÖTZ, 1998, p. 35). Assim, a noção de *law in context* abarca a dimensão histórico-política e põe em foco o contexto social, cultural, econômico, entre outros, em que se encontra o direito.

Analisadas experiências europeias e latino-americanas segundo esta régua metodológica, parece muito claro que as reformas globais latino-americanas – que

se constituíram como verdadeira refundação acusatória, na feliz expressão de Fauzi Hassan Choukr (2017, *passim*) – representam vivências bastante adequadas à contextura brasileira, especialmente pelo fato de que o Brasil compartilha com os países da América de língua espanhola o histórico de utilização autoritária de processos penais de essência inquisitiva e as exigências de alterações legislativas estruturais no marco da redemocratização.

Neste ponto, o Brasil tem muito a aprender com os exemplos de processos penais adequados a Constituições democráticas e à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) que surgiram, recentemente, no subcontinente. Além disso, o perfil da criminalidade, as condições sociais e políticas, as tradições culturais, as heranças coloniais, entre outras, são características que nosso país partilha com outros países latino-americanos e não com países europeus.

É evidente, por outro lado, que não se postula a adoção da lei processual penal chilena, argentina ou mexicana no Brasil. Mesmo entre países latino-americanos de língua espanhola, há significativas diferenças estruturais nos códigos de processo penal.

O que se propõe, aqui, é entender como padrões estrangeiros podem contribuir com o aperfeiçoamento – e, neste caso, com a reforma global – da legislação brasileira, sempre respeitados os caracteres jurídico-constitucionais, políticos, econômicos e culturais pátrios. Em relação ao tema deste escrito, utilizou-se como referência, entre outras possíveis, as legislações chilena, uruguaia e mexicana. Nada obstante, no ponto em que se realiza comparação direta dos modelos de etapa intermediária, optou-se pelo regramento chileno.

Deste modo, com tal objetivo e direcionamento metodológico, o presente texto foi estruturado em 2 partes:

A primeira parte se volta a compreender o papel de "diafragma" da etapa intermediária, aspecto presente tanto nos modelos europeus como nos latino-americanos, visto que, pelas razões expostas, o foco estará nos últimos. Neste mesmo contexto, analisa-se a introdução do juiz de garantias, no Brasil, pela Lei 13.964/2019, para verificar em que medida pode ser considerada um marco da implementação da etapa intermediária.

A segunda parte está voltada a discutir o papel da etapa intermediária como instância de preparação do juízo de mérito, que não está presente em todos os modelos estudados, mas representa uma das mais importantes funções que esta fase pode desempenhar. Aqui, também se apresenta uma proposta de etapa intermediária para o processo penal brasileiro.

2. A etapa intermediária como diafragma entre a investigação e o processo e como etapa de preparação do processo: a experiência latino-americana

Na vivência europeia e latino-americana, a etapa intermediária exerce três principais funções: (i) o papel de diafragma entre as fases, que impede que elementos cognitivos adquiridos na fase da investigação preliminar, desprovidos do contraditório, possam influenciar o convencimento do órgão jurisdicional que apreciará o mérito; (ii) ainda, no contexto do papel de diafragma, a fase intermediária também serve como "filtro" da ação processual penal, a evitar acusações infundadas, desprovidas das chamadas "condições da ação"; e (iii) a tarefa de preparar a etapa processual, pelo controle dos aspectos formais da acusação, a delimitação do objeto de juízo e o controle da admissibilidade probatória, entre outras finalidades secundárias.

O primeiro daqueles perfis ("diafragma") está presente em todos os modelos processuais que foram resultado de reformas globais acusatórias, desde os anos 1980, na Europa, como Espanha, Itália e Portugal, e na América Latina. Pode-se dizer que representa a função básica, obrigatória e constitutiva da etapa intermediária. O segundo perfil (preparação do juízo de mérito), que não é essencial para que se possa falar em etapa intermediária, apresenta-se, nos diferentes códigos processuais penais adversariais, em maior ou menor grau.

Este capítulo se ocupa, pois, da etapa intermediária como diafragma entre a investigação e processo e como instância de preparação (depuração) do juízo de mérito.

2.1. O diafragma de Carnelutti e o sistema do duplo juiz

A doutrina europeia continental[1] já havia proposto, décadas antes da concretização das reformas acusatórias dos anos 1980 e 1990, a separação entre as fases

1. Vale mencionar que o modelo adversarial anglo-americano, desde muito antes das reformas na Europa continental, prevê uma espécie de fase oral intermediária. De fato, a separação entre as fases também se percebe no modelo norte-americano, respeitadas suas especificidades. Neste sentido, Caldwell e Nardini (1977, p. 210-211): "When a person is accused of a major crime, he may be given a preliminary hearing, or examination, before the magistrate, ordinarily within a few hours after his arrest. [...]. The purpose of the preliminary hearing is to determine whether there is sufficient evidence to justify holding the accused for further proceedings by the grand jury or the trial court.

da persecução penal, como sucedeu, concretamente, em relação à reforma italiana de 1988, que adotou o sistema do *doppio fascicolo* (autos duplos).

Em relação ao tema, é particularmente importante a inovadora contribuição de Carnelutti (1962, p. 57-61), ainda nos anos 1960, ao sustentar o que chamou de "diafragma entre a fase preliminar e a fase definitiva", característica que seria reconhecida como um dos elementos essenciais de um processo penal acusatório[2]. Sobre a questão da essencialidade da separação entre as fases para a caracterização de um sistema acusatório, também é recomendável a leitura do artigo "Il 'principio dispositivo in tema di prova' nel processo penale", de Pasquale Bronzo (2013, p. 411-424, com tradução publicada no Brasil em 2018).

De fato, logo que entrou em vigor a Constituição italiana de 1948, texto histórico de superação do fascismo, Carnelutti assumiu o protagonismo na defesa da reforma do *Codice Rocco*, de 1930, peça legislativa que, em certa medida, simbolizava o próprio regime autoritário. Nesta toada, o autor afirma que as influências da fase preliminar, evidentemente inquisitiva, sobre o juízo oral, era um dos pontos críticos daquele Código, pelo fato de que as duas etapas estariam conectadas por um "cordão umbilical", consubstanciado no fato de que os autos da *investigação* comporiam o caderno processual (CARNELUTTI, 1960, p. 109).

Nos seus próprios termos, em tradução livre, segue trecho de sua intervenção no *Convegno sulla riforma del processo penale*, promovido pelo Centro di Cultura e Civiltà da Fondazione Giorgio Cini, em setembro de 1961, em Veneza, em que apresenta a noção de "diafragma" entre as fases da persecução penal (CARNELUTTI, 1962, p. 58-59):

> "O contraditório é o meio essencial para garantir a imparcialidade do juiz, a qual não significa honestidade, como se acredita comumente, mas sim a capacidade de superar a sua própria natural parcialidade; em suma, de chegar a estar *al di là* da parte, que quer dizer, então, *al di là* do homem. Infelizmente, com o método vigente, as provas obtidas na fase preliminar são provas que se formam sem contraditório, ou seja, sem aquela garantia que é indispensável à justiça.

[…]. If the accused is discharged after the preliminary hearing, this usually concludes the prosecution of the case, but he may be rearrested on the same charge if for any reason it later appears that he may be more successfully prosecuted. If, on the other hand, he is held for trial, he may be released on bail or detained in the local jail." (p. 210-211)

2. Renzo Orlandi (2011, p. 51 e ss., com tradução publicada no Brasil em 2019), no texto *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, texto que recomendamos para uma revisão da evolução do processo penal italiano no pós-Guerra, explica que este foi um dos pontos centrais da reforma italiana.

> E se o juiz, na audiência, confia em tais provas ao ponto que (infelizmente, quase sempre), quando o réu ou a testemunha diz diante dele algo diferente do que disse na fase preliminar, ele acredita na primeira e não na segunda versão, e, às vezes, até compele a testemunha, se não o acusado, a voltar àquela com a ameaça de incriminação, isto significa que o contraditório na audiência é nada mais do que uma ficção, para não dizer uma zombaria da justiça. Então, o dilema é este: ou são formadas as provas em contraditório na fase preliminar, e se renuncia ao sigilo, ou se mantém o sigilo e, para garantir a formação das provas em contraditório, deve-se pôr um diafragma entre a fase preliminar e a fase definitiva, o que significa que se proíbe ao juiz de conhecer o que aconteceu na fase preliminar".[3]

Com entendimento semelhante, apresentado no célebre texto "Linee di un processo accusatorio"[4], Franco Cordero (1965, p. 62-63), ainda na vigência do *Codice Rocco*, afirma, em trecho longo, porém, irretocável (tradução livre):

> "Em vez de reformar o processo, ele foi dividido: a um procedimento sem contraditório foi acrescido outro em que a disputa é admitida, e, da soma dos dois, saiu a simbiose que é comumente chamada de "processo misto". O primeiro, confiado a um juiz instrutor, foi chamado de *istruzione*[5]; ao segundo foi concebido

3. Tradução livre de: "Il contraddittorio è il mezzo essenziale per garantire l'imparzialità del giudice, la quale non significa onestà, come si crede comunemente, ma piuttosto capacità di superare la propria naturale parzialità; insomma di arrivare ad essere al di là dalla parte, che vuole poi dire al di là dall'uomo. Purtroppo con il metodo vigente, le prove assunte nella fase preliminare sono prove che si formano senza contraddittorio, cioè senza quella garanzia che è indispensabile alla giustizia. E se il giudice, all'udienza, si fida di queste prove al punto che, purtroppo quasi sempre, quando l'imputato o il testimone dice davanti a lui qualche cosa di diverso da quello che ha detto nella fase preliminare, crede alla prima e non alla seconda versione, e qualche volta perfino costringe il testimonio, se non l'imputato, a tornare a questa con la minaccia dell'incriminazione, questo vuol dire che il contraddittorio all'udienza è niente altro che una finzione, per non dire una beffa della giustizia. Allora il dilemma è questo: o si formano le prove in contraddittorio nella fase preliminare e si rinuncia al segreto, o si mantiene il segreto e per garantire la formazione delle prove in contraddittorio si deve porre un diaframma tra la fase preliminare e la fase definitiva, il che vuol dire che si interdice al giudice di conoscere ciò che è avvenuto nella fase preliminare."
4. Apresentado oralmente, em Lecce, na histórica 4ª edição do *Convegno di studio "Enrico de Nicola – Problemi attuali di diritto e procedura penale"*, dedicada aos *Criteri direttivi per una riforma del processo penale*.
5. Na forma do *Codice Rocco* (1930), trata-se da fase inicial do processo penal italiano, a *istruzione formale*, que é o procedimento de produção de provas, conduzido por um

> o nome *dibattimento*[6]; um está voltado a operações secretas documentadas por escrito (o sentido religioso das atas, típico do estilo inquisitorial, é um produto de cautela, desconfiança, escrúpulo exasperado); o outro, destinado a reviver os fatos descritos nos protocolos do instrutor. Ostentava-se a mistura como um produto feliz da inteligência combinatória; diz-se mesmo que sistemas como o nosso representam o ponto ideal de equilíbrio entre as duas diretrizes que se alternam na história dos institutos. São avaliações abundantemente otimistas. Por mais desagradável que seja admitir, os opostos não se permitem conciliar. Quero dizer que o *dibattimento* precedido por uma *istruzione* escrita e secreta tem muitas probabilidades de se resolver em uma ficção de um processo acusatório. De fato, as provas formadas na etapa anterior se insinuam tal e qual; além disso, admitindo que devem ser renovadas *coram partibus* (é o mínimo que se possa pretender, caso se queira que o *dibattimento* sirva para alguma coisa), tudo depende do valor que compete aos autos do instrutor. Se os dois depoimentos feitos sucessivamente pela mesma testemunha são considerados provas de igual hierarquia, sempre preferível a primeira, o juiz decide com base no que outro magistrado diz ter apreendido secretamente: no resultado, não se vê uma grande diferença com os métodos de Valdès e Torquemada."[7]

---

magistrado, sob sigilo e com nula participação da defesa. O magistrado produz as provas e, então, decide se o imputado será submetido à fase oral do processo, o *dibattimento*.

6. Fase processual da persecução penal italiana, que sucede à *istruzione* e termina com a emanação da sentença.

7. Tradução livre de: "Anziché riformare il processo, lo si è sdoppiato: a un procedimento senza contraddittorio se ne è aggiunto un altro in cui è ammessa la disputa, e dalla somma dei due è venuta fuori la simbiosi che si suol denominare "processo misto". Il primo, affidato ad un giudice istruttore, è stato denominato "istruzione"; per il secondo si è escogitato il nome "dibattimento"; l'uno vòlto a operazioni segrete documentate per iscritto (il senso religioso del verbale, tipico dello stile inquisitorio, è un prodotto di cautela, diffidenza, scrupolo esasperato); l'altro inteso a far rivivere i fatti descritti nei protocolli dell'istruttore. Si è vantato il compromesso come un felice prodotto d'intelligenza combinatoria; si dice persino che sistemi sul tipo del nostro rappresentino il punto ideale d'equilibrio fra le due direttive che si alternano nella storia degli Istituti. Sono apprezzamenti abbondantemente ottimistici. Per quanto spiacevole sia l'ammetterlo, gli opposti non si lasciano conciliare. Voglio dire che il dibattimento preceduto da un'istruzione scritta e segreta ha molte probabilità di risolversi in una finzione di procedimento accusatorio. Infatti, le prove formate nello stadio anteriore vi si insinuano tali e quali; inoltre, ammesso che debbano essere rinnovate *coram partibus* (è il minimo che si possa pretendere, se si vuole che il dibattimento serva a qualcosa), tutto dipende dal valore che compete ai verbali dell'istruttore. Se le due deposizioni rese successivamente dal medesimo testimonio sono considerate prove di pari rango, ogniqualvolta sia preferita la prima, il giudice decide in base a quanto un altro magistrato

É fato que a *istruzione*, prevista no Código de Rocco, que correspondia a uma das fases do processo penal italiano, não coincide exatamente com a nossa fase de investigação preliminar, representada pelo inquérito policial, eis que a nossa é prévia ao processo e conduzida por autoridade administrativa. A despeito disso, segundo a metodologia comparativa utilizada, é de se concluir que, em larga medida, a *istruzione* exercia uma função análoga à do inquérito policial brasileiro, ainda que em momentos diversos da persecução penal.

Por este motivo, vale transpor o conceito carneluttiano de diafragma à separação entre as etapas do inquérito policial e do processo penal, no caso brasileiro. Veja-se que os autos de nosso procedimento de investigação preliminar condizem precisamente com o "cordão umbilical", para usar a expressão de Carnelutti, entre as diferentes fases da persecução, que terminava por reunir em caderno processual único elementos probatórios produzidos em todas as fases, com ou sem contraditório, precisamente como sucede no processo penal pátrio[8].

Ademais, posteriormente à reforma do processo penal italiano, no regramento atual (CPP de 1988), há plena separação entre a fase das *indagini preliminari* ("investigações preliminares", equivalentes ao inquérito policial) e o processo. Com efeito, durante a etapa de investigação atua o *giudice per le indagini preliminari*, bastante assemelhado ao juiz das garantias, do modelo latino-americano, cujos escopos, nos dois casos, não incluem poderes probatórios ou ônus relativos à investigação.

O que se extrai, portanto, do modelo italiano, desde os debates sobre a reforma que tiveram lugar nos anos 1960, é a importância do sistema de *duplo juiz*, no qual um órgão jurisdicional atua na fase da investigação, sempre que a jurisdição for necessária para restringir direitos dos envolvidos (como a decretação da prisão preventiva ou outras medidas cautelares), e outro órgão atua na fase processual, sem qualquer contato com os autos da etapa preliminar.

Ocorre que este sistema de *duplo juiz* depende, necessariamente, de uma etapa intermediária, que promova a ligação possível entre as fases, como se demonstrará a seguir, com base na vivência latino-americana.

---

dice d'aver appreso segretamente: nel risultato non si vede una grande differenza con i metodi di Valdés e Torquemada."

8. Sobre a questão do caderno processual único, Pasquale Bronzo (2017, p. 11-12) observa que "la presenza di un fascicolo processuale, omnicomprensivo, ha caratterizzato tutti i sistemi basati sullo schema del processo misto (istruzione formale-dibattimento) che si sono avvicendati in Italia, fino al codice Rocco".

2.2. O contexto político e as bases normativas das reformas processuais penais latino-americanas

Nos países de língua espanhola da América Latina, salvo algumas exceções, as reformas processuais aconteceram no importante momento histórico correspondente à redemocratização, derrubadas as ditaduras militares e os estados autoritários que caracterizaram a região durante parte do século XX.

Os modelos processuais vigentes nos períodos autoritários quase sempre eram representantes do sistema processual penal napoleônico, autoproclamado "misto", com essência eminentemente inquisitória. Embora as legislações "mistas" sejam, em regra, anteriores às ditaduras regionais, constata-se que o período foi caracterizado por um recrudescimento da verve inquisitiva.

No caso de diferentes países do continente, a redemocratização estabeleceu as bases políticas para que ganhasse força o debate sobre a reforma do processo penal, que já havia sido inaugurado por autores como Julio Maier e Alberto Binder. Há, neste aspecto, um forte discurso pela afirmação dos direitos do indivíduo diante do poder estatal, que ajudou a abrir o espaço para os movimentos reformistas.

Sobre isto, Leonel González Postigo (2015, *passim*) divide os movimentos de reforma processual latino-americanos em três momentos principais:

a) o primeiro é chamado de *transição democrática*, no qual a discussão e aprovação dos novos códigos de processo penal ocorreram como resultado da superação dos regimes autoritários e da consequente reconstrução democrática dos Estados.

No âmbito normativo, os novos códigos de processo penal da América Espanhola adotaram declaradamente o modelo *acusatório*, também chamado, sem distinções teóricas importantes, de *adversarial* ou, ainda, de *processo oral*.

De maneira muito sintética, as legislações emergentes estabelecem um processo caracterizado pela publicidade, pelo contraditório e, sobretudo, como princípio fundamental, pela oralidade. E, neste *processo por audiências*, os atos decisórios, em regra, devem sempre ser proferidos em sessão pública, oral e contraditória, com plena possibilidade de participação das partes. Além disso, a separação das atividades de investigação e julgamento, discutida no tópico anterior, está contemplada de maneira bastante rigorosa. Outra característica fundamental é a vedação ao juiz de tomar iniciativas instrutórias, salvo, em alguns países, para esclarecimentos dentro do contexto fático-probatório proposto pelas partes.

A estrutura procedimental, normalmente, é composta por três audiências principais, que podem ser complementadas por outras, de acordo com as

necessidades específicas de cada caso: (i) preliminar, ou de investigação; (ii) intermediária; e (iii) de juízo oral, ou de mérito.

A etapa preliminar é formada por uma ou mais audiências, presididas pelo *juiz das garantias*, e tem por finalidade básica a formalização da investigação pelo órgão de acusação, em face de determinado cidadão, que dela deve tomar conhecimento. Além disto, na mesma audiência, são estabelecidos os limites materiais (temas) e temporais (prazo de duração) da investigação preliminar, sempre com a intervenção das partes. Neste ponto, também se realiza, se for o caso, o controle de detenção, a decretação de medidas cautelares e a instauração de procedimentos de produção antecipada de provas urgentes ou irrepetíveis. Ainda, na maior parte dos sistemas processuais da região, nesta fase, já é possível a adoção de soluções alternativas ao processo, mediante procedimentos simplificados (*juicio abreviado*), acordos entre as partes, mediação penal, justiça restaurativa, entre outros. Uma única audiência pode servir a todas as finalidades precitadas, como forma de otimização dos tempos e recursos humanos e materiais disponíveis.

A etapa intermediária, que nos importa neste texto, está direcionada ao controle da acusação e à preparação do posterior juízo oral (de mérito). Deste modo, concretamente, apresentada a acusação (por escrito) e assegurado o acesso do imputado ao seu conteúdo, para fins de preparação da defesa, o juízo de admissibilidade acontece em audiência.

E, neste mesmo estágio em que se opera o juízo da acusação, costuma ser possível à defesa arguir vícios formais ou materiais da acusação, que serão debatidos pelas partes, na própria audiência, e no ato decididos pelo juiz.

Se a acusação for admitida, o que segue é a *preparação do juízo de* mérito, que parece ser uma das mais importantes finalidades da etapa intermediária, para além do diafragma. Aqui, o objeto do juízo (conteúdo de mérito) será determinado pelas partes no contexto das *teorias do caso* que devem apresentar e, a partir das quais, especificarão, para fins de controle de legalidade, as provas que pretendem produzir.

Neste ponto, se provocado, o juiz decidirá sobre eventuais exclusões probatórias (provas ilícitas, por exemplo), além de outras questões preparatórias, como nulidades e exceções processuais. A fase intermediária é, então, concluída com o *auto de abertura do juízo oral*, que, entre outras coisas, inaugura a fase seguinte e estabelece o conteúdo do caso penal. Em regra, se for o caso, as soluções alternativas ao processo também podem ser concretizadas nesta fase. Vale frisar que tudo deve ocorrer em uma única audiência, que pode se desdobrar em outra(s), excepcionalmente.

Nas etapas preliminar e intermediária, a jurisdição é exercida pelo chamado *juiz das garantias*, que também recebe outros nomes nos vários modelos reformados.

Então, o sistema de *processo por audiências* é concluído com a etapa do *juízo oral*, em que ocorre a instrução e o julgamento do caso penal, sempre de forma oral, garantidos a paridade de armas, o contraditório e o protagonismo das partes na reconstrução probatória dos fatos. O órgão jurisdicional que atua nesta fase, obrigatoriamente diferente do juízo que atuou nas etapas precedentes, costuma ser colegiado (no Chile, a exemplo, é formado por três juízes togados), embora existam experiências de juízos orais unipessoais.

Este primeiro momento dos movimentos de reforma processual penal latino-americanos aconteceu – e ainda acontece – em velocidades diversas nos vários diferentes países, já que alguns deles aprovaram seus códigos e os implementaram ainda nos anos 1990. Em outros casos, como o Uruguai, a implementação do novo Código é bastante mais recente[9]. De todo modo, considerando toda a América Latina, o Brasil segue como único país que ainda utiliza um Código de Processo Penal da primeira metade do século XX, de feição essencialmente inquisitória;

b) o segundo momento é chamado, pelo autor, de *consolidação do sistema e surgimento de novas demandas*, em que se instalam "novas discussões em relação aos sistemas de justiça penal. Eis que, em certa medida, já não restavam dúvidas quanto ao fato de que os conflitos deviam ser dirimidos no contexto de uma audiência oral e pública, nem de que os juízes deviam ser imparciais em todas as instâncias do processo" (GONZÁLEZ POSTIGO, 2015). Neste estágio, a implementação dos novos códigos, que funcionou de maneira bastante diversificada nos diferentes países, enfrentou desafios relacionados a questões orçamentárias, estruturais, de cultura institucional e de articulação política dos distintos interesses de classe envolvidos, inclusive, a título de exemplo, grande resistência à implementação da reforma por parte da magistratura.

9. Rol dos principais Códigos reformados, com suas respectivas datas de aprovação: Argentina (1991), Bolívia (2001), Colômbia (2005), Costa Rica (1998), Chile (2000), Equador (2001), El Salvador (1998), Guatemala (1994), Honduras (2002), México (2008), Nicarágua (2001), Paraguai (2000), Peru (2006), República Dominicana (2004), Uruguai (2014) e Venezuela (1999). Alguns países do continente que se configuram como repúblicas federativas, como o México e a Argentina, também têm (ou tiveram) Códigos próprios em províncias/estados. As datas indicadas se referem à aprovação das leis, eis que a implementação efetiva, em todo o território de cada país, em certos casos, como o Chile, demorou mais de 15 anos.

Este momento é tão importante quanto o primeiro, em que se discutiu o conteúdo jurídico dos novos marcos legais, na medida em que os êxitos da reforma dependem do sucesso em sua implementação, que sempre correu – e ainda corre – o risco, nas palavras de Alberto Binder, da "reconfiguração inquisitória dos sistemas adversariais". Sobre isto, importa transcrever um trecho de sua obra:

> "Um dos principais obstáculos para o desenvolvimento desta função de pacificação é a forte tendência dos funcionários judiciais de converter todas as instituições processuais em um conjunto de procedimentos. Por trás desta concepção não está apenas a rotina, a desídia ou o simples hábito mental, mas o fato de que o procedimento é a formalização própria do sistema inquisitorial. [...]. Quando os atuais códigos penais deste tipo [adversarial] são interpretados como novos procedimentos, sem compreender a profunda mudança no significado das formas processuais, então todo o processo de reforma degrada e reaparece a cultura inquisitorial, naquele fenômeno que é conhecido como 'reconfiguração inquisitória dos sistemas adversariais'." (BINDER, 2014, p. 29-30.)

Em outro escrito, Binder (2012, p. 145) ensina que adotar um novo modelo de processo penal exige "deixar algo para trás", de modo que é um equívoco imaginar que se trata de criar um sistema de justiça criminal sobre uma *tabula rasa*. Neste contexto, sabia-se que o sucesso da implementação careceria de profundas modificações nos modelos de gestão das instituições relacionadas com o processo penal. Este aspecto político-cultural da reforma e o modo como se lidou com ele na experiência dos países vizinhos merecem ser muito estudados e considerados no planejamento da reforma brasileira.

É fato que foram muito diversificados os caminhos e as soluções adotados nos diferentes países em que se fez a reforma processual penal acusatória. González Postigo (2015, *passim*) cita alguns exemplos: no caso chileno, a implementação gradual (no tempo e no território) do novo Código de Processo Penal, mediante planejamento diferenciado para cada região do país, conforme as particulares situações de infraestrutura, recursos humanos e capacitação. Além disso, no mesmo país, o novel sistema processual iniciou com carga zero, ou seja, os processos anteriormente instaurados concluíram sua tramitação na forma dos códigos anteriores.

Na Costa Rica e no Chile, entre outros, relatam-se experiências de inovação no que diz respeito à gestão judicial, fundadas em três princípios fundamentais: a) a separação das funções administrativa e jurisdicional, de modo que a primeira fica a cargo de administradores profissionais e a segunda, como já se disse, ocorre

de forma praticamente integral e exclusiva nas audiências; b) a centralização (inclusive física) de serviços comuns, tendo em vista a otimização de recursos e processos administrativos; c) a informatização do expediente, sendo digno de nota o fato de que os gabinetes de juízes e escritórios nos ofícios judiciais não têm autos de processos ou papéis sobre as mesas ou em armários e arquivos.

Além disto, houve importante investimento de recursos na estruturação e capacitação dos órgãos oficiais de acusação, notadamente pelo fato de que o Ministério Público, em tais estados, salvo exceções, não tinha estruturas muito desenvolvidas. Segundo Vargas Viancos (2010, p. 73), a concretização da legislação adversarial se fez sobre a base de um discurso ao mesmo tempo *garantista* (basicamente pela existência de um juízo imparcial e independente e de uma defesa poderosa) e *eficientista* (pelo crescimento da importância e do tamanho do Ministério Público e da melhoria de sua capacidade informativa e de coordenação com o trabalho da polícia);

c) o terceiro (e contemporâneo) momento da experiência das reformas processuais penais é chamado de *estado da situação atual da reforma da América Latina* e se caracteriza, entre outras demandas, pela: (i) necessidade de estabelecer critérios político-criminais para a atuação do Ministério Público; (ii) efetivação de um modelo funcional de medidas cautelares alternativas à prisão; e (iii) adoção da oralidade no sistema recursal.

Por último, o autor defende a criação de mecanismos de monitoração das reformas, com atividades dedicadas exclusivamente a esta função e capacidade de promover modificações no curso dos processos de implementação (GONZÁLEZ POSTIGO, 2015).

As reformas processuais ibero-americanas se constituíram um fenômeno de grande interesse político e jurídico. Por um lado, países muito diferentes (em vários aspectos) adotaram linhas muito semelhantes, no aspecto jurídico, na construção de seus sistemas de processo penal, muito em razão do já mencionado e influente trabalho de Maier e Binder; por outro, os movimentos de reforma alcançaram êxitos políticos muito relevantes, quando se imagina que órgãos antes inexistentes ou mal estruturados, como o Ministério Público e a Defensoria Pública, assumiram lugar de protagonismo no processo penal, mas também em seus âmbitos de intervenção social, que não são poucos.

Ademais, no subcontinente, são muito correntes os discursos de adequação do processo penal à Convenção Americana dos Direitos Humanos e às Constituições locais, fato que reforça, em países que vivenciaram estados autoritários, o lugar do cidadão.

Nada obstante, é evidente que há inúmeros problemas, das mais diversas ordens, inclusive permanências inquisitivas em todos os países da região, que também podem – e devem – ser considerados em estudos sobre a reforma do Código de Processo Penal no Brasil.

De fato, o esforço de pensar a reforma processual penal brasileira não pode prescindir do estudo desta rica e bem-sucedida experiência político-jurídica.

Para tanto, considerando que o escopo deste texto é a proposta da implementação da etapa intermediária no Brasil, faz-se mister aprofundar o estudo do tema nos modelos latino-americanos, o que não pode acontecer sem breves palavras sobre o juiz de garantias.

2.3. A preparação do juízo de mérito na etapa intermediária de processos penais latino-americanos e o papel do juiz de garantias

Como dito, as etapas preliminar e intermediária do processo penal acusatório, supradescritas, têm como órgão jurisdicional competente o *juízo de garantias*, cujo nome remete a um de seus papéis, relativo à decretação e ao controle de eventuais restrições de direitos dos investigados/imputados como a liberdade e o patrimônio. Sem embargo, o papel do juiz de garantias vai muito além disso, considerando-se as diversas finalidades daquelas etapas iniciais da persecução penal, principalmente a intermediária.

Nos diversos sistemas processuais penais da América Latina, este sujeito processual ganha papéis maiores ou menores. Então, para fins comparativos voltados à compreensão do caso brasileiro, a despeito de outros, o Código de Processo Penal chileno será utilizado como referência, eis que se trata de um dos modelos mais abrangentes.

No Chile, há uma regra geral de competência, mais relacionada à etapa de investigação, no art. 70, daquele Código, que dita:

> "El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que de lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitar el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución."

Veja-se que o foco está em atuações como: formalização da investigação, produção de determinadas provas que dependem de autorização judicial, controle de detenções e determinação de medidas cautelares na fase preliminar.

Embora esta seja a razão de ser da própria nomenclatura utilizada (juiz de garantias), de tudo o que já se expôs aqui, fica claro que a razão fundamental da criação do instituto é o sistema do *duplo juiz*, segundo os mesmos argumentos utilizados no contexto da reforma italiana. É essencial que o(s) juiz(es) do processo não tenham contato com tais medidas jurisdicionais adotadas na fase da investigação, como condição de possibilidade da imparcialidade durante a instrução e o julgamento.

Entendida esta finalidade precípua, vale revisar as demais funções específicas que o juiz de garantias tem no modelo chileno.

Assim, na fase de investigação, nos arts. 166 a 169, aquele órgão jurisdicional também recebe competência para apreciar a impugnação feita pela vítima ao arquivamento da investigação pelo Ministério Público. Neste caso, provocada a intervenção do juiz de garantias (pelo ofendido), se consideradas procedentes as razões apresentadas na *querella*, deve o membro do MP dar seguimento à investigação. Em certa medida, isto pode ser considerado uma permanência inquisitiva, eis que a jurisdição impõe ao Ministério Público o dever de investigar. Este ranço do modelo inquisitório, todavia, não tem consequências muito graves, basicamente pelo fato de que não será o juiz de garantias (que, aqui, realizou um *pré-juízo* sobre o conteúdo material do caso penal) a sentenciar, em futuro juízo oral de mérito, o mesmo caso. Uma vez mais, aqui, compreende-se a importância do *diafragma*, inexistente na situação atual do direito brasileiro.

Ainda, insere-se no rol de competências do juiz de garantias a determinação da produção antecipada de provas (urgentes e irrepetíveis, por exemplo), nos casos previstos em lei (art. 280), além de presidir o chamado *procedimento abreviado* (art. 406 e seguintes), correspondente ao modelo de justiça penal consensual (*plea bargaining*).

É na etapa intermediária, contudo, que o papel do juiz de garantias pode contribuir decisivamente para a imparcialidade do juízo do processo, além de sua celeridade, no contexto daquilo que se chama *preparação do juízo oral*, que, como já apresentamos, é a segunda grande finalidade da etapa intermediária.

No caso chileno, a audiência *intermedia*, de preparação do juízo, é de competência do juiz de garantias (art. 266 e seguintes), que atuará nos seguintes âmbitos, sempre em ato público e oral, com plenitude de possibilidades de contraditório: (i) determinar a correção de vícios formais na acusação (art. 270); (ii) resolver as exceções processuais opostas (art. 271); (iii) dirigir os debates sobre as provas oferecidas pelas partes (art. 272); (iv) estimular a conciliação sobre a responsabilidade civil (art. 273); (v) decidir sobre a união ou separação de acusações (art. 274);

(vi) estabelecer, em conjunto com as partes, as chamadas *convenções probatórias* (casos em que fatos são tomados por incontroversos, art. 275); (vii) excluir provas impertinentes, nulas, ilícitas etc. (art. 276); e (viii) formulação do auto de abertura do juízo oral (art. 277). Em todas estas atuações, as partes têm amplas possibilidades de intervenção, impugnação e contraditório.

Assim, no âmbito da preparação do juízo oral, na etapa intermediária, vale destacar que a oralidade contribui, e muito, para a qualidade das decisões e, simultaneamente, para a celeridade do processo. Veja-se, para citar apenas um exemplo, que uma hipotética arguição de inépcia da acusação, pela omissão de um elemento do tipo penal na descrição da conduta, será discutida em audiência e pode ser resolvida pelo Ministério Público, no ato, por simples reformulação da imputação, de modo a evitar as impugnações que costumeiramente verificamos no processo brasileiro, por meio de inúmeros recursos e *habeas corpus*.

Parece importante, ainda neste estágio de preparação do processo, destacar a atuação do juiz de garantias na admissibilidade das provas: uma arguição de ilicitude probatória, por exemplo, seria discutida pelas partes, na audiência intermediária, e resolvida ali mesmo pelo juiz. Neste aspecto, as vantagens deste modelo podem ser vistas no fato de que o juiz do processo não terá contato com provas consideradas ilícitas (e nem saberá que elas existiram).

Além disso, como as questões formais, processuais e de validade probatória são discutidas, decididas e esgotadas (ressalvado, por óbvio, o direito a recursos) na etapa intermediária, a fase seguinte, o juízo de mérito (*juicio oral,* na nomenclatura da maior parte dos modelos latino-americanos) tende a acontecer de maneira focada quase que exclusivamente nas questões de mérito. Este fato promove celeridade, sem prejuízos à qualidade da decisão e ao respeito a direitos constitucionais do acusado.

No caso da reforma brasileira, então, importa muito estudar, conhecer e compreender a etapa intermediária dos demais países da região, pois poderia representar um enorme avanço em nosso próprio sistema processual penal, como discutiremos no próximo capítulo.

3. A etapa intermediária no direito processual penal brasileiro

Com base na sucinta apresentação que fizemos sobre o papel da etapa intermediária em modelos processuais penais estrangeiros, com ênfase na América Latina, cabe, agora, avaliar a situação brasileira em relação ao tema – notadamente depois das alterações no Código de Processo Penal operadas pela Lei 13.964/2019 – e expor uma proposta para a reforma do processo penal pátrio.

3.1. Há uma etapa preliminar no processo penal brasileiro?

É um fato amplamente conhecido no meio jurídico processual penal brasileiro a tradicional divisão de nossa persecução penal em duas fases, a investigação preliminar e o processo penal.

Entre elas, existe uma relação de continuidade, dependência e integração. A acusação e o processo dela instaurado representam, geralmente, um desdobramento das conclusões do inquérito, sobretudo quando se constata que os autos da investigação fazem parte dos autos do processo e, não raro, da própria fundamentação da sentença. Como vimos adrede, é precisamente esta relação que a ideia de etapa intermediária como *diafragma* pretende romper, para salvaguardar a imparcialidade jurisdicional, pois, naquilo que tem relação com o modelo histórico de nosso sistema processual penal, a resposta à pergunta apresentada no título deste tópico (há uma etapa preliminar no processo penal brasileiro?) é – e sempre foi – negativa. Seguimos, ainda hoje, tendo um sistema processual com duas fases, que não contempla o princípio da absoluta separação entre elas.

A despeito disso, o *juiz de garantias* figurou em, pelo menos, duas propostas legislativas recentes, o atual Projeto do Novo Código de Processo Penal, que é o PL 8.045/2010, da Câmara dos Deputados, derivado do PLS 156/2009, do Senado Federal, ainda em tramitação, e o chamado Projeto Anticrime (PL 6.341/2019), que foi aprovado na forma da Lei 13.964/2019. Nesta última proposta, a inclusão do instituto ocorreu durante a tramitação do projeto na Câmara, já que não o contemplava em sua proposta original.

No Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), as competências do *juiz de garantias* estão estabelecidas, de maneira bastante tímida, em seu art. 14, com extensão muito inferior àquela existente no modelo latino-americano[10]. De fato, a competência está restrita à fase da investigação preliminar,

10. *Projeto de Lei n. 8.045/2010*: Art. 14. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República; II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 555; III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla

pois o órgão não teria, segundo o texto atual do projeto, qualquer atuação em relação à acusação.

Deste modo, o texto sequer contempla a função básica da etapa intermediária, isto é, o *diafragma*. No projeto, o recebimento da denúncia segue no âmbito da competência jurisdicional do juiz do processo.

Mesmo assim, a simples previsão do *juiz de* garantias, em competência restrita à investigação preliminar, pode ser considerada uma evolução. A despeito disso, é certo que o PL 8.045/2010 perdeu a chance de inserir funções jurisdicionais que tornariam o instituto mais amplo e adequado aos ditames constitucionais do processo, além de contribuir para a celeridade e a racionalização do juízo de mérito.

Por outro lado, a Lei 13.964/2019 trouxe inovações mais avançadas em relação a este tema, de modo que a inserção do *juiz de garantias* em nosso atual Código de Processo Penal, entre os arts. 3º-A e 3º-F, torna a pergunta supra relevante, na medida em que sua implementação poderia, efetivamente, representar a inauguração de uma etapa intermediária em nosso direito processual penal.

É sabido que, por decisão monocrática do Ministro Luiz Fux, no âmbito do STF, a efetiva implementação deste importante sujeito processual foi suspensa por prazo indeterminado, no contexto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. Não nos compete, neste escrito, analisar a decisão de suspensão ou o mérito, a nosso ver infundado, das arguições de inconstitucionalidade. Apesar disso, ainda que não estejam em vigor os respectivos

---

defesa; VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X – requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação; XI – decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; XII – julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIII – determinar a realização de exame médico de sanidade mental, nos termos do art. 452, § 1º; XIV – arquivar o inquérito policial; XV – assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito de que tratam os arts. 11 e 37; XVI – deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; XVII – outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo.

dispositivos legais, vale o esforço de analisar o impacto do *juiz de garantias* aprovado pelo Poder Legislativo no escopo da etapa intermediária.

E, nesta toada, inclusive como resultado dos vários debates sobre o instituto que tomaram lugar desde a sua apresentação no PLS 156/2009, que se pode concluir que o *juiz de garantias* adquiriu competências mais abrangentes, que asseguram, de fato, a separação entre as fases.

Com efeito, o art. 3º-B, inciso XIV, do Código de Processo Penal, prevê que cabe a este novo órgão jurisdicional o *juízo de admissibilidade da acusação*:

> "Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:
>
> [...]
>
> XIV – decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código."

Ademais, note-se que o art. 3º-C, § 3º, impede que os autos da investigação permaneçam anexados aos autos do processo[11], enquanto o art. 3º-D proíbe ao juiz que exerceu a função de *garantia* a atuação na fase processual[12-13].

Por tudo, conclui-se que, de fato, o direito processual penal pátrio passa a contar com uma etapa intermediária, na medida em que se assegura a separação entre as fases. Há, aqui, uma grande evolução em relação ao texto proposto no PL 8.045/2010.

Questão que surge, neste contexto, é a de quão abrangente é a nossa novel etapa intermediária. No confronto com o modelo chileno, anteriormente apresentado como referência das reformas latino-americanas, percebe-se que ainda

11. BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 3º-C, § 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria deste juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado.
12. BRASIL. Código de Processo Penal. Art. 3º-D. O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º ficará impedido de funcionar no processo.
13. Vale frisar que parece haver um equívoco na redação do dispositivo: quando faz referência aos arts. 4º e 5º, do CPP, em verdade, deveria fazer referência aos arts. 3º-B e 3º-C.

há espaço para aperfeiçoamentos, pela ampliação das competências do juiz de garantias para todas as finalidades relacionadas à *preparação do juízo de mérito*.

De fato, veja-se que o Código de Processo Penal brasileiro ainda não contempla os atos relativos ao saneamento de vícios formais, à admissibilidade das provas e à delimitação do conteúdo do processo, que apresentamos alhures na experiência estrangeira. A atuação do *juiz de garantias* na preparação/depuração do processo penal, pela racionalização dos tempos e temas do processo, poderia, inclusive, minimizar os impactos econômicos de sua implementação, em razão da celeridade e racionalização que confere à fase do julgamento de mérito, além da consequente redução no número de recursos.

Para facilitar a compreensão deste ponto, no quadro a seguir, sintetizamos o alcance da etapa intermediária nos diversos modelos analisados supra: (i) a redação do CPP brasileiro até o advento da Lei 13.964/2019 (situação atual); (ii) o PL 8.045/2010 (Projeto de Reforma do CPP); (iii) o texto do CPP depois da Lei 13.964/2019 (ainda não implementado); e (iv) a proposta que consideramos ser a ideal, influenciada pelo modelo latino-americano:

Etapa intermediária e competências do juiz de garantias

Modelo	Situação atual (CPP 1941)	PL 8.045	CPP após a Lei 13.964/19	Modelo ideal (proposta teórica)
Oralidade plena?	Não	Não	Não	Sim
Competência para os atos jurisdicionais da fase de investigação?	Não	Sim	Sim	Sim
Existe uma etapa intermediária?	Não	Não	Sim	Sim
Competência para o juízo de admissibilidade? (Etapa intermediária)	Não	Não	Sim	Sim
Preparação do juízo de mérito? (Etapa intermediária)	Não	Não	Não	Sim

Em suma, das informações prévias, pode-se concluir que as alterações no Código determinadas pela Lei 13.964/2019, inauguram, efetivamente, uma etapa intermediária no processo penal brasileiro, que, todavia, ainda não foi implementada. Mais do que isto: a inovação corre sérios riscos que têm relação com

o fato de que reformas processuais não dependem exclusivamente de alterações normativas (aspecto jurídico), eis que também estão à mercê de questões culturais, estruturais, políticas, institucionais, orçamentárias e, com muita força, sujeitas a conflitantes interesses classistas.

Nada obstante, a se concretizar o texto dos arts. 3º-A a 3º-F do CPP, pela implantação dos juizados de garantias, já se pode dizer que o processo penal pátrio viveu uma evolução bastante significativa, mesmo que não se trate da "reforma ideal", inclusive por não prever a oralidade dos atos desta etapa intermediária, que, como vimos, é um dos princípios fundamentais da refundação acusatória.

Independentemente do futuro êxito do *juiz de garantias* no Brasil, que dependerá de decisões do STF, como proposta para futuros esforços reformistas, no último tópico, a seguir, apresentamos um paradigma mais amplo para a etapa intermediária no direito processual brasileiro.

3.2. Uma proposta para a etapa intermediária no direito processual penal brasileiro

Em linhas muito gerais, propomos uma etapa intermediária que promova a separação entre as fases, mas também sirva como procedimento de preparação do juízo de mérito, de modo a lograr todas as vantagens apregoadas anteriormente, como o saneamento do processo e o prévio controle de admissibilidade probatória.

Nada obstante, a melhor otimização da fase intermediária dependeria da refundação acusatória do processo penal brasileiro, que efetivamente concedesse o protagonismo probatório às partes, vedando iniciativas instrutórias do juiz que inovem em relação às propostas explicativas do caso ("teoria do caso") apresentadas pela acusação e pela defesa. Neste contexto, a etapa intermediária também se prestaria a delimitar o objeto de juízo, de acordo com as manifestações das partes, providência que também tende a tornar a fase de julgamento de mérito mais enxuta e racionalizada.

Na situação atual de nosso processo penal, a título de exemplo, inclusive pela possibilidade de condenar mesmo que haja pedido de absolvição pela acusação (art. 385 do CPP), além de suas diversas prerrogativas instrutórias, não há limites cognitivos ao juiz, à exceção daqueles determinados pela narração fática contida na acusação (imputação).

Nada obstante, ainda que não se promova uma reforma acusatória global do Código de Processo Penal, o exemplo da Lei 13.964/2019 demonstra que são possíveis pequenas (ou grandes) evoluções na contextura atual.

Deste modo, nossa proposta para a etapa intermediária contempla os seguintes caracteres básicos: (i) a separação entre as fases, já contemplada pela recente alteração do CPP; (ii) a oralidade plena; (iii) o saneamento do processo; (iv) o controle de admissibilidade probatória; e (v) a preparação do juízo de mérito.

Assim, para além daquilo que já faz parte do texto do CPP aprovado pelo Congresso Nacional (arts. 3º-A a 3º-F), entendemos que a etapa intermediária deve ter obrigatoriamente a forma de uma audiência, impondo-se a prática dos atos decisórios oralmente, como resultado do debate entre as partes.

Em prazo razoável mínimo antes da audiência, a defesa deve ter acesso à acusação escrita e ao rol de provas que o acusador pretende produzir. Isto é essencial para a preparação da defesa. Como se propõe uma *audiência intermediária*, parece desnecessário que o acusado apresente uma *resposta à acusação* por escrito, eis que todo o seu conteúdo será discutido e decidido oralmente.

Então, aberta a audiência, a palavra deve ser concedida à acusação, para que apresente, ao juiz de garantias, os fatos que são imputados ao acusado. Ato contínuo, promove-se o *juízo de admissibilidade da acusação*, pelo *controle formal e material* de seu conteúdo, momento em que podem ser arguidos vícios formais na peça de acusação ou a ausência de condições da ação. Neste ponto, também podem ser sustentados, pela defesa, temas como a separação ou união de processos, incidentes e exceções processuais.

Em caso de vícios formais, sempre que possível, estes devem ser corrigidos na própria audiência, de modo a evitar sua interrupção e a consequente postergação da persecução penal. Por outro lado, se proferido juízo negativo de admissibilidade, ou se assim o exigir a resolução de outra questão processual, encerra-se o feito.

De outro modo, recebida a peça de acusação, cita-se o réu, oralmente, garantindo-se que compreendeu bem os fatos imputados, e abre-se a discussão relativa às provas. Aqui, ambas as partes devem indicar as provas que pretendem produzir em juízo, sujeitando-as a controle de licitude e legitimidade pela parte contrária, com decisão do juiz. Trata-se do momento para requerer provimentos como: (i) a admissão de provas produzidas de forma antecipada; (ii) a exibição de provas que estejam em poder da contraparte e não tenham sido disponibilizadas previamente, fato que pode levar, no extremo, à suspensão da audiência; e (iii) a exclusão de provas ilegais (ilícitas ou ilegítimas).

Decididas todas as questões relativas às provas, a audiência deve ser concluída com a preparação do juízo de mérito, pela produção conjunta do documento que servirá de base para o julgamento do caso, chamado de *auto de abertura de processo penal*. Este documento deve conter: (i) a narração dos fatos imputados

e a classificação jurídica proposta pela acusação; e (ii) o rol das provas admitidas que serão produzidas pelas partes.

Posteriormente, o *juiz do processo* receberá, do *juiz de garantias*, apenas o *auto de abertura de processo penal*, de modo que os autos da investigação preliminar não devem, em nenhuma hipótese, fazer parte dos autos do processo.

Em suma, esta etapa operaria como um "despacho saneador", que também visa a resolver todas as questões processuais que poderiam prejudicar ou atrasar o exame do mérito na fase sucessiva.

No modelo aqui exposto, em suma, estão presentes todas as funções observadas na etapa intermediária de vários dos modelos latino-americanos, do *diafragma* à *preparação do juízo de mérito*.

4. Considerações finais

O texto propôs analisar modelos processuais estrangeiros, sobretudo latino-americanos, com a finalidade de verificar se é pertinente e útil a adoção da etapa intermediária no processo penal brasileiro.

Considerando-se as funções da etapa intermediária, por exemplo, no processo penal chileno, especificamente, a separação rigorosa entre as fases da investigação e do juízo de mérito ("diafragma") e a preparação do juízo oral, pode-se concluir que é indispensável sua incorporação ao sistema pátrio, tanto para fins de adequação constitucional como para promover celeridade processual e redução no número de impugnações, sem prejuízo a garantias processuais do acusado.

A Lei 13.964/2019 – embora esteja suspensa a vigência dos arts. 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal – inaugura a etapa intermediária no Brasil, ainda que de maneira bastante acanhada, eis que não contempla a oralidade plena e todos os atos de preparação do juízo de mérito.

Em suma, quando – e se – for implementado o juiz de garantias, um passo importante terá sido dado no aperfeiçoamento do ideal acusatório no processo penal brasileiro, mas ainda restará um considerável percurso para o aproveitamento ideal do instituto, que dependeria da adoção de uma etapa intermediária mais abrangente.

5. Referências

BINDER, Alberto M. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.

BINDER, Alberto M. ¿Qué significa implementar un nuevo sistema de justicia penal? In: *La implementación de la nueva justicia penal adversarial*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.045, de 22 de dezembro de 2010.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. Lei nº 13.694, de 24 de dezembro de 2019.

BRONZO, Pasquale. *Il fascicolo per il dibattimento*: poteri delle parti e ruolo del giudice. Pádua: CEDAM, 2017.

BRONZO, Pasquale. Il 'principio dispositivo in tema di prova' nel processo penale. In: *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Napoli, numero speciale: I principi nell'esperienza giuridica, p. 411-424,14-15 nov. 2014, pp. 411-424.

BRONZO, Pasquale. O princípio dispositivo em matéria de prova no processo penal. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; PAULA, Leonardo Costa; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 4.

CALDWELL, Robert G.; NARDINI, William. *Foundations of law enforcement and criminal justice*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1977.

CARNELUTTI, Francesco. Intervenção oral. In: AA.VV. *Primi problemi della riforma del processo penale*. Florença: Sansoni, 1962.

CARNELUTTI, Francesco. *Principi del processo penale*. Nápoles: Morano, 1960.

CHILE. Ley 19.696, de 29 de septiembre de 2000.

CHOUKR, Fauzi Hassan. Permanências inquisitivas e refundação do processo penal: a gestão administrativa da persecução penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 1-2.

CORDERO, Franco. Linee di un processo accusatorio. In: AA. VV. *Convegni di Studio 'Enrico de Nicola'*: criteri direttivi per una riforma del processo penale. Milão: Giuffrè, 1965. v. IV.

GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La reforma procesal penal en Latinoamérica. In: *Evalución de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá*. UNODC-CEJA, 2015.

ORLANDI, Renzo. Direitos individuais e processo penal na Itália republicana. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson; PAULA, Leonardo Costa; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio (Orgs.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2019. v. 1-2.

ORLANDI, Renzo. Diritti individuali e processo penale nell'Italia republicana. In: AA. VV. *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*: Materiali dall'incontro di studio – Ferrara, 12-13 Novembre 2010. Milano: Giuffrè, 2011.

VAN HOECKE, Mark. Methodology of Comparative Legal Research. In: *Law and Method*. Boom Juridische Uitgevers, 2015. Disponível em: [www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001]. Acesso em: 30.10.2020.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. Reforma procesal penal: lecciones como política pública. In: *A diez años de la Reforma Procesal Penal*: los desafíos del nuevo sistema. Santiago: Ministério da Justiça do Chile, 2010.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *An introduction to comparative law.* Oxford: Clarendon Press, 1998.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Bases constitucionais para um processo penal democrático, de Afrânio Silva Jardim – *RePro* 40/100-108 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 1/25-35 (DTR\1985\90); e
- Ponderações sobre a (in)existência de uma teoria geral do processo e as finalidades do processo penal, de Naira Blanco Machado – *Ciências Penais* 13/225-248 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 7/27-48 (DTR\2010\630).

Criminologia

A crítica às alternativas penais na obra de Stanley Cohen

Penal alternatives critique on Stanley Cohen's work

Breno Zanotelli

Mestre em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Professor da especialização em Advocacia Criminal da UERJ. Advogado.
Lattes: [lattes.cnpq.br/8187511972837852].
ORCID: [orcid.org/0000-0003-0210-0227].
brenozanotelli@hotmail.com

Recebido em: 23.07.2020
Aprovado em: 19.03.2021
Última versão do autor: 27.03.2021

Área do Direito: Penal

Resumo: A partir do conceito de teoria crítica dos substitutivos penais de Juarez Cirino dos Santos, este trabalho pretende apresentar as contribuições primordiais de Stanley Cohen para esse campo criminológico, que influenciaram gerações de pesquisadores por todo o mundo, além de expor um panorama da vida e da obra do autor. Cohen forneceu elementos para a compreensão da política criminal de alternativas penais que emergiu com enorme força, em parte da Europa e nos EUA, a partir dos anos 1960 – chegando ao Brasil na década de 1990 –, por meio de uma análise que apontou os efeitos concretos de ampliação do controle penal, opostos aos propósitos declarados pelos discursos oficiais. Serão apresentados, ainda, dados que indicam uma contínua confirmação empírica da hipótese do autor nas décadas que sucederam seus principais escritos sobre o tema, tomando os EUA e o Brasil como exemplos privilegiados da expansão das redes punitivas por meio das alternativas penais.

Palavras-chave: Alternativas penais – Substitutivos penais – Teoria crítica – Stanley Cohen.

Abstract: Based on the critical theory of penal alternatives proposed by Juarez Cirino dos Santos, this paper aims to present Stanley Cohen's essential contributions to this criminological field, which influenced generations of researchers around the world, in addition to providing an overview of the author's life and work. Cohen provided elements for understanding the policy of penal alternatives that emerged with prominence from the sixties in parts of Europe and the USA – arriving in Brazil in the nineties –, through an analysis that pointed to concrete effects of expanding state control, opposed to the official statements. It will also be presented data that indicate a continuous empirical confirmation of the author's hypothesis in the decades that followed his main writings on the theme, taking USA and Brazil as distinct examples of net-widening through diversion.

Keywords: Penal alternatives – Diversion – Critical theory – Stanley Cohen.

Zanotelli, Breno. A crítica às alternativas penais na obra de Stanley Cohen.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 180. ano 29. p. 165-199. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

"[...] *nosso campo privado é habitado por premonições de 1984, Laranja Mecânica e Admirável Mundo Novo, por medos da crescente intrusão do Estado em nossas vidas privadas e por um desconforto generalizado de que mais e mais nossas ações e pensamentos estão sob vigilância e sujeitos a registro. Nossas formulações profissionais sobre o controle social, porém, revelam pouco sobre tais pesadelos e projeções da ficção científica. Elas tendem a repetir insossas explicações estrutural-funcionalistas sobre a necessidade do controle social ou comparações simplistas das sociedades pré-industriais e industriais.*"
Stanley Cohen (1979b, p. 339)

"*Procure alternativas à pena; não somente penas alternativas.*"
Nils Christie (2016, p. 25)

Sumário: 1. Introdução. 2. Teoria tradicional e teoria crítica dos substitutivos penais. 3. Visões de um criminólogo insubmisso: o pensamento de Stanley Cohen. 4. A contribuição de Stanley Cohen à teoria crítica dos substitutivos penais. 5. A contínua confirmação empírica da hipótese do *net-widening*: o exemplo privilegiado dos EUA e do Brasil. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. Introdução

Falar de substitutivos penais é falar de alternativas ao cárcere e ao processo penal tradicional. É pensar em propostas de diminuição do sofrimento e da estigmatização gerados por estes, em impor *limites à dor* gerada conscientemente por meio do aparato punitivo estatal, na crua expressão de Nils Christie (2016). É falar também, como propõe certa perspectiva gerencialista, da tentativa de diminuição da reincidência dos apenados, tendo em vista a notória *eficácia invertida do sistema penal* (ANDRADE, 1997) e a suposta eficácia real das alternativas.

Mas a partir de uma série de estudos no âmbito da criminologia crítica – que se desenvolveram, sobretudo, a partir da trilha explorada por Stanley Cohen (ANITUA, 2014, p. 234) –, falar de substitutivos penais é também colocar em xeque a própria natureza de *substitutivos* e de *alternativas* dessas medidas, pois apontam que historicamente sua implementação tende, pelo contrário, a complementar uma expansão do sistema penal, para além dos muros do cárcere, e a relegitimá-lo como forma central de punição na sociedade capitalista contemporânea. Esse campo acadêmico, não homogêneo, é denominado por Juarez Cirino dos Santos (2006) de *teoria crítica dos substitutivos penais*.

Não se trata de negar que qualquer passo que se dê na direção da redução dos danos produzidos pelo sistema penal, com ou sem os substitutivos, é positivo e desejável (CARVALHO, 2010, p. 361 e ss.), pois filiar-se à posição falsamente radical do "quanto pior, melhor" – ou a um imobilismo pretensamente abolicionista no sentido de que qualquer posição teórica ou prática que se tome no campo do controle social somente reforça seus mecanismos – representa, na prática, verdadeira capitulação ao discurso hegemônico, de colocar claramente a necessidade de que aqueles que pretendem tal redução de danos não acompanhem o canto das sereias do punitivismo *light*, que se mostra concretamente como linha auxiliar das tendências autoritárias da política criminal, na medida em que mantém intocado o seu cerne e propõe, muitas vezes ingenuamente, formas de controle mais brandas, porém meramente aditivas e realçadoras dos discursos legitimadores da pena.

O objetivo deste trabalho[1] é apresentar as contribuições primordiais de Stanley Cohen para esse campo criminológico da *teoria crítica dos substitutivos (ou alternativas) penais*, além de expor um panorama da vida e da obra do autor. Serão apresentados, ainda, dados que apontam para uma contínua confirmação empírica da hipótese do autor nas décadas que sucederam seus principais escritos sobre o tema, tomando os EUA e o Brasil como exemplos privilegiados da expansão das redes punitivas por meio das alternativas penais (*net-widening*).

A importância do tema se dá pelo fato de que, apesar de seus artigos e livros terem influenciado gerações de pesquisadores por todo o mundo – na análise do controle penal para além dos muros da prisão[2], mas também em muitos outros tópicos[3] –, no Brasil ainda é um autor pouco explorado[4] e sequer traduzido.

1. Desenvolvido a partir da dissertação de mestrado defendida em fevereiro de 2019 na UERJ, sob orientação do Professor Nilo Batista, intitulada "Expandindo as teias punitivas: O papel dos tribunais superiores na política criminal de ampliação do controle penal para além dos muros do cárcere".
2. Ver *e.g.* Aebi et al. (2015), Austin e Krisberg (1981), Cain (1985), Downes (2007), Feeley e Simon (1992), Garland (1990), Hudson (1984), Larrauri (1987, 1991), Lucken (1996), Matthews (2009), Phelps (2017) e Swaaningen e Beijerse (1993).
3. O conceito de *pânico moral*, por exemplo, "teve um enorme impacto, não apenas na sociologia – onde gerou uma pequena sub-disciplina de estudos do pânico moral – mas também na linguagem do debate cultural e na prática de jornalistas e políticos" (GARLAND, 2008, p. 9). Embora o termo tenha sido utilizado anteriormente por Jock Young (COHEN, 2002, p. xxxv), foi desenvolvido no seu clássico livro *Folk devils and moral panics*: the creation of the mods and the rockers, publicado em 1972, fruto de sua tese de doutoramento intitulada *Hooligans, vandals and the community*: a study of social reaction to juvenile delinquency, defendida em 1969, onde já havia menções a

A relevância é ainda maior se considerarmos o atual contexto de expansão dos mecanismos de pretensa substituição à pena privativa de liberdade, à prisão cautelar e ao processo tradicional, como o acordo de não persecução penal (Lei 13.964/2019), a colaboração premiada (Lei 12.850/2013), as medidas cautelares diversas da prisão (Lei 12.403/2011) e as tentativas de implementação do *plea bargain*. Diante da complexidade da política criminal que vem se desenvolvendo no país, a análise dos aparatos diversificadores a partir da dogmática penal e processual penal se mostra insuficiente, embora necessária, sendo de grande utilidade as pistas teórico-metodológicas da perspectiva macrossociológica de Cohen.

Em um primeiro momento, antes de adentrarmos na obra de Stanley Cohen, será apresentado o significado da *teoria tradicional* e da *teoria crítica dos substitutivos penais* na perspectiva de Juarez Cirino dos Santos, que cunhou as expressões com sentido amplo, podendo ser adotadas para enquadrar tanto os discursos jurídico-penais quanto os criminológicos de diferentes épocas e locais.

2. Teoria tradicional e teoria crítica dos substitutivos penais

Assim como no conhecido escrito do filósofo frankfurtiano Max Horkheimer (1975), Juarez Cirino dos Santos também parte de uma separação entre teoria tradicional e teoria crítica para tratar dos substitutivos penais.

Para ele, as teorias tradicionais acerca dos substitutivos penais estariam vinculadas aos discursos das funções manifestas ou declaradas das penas criminais e teriam sido "desenvolvidas nos limites da ideologia jurídica dominante dos Estados ocidentais" (SANTOS, 2006, p. 597), compreendendo explicações humanitárias e científicas sobre o surgimento desses mecanismos.

Tais explicações se assemelham àquelas sobre o fim dos suplícios e o surgimento da prisão criticadas por Foucault (2008) em sua obra *Vigiar e Punir*, que afirmavam que o fim das punições atrozes se deu por razões de redução dos terríveis sofrimentos, quando, na verdade, a explicação se encontra na necessidade de adaptação dos mecanismos de controle às novas "demandas por ordem" (BATISTA, 2011, p. 19) decorrentes das mudanças estruturais da sociedade.

---

discursos, medidas e legislação de pânico (COHEN, 1969, p. 516-525). Para uma reflexão sobre as origens e fundamentos do conceito, a partir de seus próprios formuladores, ver Young (2009, 2011) e Cohen (2011).

4. Vera Regina Pereira de Andrade (1997, p. 169 e ss.) é pioneira nos estudos sobre o autor no país.

O autor mostra que as explicações humanitárias acerca dos substitutivos penais padecem de ingenuidade semelhante, pois

> "[...] destacam sentimentos de piedade "natural" do ser humano, propenso a perdoar e esquecer, que deplora a desumanidade da prisão e suas conseqüências para o preso, sujeito a violências, humilhações e degradação humana, em geral, e para a família do preso, submetida a privações materiais e afetivas, prostituição, marginalização e delinqüência – em suma, um conjunto de efeitos danosos evitados ou reduzidos pelos substitutivos penais, que poderiam explicar sua adoção generalizada nas legislações contemporâneas" (SANTOS, 2006, p. 598).

Quanto às explicações científicas, compreendem que os substitutivos penais seriam uma consequência do trabalho intelectual dos penalistas ilustrados no sentido de demonstrar "as inconveniências práticas, morais, sociais e jurídicas da execução de penas privativas de liberdade, sensibilizando políticos e legisladores para a necessidade de métodos alternativos ou substitutivos da prisão" (SANTOS, 2006, p. 598).

Já as teorias críticas, de acordo com Juarez Cirino dos Santos (2006, p. 599-603), partiram de perspectivas diversas, mostrando que os argumentos trazidos pelas teorias tradicionais expunham apenas uma pequena parcela das razões para a implementação dessas medidas. Indicaram, então, como fatores determinantes do fenômeno, questões estruturais do sistema penitenciário, como a superlotação dos presídios e os enormes gastos do Estado com os presos, bem como o fato de que os substitutivos penais reforçam o discurso legitimador da prisão e expandem o poder punitivo para além de seus muros. Assevera o autor que

> "[...] os substitutivos penais não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle sobre as massas miserabilizadas do capitalismo neoliberal contemporâneo, com possibilidades de novos reencarceramentos se a expectativa comportamental em relação aos controlados não confirmar o prognóstico dos controladores do sistema penal.
>
> O aparelho carcerário, instituição central de controle social nas sociedades contemporâneas, responsável pela gênese e reprodução histórica do capitalismo como relação social dominante nas sociedades ocidentais, permite explicar os substitutivos penais como mecanismos de reforço da prisão e de legitimação do rigor carcerário, porque cede aos substitutivos penais as finali-

> dades chamadas terapêuticas ou pedagógicas da pena, mas preserva-se como instrumento de terror para os 'casos mais duros', encerrados em instituições de segurança máxima do sistema penal" (SANTOS, 2006, p. 603).

Essa compreensão teórica é designada por Salo de Carvalho como a "hipótese da criminologia crítica sobre os substitutivos penais", segundo a qual a adoção de tais mecanismos "não rompe com a estrutura punitivista e, ao contrário do divulgado pelo discurso oficial reformador, atua como elemento de reprodução e de relegitimação da lógica do encarceramento" (CARVALHO, 2010, p. 363).

3. Visões de um criminólogo insubmisso: o pensamento de Stanley Cohen

Stanley Cohen não foi o primeiro autor a formular uma crítica à política criminal das alternativas penais. Inclusive, ele faz questão de ressaltar a importância da reflexão de autores que escreveram antes ou na mesma época que ele, como Andrew Scull e Richard Abel.

Scull é autor de *Decarceration*: community treatment and the deviant – a radical view (1977), que analisa criticamente o movimento pela desinstitucionalização de pacientes diagnosticados com problemas mentais e pela diminuição do número de presos na Inglaterra e nos EUA nos anos 1960, demonstrando a relação da expansão do chamado "tratamento na comunidade" com interesses ligados à redução da carga fiscal e às *demandas por ordem* do capitalismo do *welfare state* do período. Em elogiosa resenha do trabalho no *British Journal of Sociology*[5], Cohen inicia dizendo que

> "[...] A história das tentativas das sociedades democráticas de controlar o crime e o desvio é um registro deprimente de visões utópicas azedando, esperanças liberais transmutando em pesadelos autoritários e velhas promessas persistindo em reforçar políticas há muito desacreditadas" (COHEN, 1979a, p. 250).

Um grande mérito de Scull seria, assim, o fato de ter realizado um trabalho desmitificador das mudanças profundas no controle social analisando uma política concreta do (então) presente, enquanto outras pesquisas na mesma perspectiva disruptora do "progresso como se esse fosse uma norma histórica" (BENJAMIN,

5. No Brasil provavelmente a primeira análise de *Decarceration* foi a resenha de Augusto Thompson publicada também em 1979 na *Revista de Direito Penal*, dirigida por Heleno Fragoso, de número 27.

2005, p. 83), como *The discovery of the asylum*, de David Rothman, e *Vigiar e punir*, de Foucault, o fizeram sobre movimentos historicamente muito anteriores (COHEN, 1979a, p. 250).

Rechaçando as limitações ideológicas daquelas explicações que Juarez Cirino dos Santos denomina de teorias tradicionais humanitárias e científicas, Scull aponta que a modificação da política de institucionalização nos manicômios e de encarceramento[6] no período não deriva do "impacto das críticas inspiradas em Goffman aos efeitos nocivos das instituições totais como hospitais psiquiátricos, nem da gradual percepção de que as prisões eram brutais, custosas e inefetivas", nem da difusão de medicamentos que possibilitariam tratamento seguro de doenças mentais sem a necessidade de restrição da liberdade (COHEN, 1979a, p. 251).[7]

Outro autor com quem Cohen estabeleceu prolífico diálogo foi Richard Abel, organizador da obra em dois volumes *The politics of informal justice*, de 1982. Nos agradecimentos de sua obra *Visions of social control* (1985) consta menção a ambos e no artigo *The deeper structures of the law or 'Beware the rulers bearing justice'*, de 1984, Cohen faz uma generosa crítica das contribuições de Abel e dos outros autores que publicaram na coletânea por ele organizada. Os dois volumes são analisados e, segundo Cohen, alertam para os perigos do entusiasmo com os mecanismos de informalização da justiça, introduzidos como resposta às demandas por descentralização, desprofissionalização, benevolência e acessibilidade da justiça.[8] Tal qual o cavalo recebido como presente por Tróia como símbolo de

6. Em um fragmento de outro texto, Cohen (1979b, p. 361) aponta para as limitações, na obra de Scull, da transposição da análise dos manicômios para a análise do sistema de justiça criminal, pois a crise fiscal referida por ele não seria tão determinante nas mudanças deste, além do fato de que, enquanto a política manicomial por ele estudada com maior profundidade era de menor intervenção, a política criminal das "alternativas" ao cárcere era de ampliação das formas de controle e do número de pessoas controladas.

7. Posteriormente, em 1983, Scull e Cohen foram os responsáveis pela organização da coletânea *Social control and the state*: historical and comparative essays.

8. Alguns artigos da obra, como o de Boaventura de Sousa Santos, apontariam para o caráter complexo e contraditório do movimento pela "justiça informal", tendo em vista a própria natureza complexa e contraditória do direito no capitalismo avançado, afirmando que evoca sentimentos políticos emancipatórios reais e possuiriam potencial libertador, ainda que sejam capturados pelo poder estatal (COHEN, 1984, p. 86-87).

   As principais críticas de Cohen são direcionadas a textos do segundo volume, que apresenta estudos comparados sobre a informalização, abordando sociedades não industriais, Estados fascistas, capitalismo de *welfare state* e períodos de transformações socialistas revolucionárias. De acordo com Cohen, apesar de serem bastante informativos, alguns

sua vitória contra os gregos, tais dádivas do aparato estatal não costumam resultar naquilo que seus mensageiros prometem:

> "A ideologia é, então, 'novilíngua orwelliana' (Abel), uma Alice no País das Maravilhas onde tudo é seu oposto. 'Informal' significa criado e sustentado pelo aparato estatal formal; 'descentralizado' significa controlado pelo centro; 'acessibilidade' significa tornar a justiça mais inacessível; 'não-coercitivo' significa coerção disfarçada; 'comunidade' nada significa; 'informalismo' significa erodir as formas não estatais de controle informal existentes; 'benevolente' começa a significar maligno" (COHEN, 1984, p. 87).

Contudo, apesar da relevância de alguns estudos anteriores e contemporâneos, parece-nos que nenhum outro autor formulou uma crítica tão sistemática, abrangente e radical à política criminal de substitutivos penais que emergiu com enorme força a partir dos anos 1960, em parte da Europa e nos EUA, quanto Stanley Cohen.

Sua enorme importância é um consenso entre os criminólogos críticos. Era considerado por Gabriel Ignacio Anitua (2014, p. 230), antes de falecer em 2013, como "o mais importante criminólogo vivo".

Apesar disso, sua relação com a criminologia era ambígua e explicada por ele mesmo em termos frankfurtianos. Quanto mais buscou um distanciamento da matéria, criticou-a e questionou a própria necessidade de sua existência, acabou mais envolvido pessoalmente e obteve maior reconhecimento em seu âmbito. Para ele tal circunstância poderia ser relacionada ao conceito de "tolerância repressiva" de Herbert Marcuse, que apontava para "os poderes extraordinários do capitalismo moderno de absorver, cooptar e neutralizar até mesmo os ataques mais radicais contra ele". Assim, concluiu que para ser *contra a criminologia* (*Against Criminology* – título de uma de suas obras mais conhecidas, consistente em uma compilação de textos na qual há um artigo com o mesmo nome) deveria fazer parte dela. Na síntese de Theodor Adorno citada por ele, "deve-se pertencer a uma tradição para odiá-la devidamente" (COHEN, 1998, p. 8-9).

---

autores que apresentam as mudanças durante as experiências socialistas estariam abandonando a percepção dialética da referida complexidade e contradição, exaltando romanticamente fenômenos que se aproximam da formalização de um sistema de justiça popular. Uma lição a ser extraída de tais análises é que o "formalismo – a estrutura mais profunda do direito – preserva uma presença ambígua [...], a tensão entre justiça popular informal e legalidade formal burocrática nunca é propriamente resolvida" (COHEN, 1984, p. 92).

Stan Cohen, como era chamado por colegas próximos, nasceu na África do Sul do *apartheid* em 1942 e, apesar de não ter vivido em condições materiais desfavoráveis (ROCK, 2014, p. 66), afirmou que crescer em uma sociedade marcada por profunda desigualdade, opressão e injustiça foi "provavelmente a influência mais importante no meu modo de ver as coisas". Enquanto estudante participou de diversos movimentos de resistência, o que também influenciou sua futura prática de docência e pesquisa (COHEN, 1987, p. 132).

Graduou-se em serviço social na Universidade de Witwatersrand, em Johanesburgo, e trabalhou na área tanto em seu país natal quanto na Inglaterra, para onde se mudou em 1963. Desistiu do trabalho de assistente social e iniciou seu doutoramento no departamento de sociologia da London School of Economics, concluído em 1969. Publicou em 1972 o livro, desenvolvido a partir de sua tese, *Folk devils and moral panics*: the creation of the mods and the rockers, em que estudou, a partir da perspectiva da teoria da reação social, sob forte influência de Howard Becker e outros autores da Escola de Chicago, a construção midiática dos *pânicos morais* na sociedade sobre esses dois grupos de *outsiders* surgidos na década de 1960. É considerado um dos clássicos da criminologia do século XX.

Durante o doutorado na *London School of Economics*, estudou sobre marxismo e aprofundou seu conhecimento sobre o anarquismo, corrente política com a qual tinha afinidade. Autores libertários muito lidos nos anos 1960, como Herbert Marcuse, Frantz Fanon, Ivan Illich e o *antipsiquiatra* Ronald Laing, são apontados por ele como influências pessoais perenes (COHEN, 1987, p. 134). Era amigo de Colin Ward, anarquista britânico autor de diversos livros e editor dos jornais *Freedom* e *Anarchy*, e não por acaso a provável primeira publicação de Cohen foi neste último, com o título V*andalism and the social structure* (1966). Outros colegas, como Laurie Taylor, Jock Young e David Downes, também escreveram para o periódico anarquista (ROCK, 2014, p. 70).

Junto a estes três e Kit Carson, Mary Susan McIntosh e Ian Taylor, Stanley Cohen foi um dos sete fundadores da *National Deviance Conference*, grupo de jovens criminólogos britânicos fundado em julho de 1968 com o objetivo de confrontar as ideias ortodoxas então defendidas na terceira Conferência Nacional de Criminologia, que acontecia em Cambridge. No grupo, que foi se expandindo com o tempo, havia marxistas, anarquistas, liberais e humanistas, com uma perspectiva comum de rompimento com a criminologia etiológica e de politização das pesquisas realizadas sob o paradigma do *labelling approach*. Para Paul Rock (2014, p. 76), que também foi um dos integrantes da NDC, tratou-se da institucionalização da nova sociologia do desvio, sendo a obra coletiva *Images of Deviance*, editada por Cohen e publicada em 1971, um manifesto do grupo.

Para Anitua (2014, p. 231; 2008, p. 664-666), foi o evento que marcou o surgimento da criminologia crítica e a obra *The New Criminology*, lançada em 1973, de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young, membros da ala marxista, com introdução de Alvin W. Gouldner, a mais importante e influente do movimento.

> "O que a conferência celebrou, e o próprio Stan Cohen fez muito para incentivar, foi um conjunto de proposições fundantes sobre o que a sociologia do delito e do desvio deveria ser [...]. Tais temas se mostraram contraditórios uns com os outros e conduziram a um debate sobre se a sociologia do desvio deveria se tornar mais engajada politicamente (e em uma direção revolucionária); mais teórica (e teórica no que seria uma veia marxista); mais eclética ou mais inclinada à etnografia. Stan Cohen declarou que não desejava adotar exclusivamente nenhum desses caminhos, e explorou todos eles" [...] (DOWNES et al., 2007, p. XXIII).

A *National Deviance Conference* serviu de embrião para a formação posterior do *European Group for the Study of Deviance and Control*, em 1972, que era composto por pesquisadores do desvio e do controle de diversos países e das mais diversas áreas, como historiadores, psiquiatras, assistentes sociais, sociólogos e juristas, igualmente a partir de uma perspectiva de desconstrução da criminologia tradicional (ANITUA, 2008, p. 667-688). Segundo Cohen (1987, p. 134), a ideia de formação do grupo partiu dele, do italiano Mario Simondi e do alemão Karl Schumann quando se encontraram em Berkeley.

Apesar do sucesso de sua carreira acadêmica na Inglaterra, tendo lecionado nas universidades de Durham e Essex, com grande reconhecimento de seus pares, em 1981 Cohen se mudou com a família para Israel, realizando um sonho que tinha desde muito novo, influenciado pela formação sionista que recebeu na África do Sul. Buscavam maior engajamento político em comunidade e alguns familiares de sua esposa e amigos de infância já residiam no país, o que resultou em uma primeira frustração, decorrente da percepção de que estes não participavam de atividades políticas e "estavam apenas vivendo vidas burguesas" (ROCK, 2014, p. 80).

Cohen lecionou na Universidade Hebraica de Jerusalém onde também teve grandes frustrações. Professores influentes no departamento de sociologia o pressionaram para que fosse para o de criminologia, por considerarem seu trabalho não-sociológico. Isso fez com que acabasse, de certo modo, se afastando de ambos os campos para estudar política e direitos humanos, incentivado também pela decepção com a tragédia representada pela ocupação israelense da Palestina. Seu foco de pesquisa foi a tortura, tendo publicado artigos sobre o tema, além de trabalhado com grupos ativistas do movimento antiocupação (ROCK,

2014, p. 80-82). Foi um dos fundadores do Comitê Público Contra a Tortura e coautor do importante relatório de 1991 sobre os interrogatórios de palestinos detidos, pela organização de defesa dos direitos humanos B'Tselem (DOWNES et al., 2007, p. XXV).

A obra *States of denial*: knowing about atrocities and suffering, publicada em 2001, é resultado dessa virada intelectual e do comprometimento do autor contra as violações praticadas por Israel. Segundo sua colega de universidade Christine Chinkin (apud ROCK, 2014, p. 82-83), professora de direito internacional, os direitos humanos eram, enquanto área acadêmica, colonizados pelos juristas e ele inovou ao trabalhar nela com uma perspectiva empírica e sociológica, enfrentando o problema da cumplicidade com as violações quando os alvos não são percebidos como parte da mesma sociedade. Para tanto se apropriou do conceito psicanalítico de *negação*; da análise sociológica de Everett Hughes, membro da Escola de Chicago, sobre a Alemanha nazista, formulada no estudo *Good people and dirty work*; e da linguagem criminológica sobre as técnicas de neutralização, baseado no clássico texto de David Matza sobre o tema.

Inclusive, ao contrário de vários de seus colegas da *National Deviance Conference*, principalmente os marxistas, que pretendiam um maior afastamento ou até uma oposição a Matza e outros autores vinculados à teoria do *labelling*[9], Cohen continuou se considerando próximo dessa tradição. Em uma entrevista afirmou que se tivesse que escolher apenas dois livros para indicar a seus alunos de criminologia recomendaria *Vigiar e punir*, de Foucault, e *Becoming deviant*, de Matza (COHEN, 1987, p. 135-136).

Cohen retornou à Inglaterra em 1994, tendo lecionado na *London School of Economics* até sua aposentadoria, em 2005, e foi um dos responsáveis pela criação, nessa instituição, do Centro para o Estudo dos Direitos Humanos (SARMIENTO, 2013, p. 216).

9. Ilustrativo dessa posição o texto *The zookeepers of deviancy*, do jovem Jock Young (1969), influenciado pela crítica incendiária de Alvin W. Gouldner (1968) em *The sociologist as partisan:* sociology and the welfare state. O termo *guardiões de zoológico*, cunhado por Gouldner e também utilizado por Young, em referência a Howard Becker e outros sociólogos ligados à Escola de Chicago, se referia ao fato de que tais autores, segundo eles, se identificavam com os *desviantes* (v. o artigo *Whose Side Are We On?*, de Becker, de 1967) sem, contudo, realizarem uma análise do contexto social e político do qual o processo de rotulação é derivado. A atitude deles seria, assim, semelhante à de um curador de zoológico que pretende criar um "espaço social protegido, no qual esses coloridos espécimes possam ser exibidos sem serem molestados e modificados" (GOULDNER, 1968, p. 106).

O período anterior, em que residiu em Israel, só fez crescer a aversão de Cohen ao arbítrio estatal e ressaltou a influência de Foucault na sua obra, já bastante evidente no artigo *The punitive city*: notes on the dispersal of social control, de 1979. Foi lá que escreveu *Visions of social control*, de 1985, em que afirmou que as aparentes mitigações do poder estatal afirmadas por alguns intelectuais da época, na verdade, encobriam um fenômeno de aumento desse poder por meio de um espraiamento do controle para esferas da vida antes não submetidas ao escrutínio das autoridades.

Contudo, a mesma postura adotada por Cohen em relação a outras escolas de pensamento, sempre rejeitando rótulos, filiações ou adesões acríticas, ele também adotava em relação ao autor francês:

> "[...] não sou nada simpático ao ambiente intelectual em que seu trabalho floresce e (sendo exatamente o tipo de 'humanista' que ele está sempre atacando) me oponho totalmente à negação estruturalista da agência humana. Mas escrever hoje sobre punição e classificação sem Foucault é como falar sobre o inconsciente sem Freud" (COHEN, 1985, p. 10).

De fato, além de sua evidente *afinidade eletiva* com a tradição libertária – no sentido dado à palavra pelos anarquistas franceses e não no de sua apropriação pelos neoliberais no século XX –, seu pensamento é inclassificável politicamente ou dentro das correntes da criminologia e da política criminal. Tinha proximidade intelectual com pensadores marxistas heterodoxos, entre os quais os mencionados Marcuse e Fanon, mas via nos seus colegas da ala marxista da NDC, assim como em Foucault, um excesso de estruturalismo e uma rejeição ao aspecto subjetivo da ação humana e à fenomenologia nas análises que lhe desagradavam (COHEN, 1987, p. 135-136).

Sobre o abolicionismo, Cohen foi um importante interlocutor e divulgador do movimento. Enquanto editor da revista *Contemporary Crises*, organizou, em 1986, uma edição dedicada ao tema com textos de Louk Hulsman, Nils Christie, Thomas Mathiesen, Sebastian Scheerer, Heinz Steinert e Rolf de Folter. Tais textos foram posteriormente traduzidos para o espanhol e publicados em 1989 na Argentina, com o título *Abolicionismo penal*. Na introdução, Cohen descreve de forma entusiasmada o contexto de seu surgimento e seus fundamentos:

> "El abolicionismo es producto de la misma política contracultural de los años sesenta que dió origen al radicalismo cultural de la teoría del etiquetamiento (*labelling theory*) y al radicalismo político de la "nueva" criminología o criminología "crítica". Pero a diferencia de estas últimas, el abolicionismo ha demostrado ser más constante e inflexible. Toma el relativismo de la teoría

> del etiquetamiento y su insistencia en el estatus problemático del rótulo de desviado – pero va más allá de la problemática interaccional del estigma y la identidad, hacia una acepción histórica de "delito" como forma de control social. Ataca, al igual que la escuela crítica, a la criminología convencional y a su teoría del derecho y del estado – pero en vez de buscar una política penal y criminológica socialista ("realismo de izquierda"), concibe como forma viable de avanzar el eventual abandono de la política criminal y de la criminología.
>
> [...] el abolicionismo no es uma teoría acabada ni fácil de sistematizar. Es una mezcla peculiar de lo altamente concreto y lo profundamente visionario de un bajo nivel de ingeniería social y de un alto nivel de especulación epistemológica" (COHEN, 1989b, p. 13).

A respeito de sua relação pessoal com o movimento, afirmou o seguinte:

> "Eu conheci Nils Christie e fui influenciado por sua maneira de pensar, que agora é chamada 'abolicionismo'. Eu fiquei muito impressionado com a sua combinação de profundo comprometimento pessoal com a sociedade em que vive e sua formulação teórica nos termos desse comprometimento" (COHEN, 1987, p. 136).

Porém, também apresentava críticas diretas às formulações do abolicionismo penal:

> "Penso que o problema é que eles tomam muito literalmente as verdades teóricas da teoria do *labelling* e do desconstrucionismo. Em outras palavras, eles convertem o que aparentam ser *insights* teóricos corretos sobre a relatividade do crime (que a justiça criminal é a única forma de lidar com problemas etc.) em políticas imediatas" (COHEN, 1987, p. 139).

Essa abordagem seria, para Cohen, de certo modo, ingênua e inefetiva, além de não dar conta das discussões sobre os crimes praticados por meio de Estados e empresas:

> "Eu não creio que ele [o abolicionismo] consiga lidar com os crimes dos poderosos muito bem. Penso que se alguém está preocupado com questões ecológicas, crimes das corporações e dos estados – exploração organizada governamentalmente dos pobres e impotentes – o programa abolicionista não responde muito" (COHEN, 1987, p. 140).

Diante do que ele aponta como ausência de pragmatismo político dos abolicionistas, Cohen se considera especificamente nesse aspecto um pouco mais alinhado com os colegas realistas de esquerda. Além disso, entende que essa

vertente retoma uma agenda de pesquisa importante, tratando de temas sociológicos tradicionais entre os quais as pressões sociais que influenciam os crimes praticados pela classe trabalhadora, a desigualdade e a forma pela qual fatores como raça e gênero estruturam nossa vida em sociedade (COHEN, 1987, p. 139).

Mas também sobre essa corrente político-criminal Cohen desfere críticas duras e afirma que se trata de "uma versão socialista do *law and order*" e que "para serem tão realistas eles perderam sua vantagem visionária e deixaram de lado parte de sua integridade teórica" (COHEN, 1987, p. 146 e 139).

Sua análise geral da disputa de ideias entre estes dois movimentos, contudo, é positiva. Para ele, mais que as teorias críticas, a criminologia gerencialista estaria se beneficiando da onda antipositivista, optando por um correcionalismo que afirma a desnecessidade de qualquer teoria. Assim, o desenvolvimento teórico realizado pelos intelectuais de ambas as correntes e os embates entre eles favoreceriam o fortalecimento de um campo de oposição.

> "Aqueles de nós que estão interessados no desenvolvimento de alternativas agora temos no realismo e no abolicionismo duas boas posições. Há todo tipo de ideias inacabadas e partes objetáveis em ambas, mas juntas elas são uma alternativa" (COHEN, 1987, p. 140).

Após essa introdução à vida e à obra do autor, a apresentação das contribuições de Cohen à crítica dos substitutivos penais será feita com foco nos dois primeiros capítulos de *Visions of Social Control*, de 1985, e no artigo *The punitive city*: notes on the dispersal of social control, de 1979, onde ela é exposta de forma mais abrangente. Também serão consideradas as ideias contidas nos textos *Community control*: to demystify or to reaffirm?, de 1986, *Taking decentralization seriously*: values, visions, and policies, de 1987, e *The deeper structures of the law, or 'Beware the rulers bearing justice'*, de 1984.

4. A contribuição de Stanley Cohen à teoria crítica dos substitutivos penais

Vivemos hoje meio século após a reunião daquele grupo de jovens criminólogos britânicos que é considerada por alguns como o ato fundacional da criminologia crítica.[10] Também completam cinquenta e três anos do maio de 68 francês,

10. A dissertação da qual o presente artigo é fruto foi escrita em 2018 (defesa no início de 2019), sendo mantida a referência temporal original.

evento histórico que condensou e sintetizou uma época de transgressões, rupturas, lutas por liberdade, igualdade, direitos das mulheres, dos negros, dos povos colonizados. "A barricada fecha a rua, mas abre caminho" e "É proibido proibir" são duas das frases que surgiram naqueles dias e que ainda ecoam. Em um panorama mais amplo, foi a década do movimento *hippie*, do *Woodstock*, da contracultura, da resistência à Guerra do Vietnam e às demais empreitadas imperialistas nos países do capitalismo dependente, da libertação sexual (principalmente das mulheres), dos *Black Panthers*, da Primavera de Praga.

Já o Brasil passava, em 1968, por um período de aprofundamento da ditadura militar. Prisões arbitrárias e cerceamento ao direito de manifestação eram práticas cada vez mais comuns. Entre os fatos mais emblemáticos está o assassinato do estudante Edson Luís de Lima Souto, no restaurante universitário Calabouço, em 28 de março. Seus colegas conseguiram impedir que o corpo fosse levado ao Instituto Médico Legal, após seu falecimento, por temor que os agentes da repressão desaparecessem com ele, e o carregaram em passeata até a Cinelândia, onde foi velado e realizada autópsia. Mesmo local onde foi velado o corpo de Marielle, cinquenta anos depois.

Os protestos se multiplicaram por todo o país após esse acontecimento. O dia 21 de junho, que ficou conhecido como "sexta-feira sangrenta", terminou com 27 civis e um militar mortos, além de centenas de feridos, mais de 1.000 presos e 15 viaturas incendiadas, no centro do Rio de Janeiro (CÔRTES, 2018). Cinco dias depois, em 26 de junho, ocorreu a Passeata dos Cem Mil, em que os manifestantes exigiam a volta da democracia, conforme os dizeres da faixa imortalizada nas fotografias: "Abaixo a ditadura – Povo no poder".

A mobilização, contudo, não impediu que a escalada repressiva prosseguisse, com a prisão de centenas de estudantes, entre as quais as mais de 400 que ocorreram durante o congresso da UNE em Ibiúna, no interior de São Paulo, em 12 de outubro. Em 13 de dezembro entrou em vigor o Ato Institucional nº 5, que radicalizou o *estado de exceção*, suspendendo diversas das já então frágeis garantias constitucionais.

Ainda assim, apesar do contexto repressivo, também aqui no Brasil as expressões culturais libertárias tiveram grande força, sendo icônico o movimento Tropicalista, cujo auge foi entre os anos de 1967 e 1968 e que incorporou o experimentalismo e a psicodelia do rock da época à música brasileira. Inclusive dois de seus principais membros, Gilberto Gil e Caetano Veloso, foram detidos 10 dias após o AI-5 e se exilaram em Londres.[11]

11. Contudo, ao mesmo tempo em que se colocava como um movimento de ruptura no plano dos costumes, seus membros não pretendiam criar uma arte a ser instrumentalizada

Indubitavelmente a força desses movimentos e ideias de libertação, que não necessariamente apresentavam coerência entre si, se fez sentir nas mais variadas áreas do conhecimento, sendo que naquelas relacionadas diretamente ao *controle social* o impacto operou mudanças paradigmáticas e foi denominado por Cohen (1985, p. 31) de "impulso desestruturador"[12].

Para ele o impulso desestruturador representa o conjunto de ataques teóricos e práticos que se desenvolveu entre as décadas de 1960 e 1980 à forma de controle social então dominante e que

> "[...] se expressou de muitas maneiras distintas: na formação de movimentos que pretendiam debilitar, evitar ou ainda abolir o poder das estruturas convencionais da legalidade, da pena e do controle social, na proposta e no estabelecimento real de alternativas radicais ao sistema convencional, na luta dos desviados, delinquentes e grupos estigmatizados contra as instituições e concepções que os havia detido, na adaptação de diversas teorias sociológicas e ideologias políticas (marxista, liberal etc.) para racionalizar estes movimentos" (COHEN, 1997, p. 99).

Não se tratou tanto de uma inovação no conteúdo da crítica – pois a prisão, por exemplo, foi criticada desde o seu surgimento e com fundamentos semelhantes aos utilizados pelos novos reformadores – quanto de seu aprofundamento e radicalização.

Ganhou cada vez mais espaço a crítica à própria existência da prisão, núcleo duro do aparato estatal de controle, quebrando o aparente consenso social em torno de sua necessidade, ainda que parte desse consenso visse a privação da liberdade como um "mal necessário".

A ideia de abolição da prisão, além de sua mera reforma, ao fim dos anos 1960, passou a ser vista como um programa político-criminal alcançável e debatido

politicamente de forma direta, como ocorria com a produção dos artistas vinculados ao Centro Popular de Cultura (CPC), associado à UNE, fundado em 1962 e fechado pela ditadura em 1964. Tratou-se de um grupo com objetivo de criar uma arte que fosse popular e politicamente engajada, numa perspectiva revolucionária, e que teve produção relevante no teatro, no cinema, na música e na literatura. Entre seus principais membros e apoiadores estavam o dramaturgo Oduvaldo Viana Filho, o cineasta Leon Hirszman e o sociólogo Carlos Estevam Martins, que foram fundadores, além de Carlos Diegues, Ferreira Gullar, Carlos Lyra, Edu Lobo, Nara Leão, Ruy Guerra, Sérgio Ricardo e Geraldo Vandré.

12. No original, *destructuring impulse*.

com seriedade em diversos círculos intelectuais, até mesmo naqueles ligados aos próprios agentes do controle social, impulsionando o movimento pelo desencarceramento (*decarceration*) principalmente na Inglaterra, nos EUA, no Canadá e em alguns países da Europa ocidental (COHEN, 1985, p. 32-33).

Para Cohen, não se tratou de um epifenômeno no tecido das relações de poder, mas de uma grande transformação das estratégias de controle social, comparável à ocorrida a partir do fim do século XVIII nas sociedades industriais ocidentais, que lançou as bases para todos os modelos subsequentes.

Ambas grandes mudanças teriam ocorrido em torno de alguns temas em comum, como a forma de envolvimento do Estado; o local onde o controle é exercido e sua visibilidade; o papel dos profissionais do sistema de justiça criminal; e o objeto da intervenção.

A primeira, que não é objeto de aprofundamento na obra, e teria sido explorada por teóricos como Foucault, Rothman, Ignatieff, Rusche e Kirchheimer, é caracterizada por Cohen (1985, p. 13-14) como uma mudança em torno de quatro eixos: (1) maior envolvimento do Estado nos assuntos relativos ao controle do desvio, com o "eventual desenvolvimento de um aparato centralizado, racionalizado e burocrático para o controle e punição do crime e da delinquência e o cuidado ou cura de outros tipos de desviantes"; (2) maior diferenciação e classificação dos desviantes em categorias, com a crescente importância do conhecimento científico e dos *experts*; (3) maior segregação dos desviantes naquilo que Goffman denominou de instituições totais, com a prisão se tornando "o instrumento dominante para modificar condutas indesejadas e como a forma preferencial de punição"; e (4) menor utilização de punições com inflição pública e deliberada de dor física, de modo que "a mente substitui o corpo como objeto da repressão penal e teorias positivistas emergem para justificar o foco no infrator individual e não na transgressão genérica".

Já a segunda grande transformação, iniciada na década de 1960, diria respeito a uma tentativa de reversão de direção dentro dos mesmos eixos: (1) fuga do Estado, com demanda de descentralização, informalização, diversificação (*diversion*) e não-intervenção; (2) fuga dos *experts*, com uma forte descrença no papel dos profissionais do sistema de justiça e da psiquiatria, bem como na sua competência para classificar e lidar com os desviantes; (3) fuga das instituições, com os lemas da desinstitucionalização, desencarceramento e controle da comunidade, buscando a substituição do controle anterior por formas não-segregativas; e (4) fuga da mente, com o afastamento das ideologias de tratamento individual ou reabilitação baseada em modelos de condições psicológicas e "um chamado para a reversão da vitória positivista" (COHEN, 1985, p. 31).

O que importa, contudo, são os efeitos concretos desse movimento de pretensão desestruturadora e o diagnóstico de Cohen era pessimista e desolador. As marcas daquela forma de controle desenvolvida no século XIX não foram apagadas, mas se tornaram mais evidentes, somadas às das novas tecnologias punitivas:

> "Ao invés de alguma desestruturação, contudo, as estruturas originais se tornaram mais fortes; longe de qualquer diminuição, o alcance e a intensidade do controle estatal foram ampliados; a centralização e a burocracia permanecem; profissões e *experts* estão proliferando dramaticamente e a sociedade está mais dependente deles; o informalismo não fez o sistema legal menos formal ou mais justo; o tratamento mudou de formas, mas certamente não morreu "(COHEN, 1985, p. 37).

Além disso, para o autor, que era um grande entusiasta da literatura distópica e de ficção científica e se via mais conectado ao mundo dos romances que ao dos formulários e computadores (COHEN, 1987 p. 137), havia uma grande lacuna entre o que os teóricos do controle social escreviam e as percepções críticas que ganhavam força na época em uma espécie de *zeitgeist*. De um lado

> "[...] nosso campo privado é habitado por premonições de *1984*, *Laranja Mecânica* e *Admirável Mundo Novo*, por medos da crescente intrusão do estado em nossas vidas privadas e por um desconforto generalizado de que mais e mais nossas ações e pensamentos estão sob vigilância e sujeitos a registro. Nossas formulações profissionais sobre o controle social, porém, revelam pouco sobre tais pesadelos e projeções da ficção científica. Elas tendem a repetir insossas explicações estrutural-funcionalistas sobre a necessidade do controle social ou comparações simplistas das sociedades pré-industriais e industriais" (COHEN, 1979b, p. 339).

O trabalho pretendido por Cohen, então, foi o de conectar o trabalho sociológico com esses pesadelos compartilhados, escapando das construções burocráticas. Ao reconhecer que todas as escolas criminológicas possuem agendas normativas sobre o futuro do controle social, entendia que uma teoria crítica poderia e deveria levar em consideração as contribuições da literatura e da filosofia política para captar as modificações em curso e para formular critérios idôneos de avaliação do que pode ser considerada uma "boa sociedade" (COHEN, 1987, p. 137). Em suma, os discursos sobre o vigilantismo orwelliano e o burocratismo kafkiano deveriam ir além dos clichês e os *insights* neles contidos incorporados em uma sociologia do controle mais potente.

Em sua análise, Cohen cunhou, partindo da metáfora do controle social como uma rede gigantesca de pesca, expressões que se tornaram clássicas: *thinning the mesh* e *widening the net*.[13]

> "Os principais resultados dos novos movimentos em direção à 'comunidade' e à '*diversion*' têm sido aumentar em vez de diminuir a *quantidade* de intervenção dirigida aos diversos grupos de desviantes no sistema e, provavelmente, aumentar em vez de diminuir o número total de pessoas que entra no sistema em primeiro lugar. Em outras palavras: 'alternativas' tornam-se em absoluto não alternativas, mas novos programas que complementam o sistema existente ou expandem-no atraindo novas populações.
>
> Vou me referir a estas duas possibilidades que se sobrepõem como 'afinando a malha' e 'expandindo a rede', respectivamente" (COHEN, 1979b, p. 347).

Assim, o *afinamento da malha* punitiva estaria relacionado à forma intensificada de intervenção do novo controle social nos grupos de indivíduos considerados desviantes, enquanto a *expansão da rede* constituída por esta malha diria respeito ao abarcamento de um número cada vez maior de indivíduos submetidos ao poder punitivo.

Para averiguar a ocorrência ou não desses fenômenos é central, segundo ele, verificar se as alternativas são usadas para tomar o lugar ocupado pelo sistema tradicional de encarceramento ou se são usadas como meros apêndices dele.

Sua visão, naquele momento, acerca dos EUA e da Inglaterra, era de que as taxas de encarceramento estavam caindo muito pouco em alguns locais e subindo em outros, o que estaria relacionado ao fato de que as "alternativas" não visavam atingir aqueles que eram tradicionalmente enviados ao cárcere, porém aqueles que dificilmente seriam detidos por sua conduta considerada ilegal, como nos

13. Muitos autores optaram pela variante *net-widening*. Entre os trabalhos que partem dessas categorias, podem ser citados os artigos *Wider, stronger, and different nets*: The dialectics of criminal justice reform, de James Austin e Barry Krisberg (1981), e *The rising use of imprisonment*: the impact of 'decarceration' policies, de Barbara Hudson (1984), que foi orientanda de Stanley Cohen no doutorado. São abordadas de forma crítica por Maeve McMahon, socióloga que estabeleceu prolífico diálogo com o autor, em *'Net--widening'*: Vagaries in the use of a concept. Segundo o texto, as expressões estariam sendo repetidas sem rigor metodológico e com excesso de pessimismo sociológico, a ser superado por uma *práxis* crítica. "A conclusão dos positivistas de que 'nada funciona' na reabilitação do infrator recalcitrante foi meramente transmutada por criminólogos críticos: 'nada funciona' na reforma do sistema de justiça criminal recalcitrante" (MCMAHON, 1990, p. 121).

casos de pequenas infrações ou de jovens sem registros criminais, o que não repercutiria consideravelmente nas referidas taxas. Desse modo, "há pouca dúvida de que um número substancial – talvez a maioria – daqueles submetidos aos novos programas estarão sujeitos a um grau de intervenção maior do que teriam recebido" entre as opções anteriores do sistema, como a multa (COHEN, 1979b, p. 347).

Para ele o termo *diversion*[14], assim como a expressão "alternativas", não representa, neste contexto, o que seu uso comum dá a entender. A *diversion* – que teve grande desenvolvimento principalmente no campo da justiça juvenil, sendo ela própria, nos EUA, fruto dos movimentos que demandavam por soluções *diversas* daquelas da justiça tradicional – consistiria em uma série de mecanismos para evitar que determinados conflitos fossem submetidos às etapas da criminalização secundária, fora do processo sancionador ordinário, "restringindo a força total do sistema de justiça criminal às ofensas mais graves" e buscando "eliminar ou reduzir substancialmente a penetração no sistema dos outros casos", e foi considerada por parte de seus entusiastas como "a aplicação mais radical do princípio da não intervenção, além da completa descriminalização" (COHEN, 1979b, p. 348).

De acordo com o autor, todos os sistemas de justiça, principalmente o juvenil, sempre contaram com algum grau de *diversion*, como na discricionariedade policial de não prosseguir com investigações ou de apenas repreender informalmente. Mas o que estaria ocorrendo, em larga escala, seria uma formalização e uma extensão de semelhantes poderes, abarcando cada vez mais aqueles indivíduos que ou não receberiam qualquer forma de processamento ou estariam sujeitos a algum controle menos rígido. Além disso, quanto mais benevolentes as agências que aplicam os programas de *diversion* aparentam ser, mais pessoas são enviadas a eles, pois os juízes, muitas vezes relutantes de enviarem adolescentes para reformatórios, passam a se ver na posição de benfeitores para aqueles *outsiders*. Do mesmo modo se sentem recompensados, por acharem que estão tirando jovens de masmorras e lhes fazendo o bem, todos aqueles que administram ou trabalham (inclusive de forma voluntária) para os "programas comunitários" para onde eles são levados (COHEN, 1979b, p. 348).

Ainda sobre a discricionariedade policial nos casos de "jovens infratores", enquanto no sistema anterior havia

14. Não há uma tradução precisa do termo para o português, sendo "diversificação" talvez a mais próxima. Por essa razão optamos por utilizar a expressão original ao longo do trabalho.

> "[...] duas opções – dispensar imediatamente (o caminho para a grande maioria dos incidentes) ou processar formalmente – eles agora têm uma terceira opção, de encaminhar para um programa. A *diversion*, então, pode ser usada como uma alternativa à dispensa e não uma alternativa ao processo" (COHEN, 1979b, p. 349).

Cohen cita diversos estudos empíricos que apontavam nessa direção. Uma pesquisa abarcando 11 projetos de *diversion* na justiça juvenil da Califórnia concluiu que 49% dos "clientes" recebiam um tratamento mais rígido do que aquele a que estariam submetidos antes. Uma avaliação de 35 departamentos de polícia que participavam de tais programas concluiu que "o significado de '*diversion*' foi deslocado de 'desvio do' para 'encaminhamento para'" o sistema de controle (KLEIN et al. apud COHEN, 1979b, p. 349), além de indicar que. enquanto os principais fundamentos para a implementação dos programas foram a redução de custos, do excesso de trabalho e do alcance do sistema de justiça criminal, os efeitos concretos foram no sentido oposto, com ampliação de custos, do volume de trabalho e do alcance do sistema.

Em síntese sobre esse "sistema de controle social emergente", o autor afirma:

> "[...] deve ficar claro que tais políticas 'alternativas' de forma alguma representam uma vitória para o *lobby* anti-tratamento ou uma 'aplicação' da teoria do *labelling*. Populações desviantes tradicionais estão sendo processadas de uma maneira diferente ou, ainda, novas populações estão sendo colocadas na máquina. Para alguns observadores tudo isso é um índice de como uma boa teoria produz uma prática ruim: cada nível *desvia* (*diverts*) para o próximo e, em cada nível, interesses consolidados (como segurança no emprego) garantem que poucos sejam *desviados* (*diverted*) para fora. E assim a máquina da justiça se amplia. Isso parece 'bem-sucedido' em termos da própria definição operacional de sucesso da máquina, mas é um fracasso quando comparado à teoria da qual a política (supostamente) foi derivada" (COHEN, 1979b, p. 349-350).

Outra característica desse novo sistema seria o "esfumaçamento das fronteiras"[15] do controle social, estabelecendo um "*continuum* correcional". Enquanto no paradigma anterior as prisões, onde quer que fossem construídas ("centros de cidades, interiores remotos ou em ilhas desertas"), tinham fronteiras claras, que buscavam marcar com clareza a distinção entre os "normais" e os "desviantes", "reforçadas por meio de cerimonias de exclusão", no modelo emergente

15. *Blurring the boundaries*, no original.

analisado por ele nem sempre seria "fácil responder questões como onde termina a prisão e onde a comunidade começa" (COHEN, 1979b, 344).

Algumas das "alternativas" que estavam sendo implementadas seriam quase indistinguíveis do cárcere e diversas outras estariam ao longo desse amplo espectro entre o controle total e a vigilância estatal mais branda. O autor cita como exemplo de medidas com grande intensidade de controle dentro dessa gradação as *half-way houses*, chamadas eufemisticamente de "centros de reintegração", "residências de reabilitação", entre outros termos. Trata-se de programas que reproduzem "regras – por exemplo sobre segurança, toque de recolher, visitantes permitidos, drogas – que estão próximas daquelas do próprio aprisionamento". Assim, seria difícil distinguir uma prisão com um modelo mais "aberto", com garantia de benefícios como trabalho externo, saídas temporárias e programas educacionais externos, de uma *half-way house* mais dura. E este *meio caminho* pode significar tanto *meio caminho adentro*, para aqueles casos considerados muito graves para serem deixados "impunes", mas não graves o suficiente para levarem ao cárcere, servindo, portanto, como uma forma de *diversion*; como *meio caminho afora*, para aqueles que podem ser libertados da prisão, mas ainda não estão "prontos" para a liberdade plena, servindo, assim, como uma forma de "cuidado posterior". Além disso, muitos dos locais destinados aos programas recebem internos de ambas as modalidades, o que gera ainda mais ofuscamento das fronteiras do controle (COHEN, 1979b, p. 344-345).

Ainda, muitos desses programas estariam focados não em indivíduos condenados, mas funcionariam como mecanismos preventivos voltados para "potenciais ofensores", "pré-delinquentes" ou "populações de alto risco", com uma evidente política criminal atuarial[16], embora o autor não utilize o termo na análise. Assim, ocorre um "esfumaçamento de fronteiras" também na distinção entre "delinquentes" e "não delinquentes". No sistema inglês do "tratamento intermediário", usado como exemplo, é possível o encaminhamento de jovens que nunca passaram pela justiça juvenil, mas que são consideradas "crianças com problemas"[17] (COHEN, 1979b, p. 345-346). Desse modo,

16. Sobre o tema e seus desenvolvimentos, abarcando períodos posteriores à análise de Cohen, conferir o artigo *The new penology*: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications, de Malcolm M. Feeley e Jonathan Simon (1992), e o livro *Política criminal atuarial*: A criminologia do fim da história, de Maurício Stegemann Dieter (2013).

17. Edwin Lemert (1981, p. 40-41) aponta que nos EUA muitos jovens eram encaminhados aos programas de *diversion* por questões disciplinares escolares e que alguns programas

> "[...] há uma tentativa deliberada de evadir a questão de se uma regra foi realmente violada. Enquanto o mecanismo tradicional de triagem do sistema de justiça criminal sempre foi influenciado, em maior ou menor grau, por critérios não relacionados à transgressão (raça, classe, comportamento), a transgressão era ao menos levada em consideração. Exceto nos casos de condenação errônea, alguma lei deveria ter sido quebrada. Isso não é mais claro: um delinquente pode se encontrar em custódia ('tratamento intensivo de curto prazo') simplesmente porque falhou no programa: ele violou as normas de alguma outra agência no *continuum* – por exemplo, não comparecendo à sua terapia em grupo, 'agindo impulsivamente' ou não sendo cooperativo" (COHEN, 1979b, p. 346).

Nesse sentido, o autor aponta que a suavidade das "alternativas" é mais aparente que real, havendo um mascaramento[18] deliberado de sua natureza. Se colocadas em termo de única opção além do cárcere, evidentemente que os indivíduos selecionados pelo sistema não optarão pela prisão. Porém, além de se tratar de um falso dilema, criado pelos reformadores, tendo em vista que a liberdade ampla estava colocada no cardápio anteriormente para grande parte dos casos, mesmo nos casos de alternativas reais (que teriam grande chance de resultar em aprisionamento) nem sempre as medidas são humanas e compassivas e menos estigmatizantes (COHEN, 1979b, p. 350).

Cohen cita dois exemplos ilustrativos. O primeiro, chamado *Fort Des Moines*, é um programa correcional comunitário para 50 pessoas, situado em uma base desativada do exército, havendo um controle de segurança mínimo, sem celas ou cercas. Dentre suas características estão: uma alta proporção de funcionários por internos, de um para dois, de modo que há uma grande vigilância sobre as condutas, com o registro constante de atividades e comportamentos; o "cliente"

---

foram preenchidos "quase que totalmente com *status offenders*". De acordo com o *Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention* (2015, p. 1), vinculado ao Departamento de Justiça dos EUA, "Uma *status offence* é um ato não criminoso que é considerado uma violação da lei apenas por causa do *status* do jovem de menor de idade. *Status offences* típicas incluem 'matar aulas', fugir de casa, violação do toque de recolher, uso de álcool por menores de idade e ingovernabilidade em geral".

Assim, programas que supostamente serviriam para retirar crianças e adolescentes de *instituições totais* foram preenchidos, quase integralmente, por jovens que cometeram infrações pífias, que sequer constituem crimes e que incidem apenas em razão de sua condição de "menor". Situações em que o Estado não deveria ter qualquer intervenção e que deveriam ser, quando muito, submetidas à disciplina familiar e escolar.

18. No original o autor utiliza a expressão *masking and disguising*.

precisa assinar um contrato de bom comportamento e cooperação em sua reabilitação, sendo a sanção pelo descumprimento o envio para a prisão, que fica pairando como uma ameaça constante, além de que uma das ofensas consideradas mais sérias, sem contar as óbvias, como brigas e uso de drogas, é não "manter um significativo nível de performance"; e o Judiciário mantem jurisdição sobre os internos, recebendo relatórios detalhados sobre cada um deles e ficando responsável por analisar requerimentos de trabalho, estudo, entre outros, assim como a polícia também recebe informações específicas, detalhando onde aquelas pessoas estavam em cada hora do dia (COHEN, 1979b, p. 351-352).

Trata-se, portanto, de um programa que, apesar de considerado "aberto", tem "uma intensidade de intervenção pelo menos tão grande quanto da maioria das prisões de segurança máxima" (COHEN, 1979b, p. 352).

O outro programa, chamado *Urbana-Champaign Adolescent Diversion Project*, vinculado ao departamento de Psicologia de uma universidade, seria demonstrativo de uma característica comum a muitos outros que estavam sendo implementados: o condicionamento behaviorista. Seu funcionamento se dava a partir de uma negociação de cláusulas entre o "jovem problemático" e seus parentes e professores, mediada por voluntários do programa. Seriam concedidos privilégios em troca do cumprimento do horário máximo de estar em casa, das tarefas domésticas e da aparência pessoal exigidos, entre outras possibilidades. Cohen transcreve um desses contratos, de um jovem chamado Joe, de 16 anos, que foi encaminhado ao programa pela justiça juvenil por porte de maconha e por violação das leis municipais que estabelecem toque de recolher. Os benefícios envolvem a possibilidade de receber U$ 1,50 por dia em que colocasse a mesa do jantar e arrumasse seu quarto e de sair à noite no fim de semana em horário determinado quando cumprisse rigidamente todos os seus horários e ligasse para casa diariamente na hora estabelecida informando o seu paradeiro. As sanções envolvem cortar o cabelo, não receber o dinheiro e não poder sair à noite no fim de semana. Para o autor não haveria qualquer humanitarismo em programas dessa natureza (COHEN, 1979b, 352-353).

5. A contínua confirmação empírica da hipótese do *net-widening*: o exemplo privilegiado dos EUA e do Brasil

A hipótese da expansão das redes punitivas por meio das alternativas penais (*net-widening*) vem se confirmando no Brasil e no mundo, mostrando o acerto de Stanley Cohen ao apontar para um movimento de profundas mudanças no controle social estatal, que se fazem sentir de forma ainda mais acentuada nas décadas que sucederam seus escritos visionários.

São exemplos privilegiados de *net-widening* o grande aumento do número de presos provisórios e do número total da população prisional no Brasil após a criação das medidas pretensamente alternativas à prisão cautelar em 2011 e os dados de encarceramento e de aplicação de medidas diversas da prisão nos EUA nas últimas décadas.[19]

Löic Wacquant (2001, p. 81) destaca que entre 1975 e 1995 a população carcerária dos EUA mais que quadruplicou, passando de 380 mil para 1,57 milhão[20], em paralelo com uma gigantesca "expansão horizontal da rede penal", consistente na ampliação do controle penal para além dos muros da prisão:

> "[...] o assombroso número de presos deste fim de século não dá uma justa medida da extraordinária expansão do império penal americano. Por um lado, não leva em conta pessoas condenadas à prisão com sursis (*probation*) e colocadas em liberdade condicional (*parole*), depois de terem cumprido a maior parte de sua pena. Ora, os efetivos mantidos nas antecâmaras e nos bastidores das prisões cresceram ainda mais rápido do que os que mofam entre seus muros, em virtude da impossibilidade de aumentar o parque carcerário suficientemente rápido para absorver o afluxo incessante dos condenados: eles quase quadruplicaram em 16 anos, para roçar os quatro milhões em 1997, ou seja 3,26 milhões em *probation* e 685.000 em *parole*. De modo que contam-se hoje 5,7 milhões de americanos 'nas mãos da Justiça', número que representa quase 5% dos homens de mais de 18 anos e um homem negro em cada cinco" (WACQUANT, 2001, p. 83-84).

E tais números sequer consideram as diversas outras formas de controle alternativo para além do *probation* e do *parole*[21]. A utilização dessas medidas seguiu de forma acelerada nos anos posteriores, atingindo seu pico em 2007, com 5.119.300 pessoas, sendo 4.293.200 em *probation* e 826.100 em *parole*, conforme informações do *Bureau of Justice Statistics* (2018b, p. 3). Somado esse número ao de pessoas encarceradas, que foi de 2.296.400, foi registrado o número

19. O fenômeno também se observa em diversos países europeus, como apontam Aebi et al. (2015).

20. Número da população carcerária de 1995 extraído do relatório anual do *Bureau of Justice Statistics* (1997, p. 5), vinculado ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos.

21. Segundo definição do *Bureau of Justice Statistics* (2018b, p. 2), o *probation* "é um período ordenado por um juiz de supervisão correcional na comunidade, como alternativa ao encarceramento. Em alguns casos, pode haver uma sentença combinada envolvendo encarceramento seguida por um período de supervisão comunitária". O *parole* é definido como "um período de liberação condicional supervisionada na comunidade após um período em prisão estadual ou federal".

de 7.339.600 pessoas submetidas ao poder punitivo estatal (BJS, 2018a, p. 2), recorde no país que mais encarcera e aplica medidas "alternativas" no mundo.[22] Diante disso, Michelle S. Phelps (2017) afirma que em paralelo ao encarceramento em massa existe também um *mass probation* em curso.

Tal cenário se dá em um sistema em que impera outra medida "alternativa", substitutiva do processo tradicional, o *plea bargain*[23], que é objeto de tentativas de importação ao Brasil, tendo constado na versão original do chamado "pacote anticrime", que resultou na Lei 13.964/2019. Estudos estimam que em torno de 94 a 97% dos processos criminais nos EUA resultem neste acordo, de modo que "existem jurisdições com poucos julgamentos criminais, se é que há algum" (ALKON, 2014, p. 562).

No Brasil, Salo de Carvalho (2010, p. 370) aponta que a expansão da rede punitiva por meio dos substitutivos penais ocorre a partir da década de 1990, em decorrência da aplicação da Lei 9.099/1995, que criou os Juizados Especiais Criminais e os substitutivos da transação penal, composição civil e suspensão condicional do processo, e da Lei 9.714/1998, que alterou o incipiente sistema de penas alternativas estabelecido pela Reforma da Parte Geral do Código Penal, de 1984, ampliando o cabimento das mesmas.

Conforme os dados do Ministério da Justiça analisados pelo autor, em 1995, ano da criação dos Juizados Especiais Criminais, havia 1.692 pessoas cumprindo penas alternativas e 78.672 cumprindo outras medidas alternativas, com um total de 80.364 indivíduos submetidos ao controle penal extramuros. Em 2008 havia 97.674 pessoas cumprindo penas alternativas e 401.055 cumprindo medidas alternativas, totalizando 498.729 indivíduos submetidos ao controle estatal formal diverso do cárcere (CARVALHO, 2010, p. 371). Isso representa um crescimento gigantesco de 520% na aplicação das medidas supostamente substitutivas ao cárcere.

Os dados sobre o encarceramento no país analisados apontam para um crescimento da população prisional de 149.000 para 440.000 entre 1995 e 2008 (CARVALHO, 2010, p. 373), o que representa um aumento de 198%.[24]

---

22. O ano com maior encarceramento foi 2008, quando havia 2.310.300 pessoas detidas.
23. Pode ser definido como uma negociação penal entre o órgão acusador e a defesa, em que o acusado se declara culpado de um crime com pena menor (ou de um número menor de infrações) que aquele pelo qual foi denunciado. É comum que ocorra a negociação do tempo e forma de cumprimento da pena, estando o *probation* entre as possibilidades, com homologação pelo juízo, sem que o caso seja levado a julgamento (*trial*).
24. Não foi encontrada nenhuma pesquisa posterior sobre a quantidade total de pessoas submetidas a penas e medidas alternativas no Brasil.

O encarceramento em massa, inclusive de presos provisórios, seguiu crescendo após a criação das medidas cautelares diversas da prisão (Lei 12.403/2011), em contradição direta com os propósitos político-criminais declarados para sua implementação.

Os dados do Infopen, elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional (2017)[25], são alarmantes. Comparando os anos de 2011 e de 2016, verifica-se o aumento do número de presos provisórios de 173.818 para 292.450, o que representa um crescimento de 68,25% em cinco anos de vigência da legislação aprovada sob o pretexto específico de reduzir tais números. Além disso, a proporção de presos provisórios dentre o total de encarcerados foi ampliada de 34% para 40% no período.

O grande crescimento do encarceramento provisório foi correlato a uma expansão do número total de presos. Em 2011 havia 514.582 presos e em 2016 havia 726.712, o que significou um crescimento de 41,22%.

Contudo, consideramos que a situação é ainda mais drástica, por existir uma grave distorção no que diz respeito ao critério para considerar o que é "população prisional provisória", divulgada como sendo de 40% do total. Esse grupo é denominado no relatório de "presos sem condenação", categoria que "compreende as pessoas privadas de liberdade que não foram julgadas e não receberam decisão condenatória" (DEPEN, 2017, p. 13).

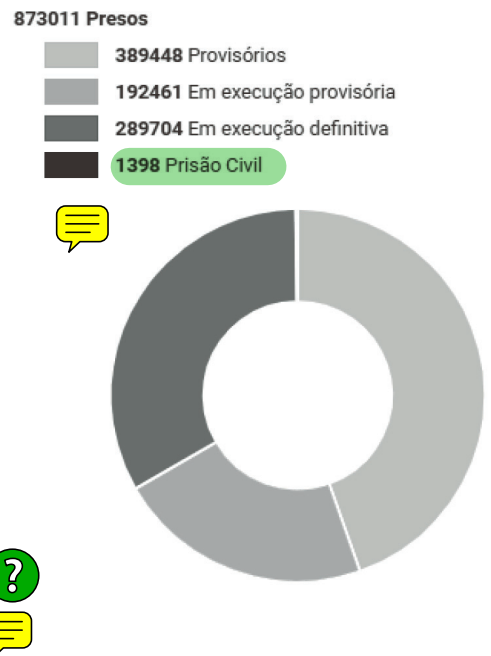
Ocorre que preso provisório é todo aquele que está privado de sua liberdade sem que exista título condenatório transitado em julgado contra ele, na forma do art. 5º, LVII, da Constituição. Enquanto o processo não chega a seu termo, diante do esgotamento das vias recursais, qualquer privação de liberdade tem natureza provisória.[26]

25. Dados de junho de 2016. Não foi utilizado o último Infopen, elaborado em 2019, com os dados de junho de 2017, nem o "Painel Interativo", com os dados de dezembro de 2019, pois apresentam discrepâncias em relação aos dados divulgados nos relatórios anteriores, tornando duvidosa sua metodologia, até então reconhecida. Por exemplo, o número de presos provisórios em 2016 no Infopen de 2019 é de 232.500 (DEPEN, 2019, p. 15) e no "Painel Interativo" é de 252.256 (DEPEN, 2020), enquanto no Infopen de 2017 é de 292.450 (DEPEN, 2017, p. 14).

26. Deve ser reconhecido que é normal que existam diferenças de definição nos conceitos adotados nos estudos empíricos, como o analisado, e nos estudos normativos, os quais, principalmente no campo penal, adotam uma certa reverência à legalidade e até mesmo ao formalismo, pois o que está em questão são as amarras ao braço repressor do Estado. Porém, no caso da definição de "preso provisório", não vislumbramos

O Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), gerido pelo Conselho Nacional de Justiça, parece fornecer pela primeira vez uma base para se avaliar a verdadeira dimensão do encarceramento provisório no país, pois permite verificar a natureza de cada prisão, classificando os presos entre "provisórios", "em execução provisória" e "em execução definitiva", além daqueles em "prisão civil".

Assim, segundo os dados atualizados até o presente momento[27], constam, excluídos os 1398 casos de prisão civil, 871.613 pessoas presas no país, das quais 389.448 são classificadas como presos provisórios, 192.461 como em execução provisória e 289.704 como em execução definitiva, conforme captura de tela a seguir.



qualquer justificativa para que os estudos empíricos e normativos divirjam, que não seja a dificuldade de acesso ao número real de presos com condenação definitiva – o que provavelmente é uma limitação real para os pesquisadores que necessitam dialogar com a burocracia estatal para obtê-los – ou a tentativa de ocultamento da dimensão concreta da violação da presunção de inocência no país.

Essa utilização atécnica da categoria "população prisional provisória", que não ocorre apenas nessa pesquisa, mas é praticamente um lugar comum nos estudos prisionais no país, distorce e maquia a realidade, principalmente por não haver divulgação do número de presos com sentença condenatória "não provisória", ou seja, transitada em julgado, como no caso.

27. LBNMP. Dados atualizados constantemente, disponíveis em: [portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatísticas]. Acesso em: 10.07.2020, 18:55.

Há, evidentemente, uma imprecisão na consideração dos presos "em execução provisória" como distintos dos "provisórios", tendo em vista que a natureza da prisão antes do trânsito em julgado é sempre provisória.[28]

Apesar disso, o sistema parece fornecer uma forma adequada de calcular a proporção da "população prisional provisória" entre o total de presos, se ignorarmos eventuais erros de etiquetas. Não muito distante da porcentagem de presos provisórios do Depen (2017), de 40%, aqui denominados que os presos provisórios equivalem a 44,68% da população carcerária. Porém, tal número deve ser acrescido dos presos em execução provisória para verificarmos o percentual verdadeiro de presos provisórios.

Considerando que, segundo os dados atuais do BNMP, os presos em execução provisória correspondem a 22,08% do total de encarcerados, o verdadeiro percentual de presos provisórios no Brasil é de 66,76%, salvo a hipótese de os dados fornecidos pelo CNJ não serem fidedignos.

Assim, após nove anos da entrada em vigor da lei que teve como propósito declarado reduzir o encarceramento provisório no país[29], temos um percentual de somente 33,24% de presos com condenação sem pendência de recursos, o que demonstra concretamente a falência dos discursos oficiais acerca da política criminal de alternativas penais em curso e a pertinência e a atualidade dos conceitos de *widening the net* e *thinning the mesh* de Stanley Cohen.

6. Considerações finais

As contribuições teóricas de Stanley Cohen vão muito além da análise da política criminal de alternativas penais, foco do presente artigo. Não só a categoria *net-widening* se tornou incontornável para pensar os problemas desse campo,

28. A definição de presos em execução provisória adotada é a de presos condenados por sentença não transitada em julgado, conforme o seguinte trecho de nota do Conselho Nacional de Justiça (2019): "É incorreto afirmar que, com o julgamento das ADCs 43, 44 e 54, poderão ou deverão ser beneficiadas 190 mil pessoas hoje privadas de liberdade no país. Esse número, extraído equivocadamente do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP), reflete a soma de todos os presos, já sentenciados, porém ainda sem trânsito em julgado. Ele inclui também o universo de prisões cautelares aplicadas em sentença de primeiro grau ou mesmo em segunda instância, o que não está em julgamento nas referidas ADCs".

29. A Lei 12.403 foi publicada no Diário Oficial da União em 5 de maio de 2011, com *vacatio legis* de 60 dias.

mas o autor foi o responsável também, por exemplo, pelo desenvolvimento e divulgação dos conceitos de *pânicos morais* e de *estados de negação*, igualmente canônicos nas subáreas a que se relacionam, como os estudos de crime e mídia e os de crimes cometidos por meio de aparatos estatais, respectivamente.

Se qualquer uma dessas contribuições, isoladamente, seria suficiente para tornar incontestável sua importância, o conjunto de sua obra o coloca com destaque entre os principais pensadores da questão criminal desde a revolução teórica do *labelling approach*.

Além disso, as perspectivas de análise de Cohen estão longe de serem consideradas "datadas". A sua lente para pensar os possíveis efeitos das formas de controle penal não carcerárias têm tanta pertinência hoje quanto em 1979, quando escreveu o seminal artigo *The punitive city*: notes on the dispersal of social control, conforme demonstrado no tópico anterior. Do mesmo modo, não é por acaso que tantos estudos sobre os pânicos morais são desenvolvidos desde o lançamento de *Folk devils and moral panics*: the creation of the mods and the rockers, em 1972.[30]

Contudo, no Brasil nenhum de seus artigos e livros foi traduzido e publicado, gerando uma grave lacuna.

No campo dos estudos sobre as alternativas penais, as pistas teórico-metodológicas de Cohen certamente encontram no país terreno fértil para análises. Para além da utilização em larga escala dos substitutivos criados na década de 1990, pela Lei 9.099/1995, e das penas alternativas, que tiveram o cabimento ampliado na mesma época, pela Lei 9.714/1998, vivemos hoje o que pode ser considerada uma espécie de *segunda onda* dessa política criminal, haja vista o atual contexto de expansão dos mecanismos de pretensa substituição à pena privativa de liberdade, à prisão cautelar e ao processo tradicional, como o acordo de não persecução penal (Lei 13.964/2019[31]), a colaboração premiada (Lei 12.850/2013[32]), as

30. Sobre os desenvolvimentos e embates em torno da teoria dos pânicos morais, ver a introdução à terceira edição e a "Lista de leituras selecionadas (1982-2002)", do próprio autor (COHEN, 2002, vii-xliv), e o artigo *On the concept of moral panic*, de David Garland (2008).

31. Instituto criado anteriormente por meio da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com alterações pela Resolução 183/2018. Apesar da notória inconstitucionalidade formal, diante da impossibilidade de o CNMP editar normas de cunho penal e processual penal, diversos acordos foram propostos, celebrados e homologados com base nessas resoluções.

32. Embora o instituto já encontrasse previsão em leis específicas, como a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/1998), somente foi regulamentado pela Lei 12.850/2013, com

medidas cautelares diversas da prisão (Lei 12.403/2011) e as tentativas de implementação do *plea bargain*.

Nesse cenário complexo, a análise dos diversos dispositivos diversificadores a partir da dogmática penal e processual penal é de importância inegável, porém insuficiente, de modo que as contribuições de Stanley Cohen são essenciais para a compreensão do contexto em que se inserem. Assim, não só a criminologia e a sociologia criminal, mas também os estudos jurídicos críticos, têm muito a ganhar com a incorporação de suas reflexões.

7. Referências

AEBI, Marcelo; DELGRANDE, Natalia; MARGUET, Yann. Have Community sanctions and measures widened the net of the European criminal justice systems? *Punishment & Society*, v. 17, Issue 5, p. 575-597, Dec. 2015.

ALKON, Cynthia. The U.S. Supreme Court's failure to fix plea bargaining: The impact of Lafler and Frye. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, San Francisco, v. 41, Issue 3, p. 561-622, Spring 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANITUA, Gabriel Ignacio. Stanley Cohen (1942-2013): o olhar crítico. *Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, ano 19, n. 21/22, p. 230-237, 1º/2º sem. 2014.

AUSTIN, James; KRISBERG, Barry. Wider, stronger, and different nets: The dialectics of criminal justice reform. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Newbury Park, v. 18, Issue 1, p. 165-196, Jan. 1981.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard. Whose Side Are We On? *Social Problems*, Oakland, v. 14, n. 3, p. 239-247, 1967.

BENJAMIN, Walter. Tese VIII. In: LÖWY, Michael. *Walter Benjamin*: aviso de incêndio: uma leitura das teses "Sobre o conceito de história". São Paulo: Boitempo, 2005. p. 83.

alterações relevantes pela Lei 13.964/2019. Sua grande utilização nos últimos anos evidentemente não se deve apenas à evolução de seu tratamento legal, mas principalmente ao contexto da Operação Lava Jato.

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. *Correctional Populations in the United States, 1995*. Washington, D. C.: Bureau Of Justice Statistics, 1997. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus16.pdf]. Acesso em: 30.06.2020.

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. *Correctional Populations in the United States, 2016*. Washington, D. C.: Bureau Of Justice Statistics, 2018a. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/cpus16.pdf]. Acesso em: 30.06.2020.

BUREAU OF JUSTICE STATISTICS. *Probation and Parole in the United States, 2016*. Washington, D. C.: Bureau Of Justice Statistics, 2018b. Disponível em: [www.bjs.gov/content/pub/pdf/ppus16.pdf]. Acesso em: 30.06.2020.

CAIN, Maureen. Beyond informal justice. *Contemporary Crises*, Amsterdam, v. 9, Issue 4, p. 335-373, Dec. 1985.

CARVALHO, Salo de. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do Grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 357-382.

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor*: o papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

COHEN, Stanley. *Against Criminology*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1998.

COHEN, Stanley. An interview with Stanley Cohen by Maeve McMahon and Gail Kellough. *Canadian Criminology Forum*, Toronto, v. 8, p. 132-149, 1987.

COHEN, Stanley. Control de la comunidad: ¿desmitificar o reafirmar? *Delito y Sociedad*, Buenos Aires, ano 6, n. 9/10, p. 109-104, 1997.

COHEN, Stanley. Decarceration: community treatment and the deviant – a radical view (book review). *The British Journal of Sociology*, London, v. 30, n. 2, p. 250-251, Jun. 1979a.

COHEN, Stanley. La descentralización del control social tomada en serio: valores, perspectivas y políticas. *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, n. 45, p. 343-365, Sep. 1989a.

COHEN, Stanley. *Folk devils and moral panics*: the creation of the mods and the rockers. 3. ed. London: Routledge, 2002.

COHEN, Stanley. *Hooligans, vandals and the community*: a study of social reaction to juvenile delinquency. 644 f. Thesis (Ph.D. in Sociology) – London School of Economics, University of London, London, 1969.

COHEN, Stanley. Introducción. In: HULSMAN, Louk et al. *Abolicionismo penal*. Buenos Aires: Ediar, 1989b. p. 13-14.

COHEN, Stanley. *States of denial*: knowing about atrocities and suffering. Cambridge: Polity Press, 2001.

COHEN, Stanley. The deeper structures of the law or "Beware the rulers bearing justice": a review essay. *Contemporary Crises*, Amsterdam, v. 8, Issue 1, p. 83-93, Jan. 1984.

COHEN, Stanley. The punitive city: notes on the dispersal of social control. *Contemporary Crises*, Amsterdam, v. 3, Issue 4, p. 339-363, Oct. 1979b.

COHEN, Stanley. Vandalism and the social structure. *Anarchy*, London, n. 64, p. 181-187, 1966.

COHEN, Stanley. *Visions of social control*. Massachusetts: Polity Press, 1985.

COHEN, Stanley. Whose side were we on? The undeclared politics of moral panic theory. *Crime, Media, Culture*, v. 7, Issue 3, p. 237-243, Dec. 2011.

COHEN, Stanley; SCULL, Andrew (eds.). *Social Control and the State*: Historical and comparative essays. Oxford: Martin Robertson, 1983.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Estatísticas BNMP*. 2020. Disponível em: [portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatísticas]. Acesso em: 10.07.2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Nota sobre julgamento das ADCs 43, 44 e 54 pelo STF.* 2019. Disponível em: [www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento--das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/]. Acesso em: 30.06.2020.

CÔRTES, Celina. *Há 50 anos, 28 pessoas morriam em protesto contra a ditadura, que levaria à Passeata dos Cem Mil*. 2018. Disponível em: [www.jb.com.br/index.php?id=/acervo/materia.php&cd_matia=922035&dinamico=1&preview=1]. Acesso em: 30.06.2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Atualização – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: [depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 30.06.2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Atualização – Junho de 2017. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: [depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf]. Acesso em: 30.06.2020.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: Painel Interativo dezembro/2019. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: [depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen]. Acesso em: 10.07.2020.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da História. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DOWNES, David. Visions of penal control in the Netherlands. *Crime and Justice*, Chicago, v. 36, n. 1, p. 93-125, 2007.

DOWNES, David; ROCK, Paul; CHINKIN, Christine; GEARTY, Connor. Introduction. In: DOWNES, David (eds.). *Crime, social control and human rights*: From moral panics to states of denial: Essays in honour of Stanley Cohen. Willan Publishing: Devon, 2007. p. XIX-XXVIII.

FEELEY, Malcolm M.; SIMON, Jonathan. The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, Columbus, v. 30, n. 4, p. 449-474, Nov. 1992.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GARLAND, David. On the concept of moral panic. *Crime, Media, Culture*, v. 4, Issue 1, p. 9-30, Apr. 2008.

GARLAND, David. *Punishment and modern Society*: a study in social theory. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

GOULDNER, Alvin W. The sociologist as partisan: sociology and the welfare state. *The American Sociologist*, Washington, D. C., v. 3, n. 2, p. 103-116, May 1968.

HORKHEIMER, Max. Teoria tradicional e teoria crítica. In: BENJAMIN, Walter; ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max; HABERMAS, Jürgen. *Textos escolhidos*. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1975. p. 125-169.

HUDSON, Barbara. The rising use of imprisonment: the impact of 'decarceration' policies. *Critical Social Policy*, Newbury Park, v. 4, Issue 11, p. 46-59, Sep. 1984.

LARRAURI, Elena. Las paradojas de importar alternativas a la cárcel en el Derecho Penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 45-63, Fascículo 1, 1991.

LARRAURI, Elena. Las paradojas del movimieno descarcelatorio en Estados Unidos. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, p. 771-793, Fascículo 3, 1987.

LEMERT, Edwin. Diversion in juvenile justice: What hath been wrought. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, Newbury Park, v. 18, Issue 1, p. 165-196, Jan. 1981.

LUCKEN, Karol. The dynamics of penal reform. *Crime, Law and Social Change*, v. 26, Issue, 4, p. 367-384, Dec. 1996.

MATTHEWS, Roger. *Doing time*: An introduction to the sociology of imprisonment. 2. ed. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2009.

MCMAHON, Maeve. 'Net-widening': Vagaries in the use of a concept. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 30, n. 2, p. 121-149, Spring 1990.

OFFICE OF JUVENILE JUSTICE AND DELINQUENCY PREVENTION. *Status offenders*. Washington, D. C.: Office of Juvenile Justice and Delinquency Prevention, 2015. Disponível em: [www.ojjdp.gov/mpg/litreviews/Status_Offenders.pdf]. Acesso em: 30.06.2020.

PHELPS, Michelle S. Mass probation: Toward a more robust theory of state variation in punishment. *Punishment & Society*, v. 19, Issue 1, p. 53-73, Jan. 2017.

ROCK, Paul. Stanley Cohen 1942-2013. In: BRITISH ACADEMY. *Biographical Memoirs of Fellows of the British Academy, XIII*. London, 2014. p. 65-88.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: Parte Geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal. Stanley Cohen: escepticismo intelectual, compromiso político y justicia social. In memoriam. *Revista Crítica Penal y Poder*, Barcelona, n. 4, p. 216-224, Mar. 2013

SCULL, Andrew. *Decarceration*: community treatment and the deviant – a radical view. New Jersey: Prentice-Hall, 1977.

SWAANINGEN, René van; BEIJERSE, Jolande uit. Las paradojas en el sistema penal: El debate sobre la despenalización y las medidas alternativas en los Países Bajos. *Delito y Sociedad*, Buenos Aires, ano 2, n. 3, p. 55-81, 1993.

THOMPSON, Augusto. Decarceration (resenha). *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, n. 27, p. 110-116, Jan.-Jun. 1979.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

YOUNG, Jock. Moral panic: Its origins in resistance, ressentiment and the translation of fantasy into reality. *The British Journal of Criminology*, Oxford, v. 49, Issue 1, p. 4-16, Jan. 2009.

YOUNG, Jock. Moral panics and the transgressive other. *Crime, Media, Culture*, v. 7, Issue 3, p. 245-258, Dec. 2011.

YOUNG, Jock. The zookeepers of deviancy. *Anarchy*, London, n. 98, p. 101-108, 1969.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A falência da pena de prisão, de Cézar Roberto Bitencourt – *RT* 670/241-253 (DTR\1991\158);
- A substituição da pena privativa de liberdade: legitimidade e adequação das alternativas penais, de Gedder Luiz Rocha Gomes – *Ciências Penais* 8/322-322 (DTR\2011\2202);
- Formação do sistema penal no Brasil: perspectivas criminológicas a partir da crítica à modernidade, de Evandro Piza Duarte – *RBCCrim* 130/203-235 (DTR\2017\659);
- Princípios constitucionais relativos à prisão processual no Brasil: o problema da inefetividade. Diagnóstico crítico e alternativas de superação, de Elmir Duclerc – *RBCCrim* 64/274-296 (DTR\2007\10); e
- Substitutivos e alternativas penais, de Alceu Corrêa Júnior – *RT* 713/307-309 (DTR\1995\535).

Paradojas en las medidas socioeducativas no privativas de libertad del sistema penal juvenil uruguayo

Paradoxes in the non-custodial socio-educational measures of the Uruguayan juvenile penal system

Carolina González Laurino

Doctora en Sociología y Ciencias Políticas (opción Sociología). Universidad de Deusto. Bilbao. España (1998). Posdoctorado en el Instituto de Investigación en Políticas de Bienestar Social. Valencia. España (2015). Licenciada en Sociología. Universidad de la República. Montevideo. Uruguay. (1994). Licenciada en Trabajo Social. Universidad de la República. Montevideo. Uruguay. (1992). Profesora Titular del Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República en Régimen de Dedicación Total. Montevideo. Uruguay. Coeditora de la revista *Fronteras* del Departamento de Trabajo Social de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Investigadora activa del Sistema Nacional de Investigadores de la Agencia Nacional de Investigación e Innovación (ANII). Co-coordinadora del Diploma en penalidad juvenil de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República. Co-coordinadora del Programa de estudio sobre control socio jurídico de infancia y adolescencia en Uruguay. Estudios sobre infracción adolescente financiado por la Comisión Sectorial del Investigación Científica (CSIC) de la Universidad de la República.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2910-5861].
carolina.gonzalez@cienciassociales.edu.uy

Recebido em: 02.06.2020
Aprovado em: 02.03.2021
Última versão da autora: 26.03.2021

Áreas do Direito: Processual; Penal; Infância e Juventude

Resumen: En sintonía con la estrategia sociopolítica de control y represión de las trasgresiones adolescentes, que en la última década fueron considerados los principales responsables de la inseguridad en el país, la aplicación de las medidas socioeducativas en medio abierto aparece como fuente de serias disputas y conflictos tanto entre los técnicos judiciales como entre los profesionales del sistema ejecutivo. Desde una concepción metodológica cualitativa, sustentada en entrevistas en profundidad y en expedientes

Abstract: In line with the socio-political strategy of control and repression of adolescent transgressions, which in the last decade were considered the main culprits for insecurity in the country, the application of socio-educational measures in the particular open environment appears as a source of serious disputes and conflicts both among judicial technicians as well as among professionals in the executive system. From a qualitative methodological conception, supported by in-depth interviews and judicial

judiciales, se analizan los discursos de los técnicos del sistema penal juvenil considerando su contexto de producción de sentido. El artículo da cuenta de los dilemas que cuestionan la instrumentación de las medidas socioeducativas en el país, poniendo en consideración los debates teórico-metodológicos en las diversas formas de trabajo institucionales junto a las diferentes concepciones acerca del adolescente con el que se trabaja.

Palabras clave: Infracción adolescente – Medidas judiciales en medio abierto – Debates – Sistema penal juvenil – Uruguay.

files, the speeches of the technicians of the juvenile penal system are examined regarding their context of meaning production. The article reports on the dilemmas that question the implementation of socio-educational measures in the country, taking into report the theoretical-methodological debates in the various forms of institutional work together with the different conceptions about the youngster with whom they work.

Keywords: Adolescent offense – Judicial measures in open environment – Debates – Juvenile penal system – Uruguay.

Sumário: 1. Introducción. 2. Consideraciones metodológicas. 2.1. Diseño metodológico. 2.2. Corpus y participantes. 2.3. Análisis. 2.4. Consideraciones éticas. 3. La paradoja del desistimiento en la trasgresión penal. 4. Debates teóricos acerca de la elusión de la responsabilidad. 5. Las medidas socioeducativas no privativas de libertad que efectivamente se utilizan. 5.1. Características de las infracciones que se derivan a medidas sustitutivas. 5.2. Formación de los equipos técnicos de las organizaciones de la sociedad civil ejecutoras de las medidas judiciales. 5.3. Disposiciones institucionales sobre la asiduidad en el cumplimiento de la medida judicial. 5.4. «Un trabajo de sastre». 6. Entre la protección y el control social. 7. Consideraciones finales. 8. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Este artículo propone pensar las concepciones tecno-políticas, metodológicas e instrumentales de las instituciones que aplican las medidas cautelares y socioeducativas en medio abierto a través de la palabra de los técnicos que en ellas operan, así como las distintas conceptualizaciones que subyacen en sus discursos sobre los adolescentes judicializados. Se analizan las prácticas expertas de la institución estatal bajo cuya órbita se rigen todas las llamadas «medidas socioeducativas» para los adolescentes que han transgredido una norma penal, así como de las cuatro organizaciones de la sociedad civil en convenio con el Estado que aplican medidas socioeducativas no privativas de libertad en Montevideo y en algunos departamentos del interior del país.

Si, en principio, el debate en Uruguay se plantea entre quienes argumentan que las medidas en medio abierto no constituyen un mecanismo fiable de penalización de la trasgresión adolescente a la ley penal frente a quienes sostienen que la privación de libertad no contribuye a la educación para la experiencia social, este trabajo pretende colocar el foco en los dilemas que atraviesan los operadores

que implementan las medidas no privativas de libertad, exponiendo sus contradicciones en los contenidos socioeducativos de las propuestas, sus dinámicas protectoras de derechos tanto como de perversión que las atraviesan, así como los hallazgos de prácticas inusuales basadas en la escucha del otro y en sus expectativas de promoción del autoconocimiento y transformación de actitudes, pensamientos y creencias de adolescentes que han sido sistemáticamente excluidos en el acceso a los bienes culturales, sociales y económicos de la sociedad uruguaya.

En este sentido, resulta imprescindible la referencia al contexto del sistema penal juvenil uruguayo que opera sobre un sector especialmente vulnerable de la población constituido por adolescentes varones pobres de 14 a 18 años. Esta caracterización de la población judicializada en Uruguay se corresponde con la situación de los sistemas penales juveniles en la región de los que la bibliografía especializada ha dado venido dando cuenta desde que se inician los estudios sobre la selectividad del proceso penal juvenil en América Latina en general (GARCÍA MÉNDEZ, 2004, 2017; GARCÍA MÉNDEZ, VÁZQUEZ GIMÉNEZ & OTERO, 2019) y en el Cono Sur en particular (DAROQUI & LÓPEZ, 2012; KESSLER, 2009, 2013; LEAL & MACEDO, 2019; MORÁS, 1992, 2016; URIARTE, 1999, 2006).

Si bien quienes ingresan al sistema de ejecución de medidas no privativas de libertad constituyen, en ciertos aspectos, beneficiados por un sistema de control más blando que quienes transitan por el encierro, este dato no debe soslayar la impronta de punición en estos sectores sociales afectados por procesos de infantilización de la pobreza en el país,[1] que se caracterizan por una débil inclusión en el mercado formal de empleo, tempranas deserciones del sistema educativo, junto con procesos de segregación social y residencial (KESSLER, 2012; KESSLER & DIMARCO, 2013). Sobre estos adolescentes–que habitan en las periferias de las ciudades– pesan los mecanismos de estigmatización social (RODRÍGUEZ ALZUETA, 2016) que están en la base de las demandas de mayor punición de los sectores conservadores de la sociedad que dieron lugar al proyecto de Reforma Constitucional de bajar la edad de imputabilidad penal de 18 a 16 años presentado por el sector Vamos Uruguay del Partido Colorado y apoyado por el sector del Herrerismo del Partido Nacional que fuera plebiscitado junto con las elecciones nacionales el 26 de octubre de 2014 (URUGUAY, 2011). Si bien la reforma constitucional propuesta fue rechazada, alcanzó la adhesión del 46.81% de los votantes habilitados.

1. En el año 2019 la pobreza aumentó a 8.8%. Tuvo un impacto de 17% en los menores de 6 años en el grupo de 6 a 12 años, de 16,5% y de 15% entre los adolescentes de 13 a 17 años (INSTITO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, 2020).

Pese a la percepción exterior «como país seguro», Uruguay no se presenta con ajenidad frente a las demandas populares del incremento del populismo punitivo de la región (PATERNAIN, 2012, SOZZO, 2000; 2016). En el recorrido por la legislación uruguaya de los últimos años es posible visualizar la implementación progresiva de un modelo conservador y regresivo en materia penal juvenil en el que participan todos los partidos políticos mediante un paquete de medidas legislativas que modificaron algunas de las garantías dispuestas por la adaptación de la legislación uruguaya a la Convención de los Derechos del Niño (Ley 16.137, 1990) mediante el Código de la Niñez y la adolescencia (Ley 17.823, 2004) (DÍAZ & FERNÁNDEZ, 2017; DÍAZ, 2018, 2019; FERNÁNDEZ CHIOSSONI, 2018; VERNAZZA, 2016, 2017).

Parecería entonces que, mientras un sector de la oposición política promueve un proyecto de ley para modificar la Constitución de la República mediante propuestas de aumento de la punición hacia los adolescentes, percibidos como la causa de la inseguridad en el país, el gobierno reacciona con medidas dirigidas en el mismo sentido, como si de una carrera por ganar la opinión pública mediante la represión a los actos no deseados se tratara.

Si la estrategia en reclamo de la ley y el orden como política criminal ha sido atribuido a la fuerza de los sectores más conservadores –que han explotado políticamente la cuestión de la seguridad pública– analizando el caso sueco Tham sostiene que los socialdemócratas y otros partidos de izquierda también han mostrado virajes en su política criminal en este sentido, pero lo han hecho desde una posición defensiva, presionados por los partidos conservadores. Sin embargo, actualmente las izquierdas parecerían estar más dispuestas a competir activamente en temas de seguridad pública, proponiendo medidas que hubieran sido impensables décadas atrás (THAM, 2001).

¿Cómo es posible explicar este cambio en las políticas criminales en varios partidos de izquierda europeos? Tham sugiere mirar el ejemplo sueco a modo de ilustración de estas transformaciones, pero esta mirada puede extenderse también a las políticas de seguridad pública de la izquierda latinoamericana y, particularmente, al caso uruguayo durante los dos últimos gobiernos del Encuentro Progresista – Frente Amplio.

En el momento en que se escriben estas páginas, la situación del país ha cambiado con una coalición de derecha en el gobierno que parecería redoblar la apuesta por la exclusión social del infractor y el incremento de los dispositivos represivos. A pesar de haber perdido en las urnas una propuesta de reforma constitucional que suponía un incremento de las medidas punitivas en el país, plebiscitado con las elecciones nacionales el 27 de octubre de 2019 (URUGUAY,

2019), el nuevo Ejecutivo presentó al parlamento nacional un proyecto de ley de urgente consideración conformado por 502 artículos, 120 de los cuales se refieren a temas de seguridad pública que modifican los avances en el nuevo Código de Proceso Penal (Ley 19.293, 2015), promoviendo medidas de represión más restrictivas que aquellas incluidas en el proyecto de reforma constitucional rechazado en las urnas.

La Fiscalía General de la Nación presentó un extenso informe mediante el cual analiza las modificaciones referidas a los procesamientos judiciales y sus impactos sobre la actividad del ministerio público, los agentes judiciales, así como en el sistema penal de adultos y de adolescentes. No obstante, los plazos constitucionales para el tratamiento de una ley de estas características no prevén extensos debates parlamentarios y, puesto que la coalición de derecha gobernante posee mayorías parlamentarias, resulta previsible su aprobación sin discusión ni movilización de masas en el contexto de las restricciones de circulación impuestas por la pandemia mundial del coronavirus que también afectan al país.

2. Consideraciones metodológicas

Una invitación a pensar la cuestión juvenil a partir de una investigación social empírica no puede soslayar el contexto sociohistórico y político que analiza, ni los fundamentos conceptuales del objeto de estudio (BOURDIEU, CHAMBOREDON & PASSERON, 2011). La cuestión penal juvenil, Como plantea Bourdieu, forma parte de un campo de lucha que, mediante la metáfora del juego que expone el autor, todos los participantes despliegan una serie de intereses en las recompensas que el juego produce, reconociendo su valor y el derecho a la disputa por el sentido, donde la estrategia de cada movimiento constituye una jugada en un espacio de competencia con el involucramiento de los agentes en un campo de contienda política (BOURDIEU, 2012).

Si la investigación empírica es constituida en base a una conceptualización teórica del objeto de estudio, resulta pertinente preguntarse cuál es la concepción preminente sobre la responsabilidad penal juvenil entre los técnicos del sistema penal juvenil uruguayo en el marco de un campo cargado de disputas como el de la seguridad ciudadana en el país de los últimos años. Como explica Habermas, resulta limitada la lectura externa de un observador que analiza el objeto desde afuera de la vida de los participantes sin una lectura complementaria que se coloque en la perspectiva del mundo de la vida de los agentes involucrados en el juego (1987). Por este motivo la perspectiva metodológica que orienta la investigación recurre a la lectura de los propios involucrados a los que se agrega el análisis de la hermenéutica discursiva que asocia la palabra de los actores con

«sus condiciones de producción» como explica Martín Criado (1991). Al atar los discursos al contexto en que fueron pronunciados se pretende salvar la objeción habermasiana del «idealismo hermenéutico» que subyace a las lecturas de Husserl y Schütz, así como las posteriores relaboraciones de Thomas Luckmann, aunque el autor rescate su productividad teórica en su explicación del mundo de vida de los actores involucrados que retoma en su teoría de la acción comunicativa (1987).

2.1. Diseño metodológico

Se trata de un estudio que sigue el modelo crítico de los estudios cualitativos (DENZIN, 2017; FLICK, 2016) mediante un estudio de caso único (HARRISON, BIRKS, FRANKLIN & MILLS, 2017) que parte de una investigación empírica (BOBLIN, IRELAND, KIRKPATRICK & ROBERSON, 2013) y contextualizada (YIN, 2014) y pretende ser validada mediante el estudio sistemático de la literatura especializada y la experiencia del investigador (BROD, TESLER & CHRISTIANSEN, 2009). La investigación se sustenta, asimismo, en el proceso reflexivo del autosocioanálisis que propone Bourdieu (1999).

2.2. Corpus y participantes

En Uruguay la justicia especializada en adolescentes se encuentra centralizada en los cuatro juzgados que actúan en Montevideo. El resto del país trabaja de forma conjunta la materia penal juvenil con la de adultos sin especialización.

En busca de analizar los discursos de operadores del sistema penal juvenil se utilizó material procedente de expedientes judiciales como de entrevistas a los técnicos que forman parte de los sistemas expertos mediante mecanismos de «reanclaje» (GIDDENS, 1994) como las entrevistas a los adolescentes en el caso de los psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales y sus informes al sistema judicial. Los documentos tales como informes técnicos, acusación fiscal, procesamiento judicial, escritos de la defensa y de la fiscalía especializada, así como las sentencias judiciales y otros escritos posteriores –cúmulos de sentencias o procesos de apelación en segunda instancia–, que también operan haciendo presentes los sistemas abstractos en un tiempo y espacio determinados (GIDDENS, 1994) forman parte del material de análisis.

En el año 2015 se recopilaron veintiocho expedientes judiciales de los cuatro Juzgados Letrados de Adolescentes de Montevideo en primera instancia archivados en 2014. El criterio de selección de la muestra aleatoria de expedientes se

planteó como objetivo el análisis de casos laudados con sentencia condenatoria firme, tanto en primera como en segunda instancia en el caso que así procediera.

En el año 2017 se realizaron diecisiete entrevistas a los técnicos del sistema penal juvenil en los segmentos judicial y de ejecución de medidas socioeducativas privativas y no privativas de libertad, tanto implementadas por el Estado como por organizaciones de la sociedad civil en Montevideo y en los departamentos de Canelones, San José y Salto. La institucionalidad responsable de la implementación del sistema de ejecución de medidas judiciales es el Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente (Inisa), Ley 19.367 (2015) cuyo segmento que opera con medidas no privativas de libertad se denomina Programa de Medidas Socioeducativas y Mediación (Promesem).

2.3. Análisis

El procesamiento y análisis del material documental y las entrevistas se desarrolló entre los años 2018 y 2019 a partir del procedimiento de análisis sociológico del discurso de Enrique Martín Criado quien describe y analiza «los juegos de lenguaje producidos» en los discursos, con el propósito de «identificar los marcos mediante los que se ha construido el sentido» (1991: 209) relacionando los productos discursivos «con sus condiciones de producción» (1991: 211).

Mediante la utilización del concepto goffmaniano de marco, el autor analiza los juegos de lenguaje como juegos de poder simbólicos por la producción y legitimación del sentido de las palabras, retomando la conceptualización de *habitus* de Bourdieu que lo desliga de las limitaciones de un análisis estructuralista del lenguaje como mero signo al que une un significante descolgado de la reproducción de la vida social con las controversias que esta supone en un campo en debate.

2.4. Consideraciones éticas

La investigación fue avalada por el Comité de Ética de la Facultad de Psicología de la Universidad de la República y contó con las autorizaciones correspondientes para realizar el estudio en las instituciones públicas involucradas. El procedimiento sigue las exigencias éticas para el uso de la información, de modo que preserva la confidencialidad, privacidad y anonimato de las personas participantes. Las entrevistas fueron realizadas mediante consentimiento informado firmado, respetando la autonomía y voluntad de la participación en el estudio (AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, 2017).

3. La paradoja del desistimiento en la trasgresión penal

En un nuevo abordaje sobre el paradigma del desistimiento (*desistance*) sobre el que han venido trabajando desde hace dos décadas, Thomas P. LeBel y Shadd Maruna (2010) registran un polémico artículo de Von Drehle en la revista *Time Maganize* que analiza la caída de delitos violentos en Estados Unidos en un período de veinte años, que concluye –de manera paradigmática– mediante una síntesis demográfica mediante la siguiente expresión: Se ha dicho que la herramienta más eficaz de lucha contra el crimen es el cumpleaños número 30. (VON DREHLE, 2010, p. 24 apud MARUNA & LEBEL, 2010, p. 67). Traducción nuestra.

Apoyando la antonomasia, los autores explican el fenómeno del desistimiento de los actos infractores a través de la maduración de quienes hubieron trasgredido las normas penales durante su adolescencia y temprana juventud.

> En otras palabras, la maduración es más poderosa que cualquier «programa» diseñado por la policía, el servicio penitenciario u otros instrumentos para reducir la delincuencia. Este argumento ha sido respaldado empíricamente. Para la mayoría de las personas, la participación en «crímenes callejeros» como arrebatos, rapiñas y ventas de drogas (los tipos de delitos más preocupantes para los criminólogos) generalmente comienza en los primeros años de la adolescencia, alcanza su punto máximo rápidamente en la adolescencia tardía o la edad adulta joven, y se disipa antes de que la persona alcance los 30 años (MARUNA & LEBEL, 2010, p. 67). Traducción nuestra.

En sintonía con la temprana interpretación David Matza (2014), el argentino Esteban Rodríguez Alzueta (2016, p. 23) sostiene que la práctica de la interrupción de la sucesión de actos y trasgresiones violentas desaparece cuando las personas consiguen un empleo, forman pareja e inician la etapa adulta, sin demasiadas intervenciones psicosociales para quienes hubieran sido tempranamente captados por el sistema penal juvenil que, muchas veces, tendría carácter iatrogénico de acuerdo con la interpretación de Maruna y LeBel (2010, p. 68-69).

La pregunta que pretende responder este artículo puede ser formulada de la siguiente manera: ¿cuestiona este esquema de interpretación demográfico de las infracciones adolescentes las prácticas de intervención socioeducativas en medio abierto del sistema penal juvenil?

Entre los operadores judiciales y los técnicos que trabajan en privación de libertad entrevistados aparece cierta tendencia a la suspicacia acerca del efectivo

funcionamiento de las medidas socioeducativas no privativas de libertad. Por otra parte, entre los operadores de Promesem y las organizaciones de la sociedad civil en convenio con el Estado, se reitera la idea de que el encierro no funciona como dispositivo de cambio conductual, propiciando intervenciones tempranas en contextos abiertos.

Esta disputa entre la aplicación de una u otra medida pareciera perder de vista su contenido, como si su legitimidad se sustentara únicamente en la evitación del encierro.

4. Debates teóricos acerca de la elusión de la responsabilidad

Como sostienen Butler & Maruna (2016), si la justicia restaurativa es una práctica que genera debates en torno a su aplicación en países donde forma parte del *mainstream* de las políticas penales con legitimidad social se limita a su aplicación a leves ofensas juveniles, como extensión del sistema de castigo más allá de la prisión. Los autores sostienen que, si bien el apoyo a la justicia restaurativa ha sido institucionalizado en algunos países centrales, persisten aun enormes diferencias tanto en su conceptualización como en su aplicación (BUTLER & MARUNA, 2016). En América Latina también se esbozan algunas experiencias puntuales que se ofrecen al sistema penal juvenil como ejemplos exitosos, con el objetivo de buscar otras formas de resolución de conflictos que sustituyan al tradicional dispositivo del encierro (REZENDE MELO, EDNIR & CURI YAZBEK, 2008; VICENTIN & DEBIEUX ROSA, 2014). No obstante, como señalan los estudios de los orígenes de la prisión (PRATT, 2006), el encierro forma parte de la cultura del sistema de justicia tanto en adolescentes como en adultos.

En el sistema penal juvenil uruguayo en particular, se ha consolidado la idea de la responsabilización por las trasgresiones adolescentes desde el plano legislativo, con rigurosas exigencias en el sistema judicial tanto como en el segmento de ejecución de las medidas de castigo dispuestas. Parecería que la confesión iría de la mano de la reflexión, el arrepentimiento y la responsabilización por el acto cometido para que el adolescente sea considerado en alguno de los magros beneficios que ofrece el sistema en Uruguay como la sustitución de la medida privativa de libertad por una de carácter no privativo al cumplir la mitad de la condena, o el atenuante de la confesión que funciona a la hora de imponer el *quantum* de la sentencia en la medida judicial.

Considerando el carácter iatrogénico de la vergüenza estigmatizante, Maruna y Mann (2006) analizan los problemas del sentimiento de culpa en contextos de castigo. De la misma forma, Maruna y Copes (2005) indican que la propensión

al desplazamiento de las propias responsabilidades resulta un recurso de protección del ego habitualmente utilizado por la población en general sin correlatos patológicos ni delictivos.

En un artículo de recopilación bibliográfica a partir de la teoría de la neutralización de Sykes y Matza (1957), Shadd Maruna y Heith Copes explican que los autores construyen una tipología de cinco técnicas de neutralización utilizadas por el infractor con el propósito de evitar el sentimiento de culpa por la trasgresión: «negación de responsabilidad», «negación del daño», «desconocimiento de la víctima», «condenar a quienes condenan» y «apelación a lealtades superiores» (MARUNA & COPES, 2005).

En un largo recorrido sobre posteriores desarrollos de la teoría de la neutralización que fuera retomada por la psicología cognitivo-conductual y los análisis sociológicos, Maruna y Copes (2005) retoman el vacío en el que se sostiene la teoría sin los aportes del psicoanálisis. La teoría de la neutralización del reconocimiento de la responsabilidad originada en Sykes y Matza (2004) sostiene una deuda con el psicoanálisis que excluye las terapias de carácter cognitivo-conductual comúnmente utilizadas en contextos de encierro, tanto para adolescentes como para adultos. Como indican Maruna y Copes (2005), las neutralizaciones no son actos fallidos, sino mecanismos necesarios para salvaguardar el ego, por lo que las terapias conductivo-conductuales que las utilizan deberían tenerlo en consideración.

El cuestionamiento psicoanalítico a la teoría de la neutralización de los infractores da cuenta de que se trata de un mecanismo defensivo comúnmente utilizado como acción performativa de ideas, actitudes y conductas del actor que influyen sobre su auditorio como señala la interpretación dramatúrgica de Goffman (1989) al que refieren Maruna y Copes (2005) en su análisis.

Desde la perspectiva teórica de Braithwaite & Braithwaite (2001), la neutralización de la responsabilidad puede entenderse como una suerte de «protección contra el tipo de vergüenza estigmatizante que puede conducir a futuras ofensas». No obstante, como señalan Maruna y Mann (2006), «la vergüenza es una emoción rica, pero peligrosa» y su utilización requeriría más investigación para la comprensión de su funcionamiento en las causas y desistimiento en la trasgresión adolescente (MARUNA & MANN, 2006, p. 163).

Cuestionando la perspectiva de John Braithwaite (1989) que sugiere la incorporación de la emoción de la vergüenza como mecanismo de reintegración en el contexto de la justicia restaurativa, Harris y Maruna (2006) analizan las dimensiones que este sentimiento tiene mediante un trabajo de recopilación bibliográfica que abarca las perspectivas social, psicológica y ética. Mediante una

diferenciación del arrepentimiento y la culpa, refieren que la vergüenza produce sentimientos de desvalorización y estigmatización improductivos generando remordimiento en el infractor que no contribuiría a su reintegración social como sugiere Braithwaite. Por el contrario, sostienen los autores, las prácticas de apoyo y contención en contextos distendidos generarían autoconfianza y empatía con la víctima, estimulando herramientas para la reparación de los propios errores.

En 2017, Maruna y Copes retoman la teoría de la neutralización desarrollada en el artículo de Sykes y Matza (1957) profundizando en la individualización de la negación de la responsabilidad e incorporando la dimensión sociocultural de la neutralización en sociedades complejas como Estados Unidos y Gran Bretaña, con el objetivo de visualizar la teoría desde una nueva perspectiva.

La esencia de la teoría de la neutralización, en su forma original, sostiene que la investigación futura debería fijarse no solo en los relatos individuales sino en las meta-narrativas culturales que los sostienen. Basados en afirmaciones de Sykes y Matza (1957), los autores afirman que las neutralizaciones constituyen creaciones culturales aplicadas individualmente. De esta forma argumentan que la neutralización ha sido utilizada para probar que la ausencia de remordimiento y la falta de consciencia constituyen pruebas de la desviación, cuando la teoría sostiene todo lo contrario, es decir que los individuos utilizan mecanismos de neutralización porque son vulnerables a los sentimientos de remordimiento y vergüenza (MARUNA & COPES, 2017: 53).

En este sentido asocian la negación de la responsabilidad social en conductas como «el genocidio o la esclavitud en la fundación de una nación», tanto como «la esclavitud infantil en la producción barata de zapatillas deportivas, el agotamiento de los océanos, la vida silvestre o el medio ambiente» en que la sociedad niega la responsabilidad, empleando «la misma lógica de distanciamiento que utilizan los jóvenes en el artículo de Sykes y Matza (1957) –si no podemos ver el daño que estamos haciendo, entonces realmente no importa». Por este motivo sugieren una nueva agenda de investigación que incorpore la negación de estas responsabilidades socioculturales, dejando de centrar la concepción de neutralización en los jóvenes para abordar el fenómeno desde una lectura capaz de «diseccionar las meta-narrativas de la cultura en los orígenes de la responsabilidad de negación del daño» (MARUNA & COPES, 2017, p. 53-54). Traducción nuestra.

No obstante, estos estrechos beneficios están lejos del consenso entre los operadores del sistema penal juvenil uruguayo, en el que persisten tensiones y serias disputas como refieren los relatos de los entrevistados. La sospecha en torno al efectivo funcionamiento de las medidas no privativas de libertad se confirma en las entrevistas con técnicos con amplia trayectoria de trabajo en la justicia penal juvenil.

> La impresión que tengo hoy es que hay una cierta desconfianza de los operadores judiciales de que resultados [de] la reflexión [del] adolescente en su responsabilidad en el hecho cometido por parte de esas medidas alternativas. Si no fuera así, creo que se aplicaría mucho más. […] El enfoque sería menos encierro, más medidas alternativas y con informes [para que] los operadores judiciales empiecen a convencerse de que hay un trabajo con el adolescente que es mucho mejor que tenerlo encerrado, *porque si tienes desconfianza en la medida alternativa mucha más desconfianza [supondría una medida de] encierro, porque si hay algo que ya está comprobado que en nuestro país fracasó es la privación de la libertad* (Defensor de Juzgado de Adolescentes de Montevideo). Subrayados nuestros.

En las entrevistas se alude a la solicitud de privación de libertad por parte de adolescentes en situación de consumo problemático de sustancias o en situación de calle, lo que permite pensar más en un discurso de desesperación, de una solicitud de ayuda y apoyo que en el deseo de su privación de libertad. No obstante, este requerimiento no es problematizado como demanda por los operadores que toman las palabras de los sujetos en su literalidad, sin pensar que la judicialización del adolescente y su posterior encierro no resulta una respuesta acorde al pedido de auxilio.

> En casos que no se inicie un procedimiento infraccional, si está en situación de calle, se pone enseguida a disposición del Juez Letrado de Familia Especializada. Pasa que entran por una puerta y los internan, se interna, pero las internaciones son en hogares abiertos y, si no hay voluntad, se van. En los casos que se han dispuesto medidas privativas de libertad es porque ha cometido una infracción y, a veces, por ejemplo, en un hurto, una infracción grave, de repente está en situación de calle y ya ha cometido alguna otra infracción *¿qué es mejor?, podría ser una medida privativa de libertad, a veces hasta te lo piden. Me llegó a pasar eso* (Juez Letrado de Adolescentes). Subrayados nuestros.

Por el contrario, en los discursos de profesionales de las organizaciones de la sociedad civil es posible visualizar la búsqueda de legitimidad de las medidas no privativas de libertad. En estos relatos se destaca la medida socioeducativa como posibilidad de trabajo con los trasgresores, enfatizando en el cambio legislativo de carácter punitivo mediante la Ley 19.055 (2013), que generó la privación de los adolescentes con infracciones de rapiña (robo con violencia) en detrimento del trabajo de las organizaciones sociales. En las entrevistas con los profesionales que se desempeñan en medidas no privativas de libertad, se conceptualiza la medida socioeducativa en medio abierto en perjuicio del encierro como un

dispositivo que no apoya a sujetos en formación a elaborar su propia vida ni a «educar para la libertad».

La legitimidad social de los programas que implementan medidas no privativas de libertad –que se pretende construir sobre el trabajo colectivo y la elaboración de indicadores de eficacia de las medidas –puede percibirse como un esfuerzo contrario al retroceso legislativo de las últimas décadas que han implementado medidas de carácter punitivo frente a situaciones que anteriormente eran pensadas y resueltas mediante otras políticas estatales.

Si se considera la corriente de opinión sustentada por los medios de comunicación masiva, los intercambios en las redes sociales y las conversaciones cotidianas, la legislación parecería plasmar una demanda del público. No obstante, la investigación de Kessler (2009) en distintos estratos sociales, edades y géneros en Argentina, muestra que la opinión pública no ostenta la uniformidad que aparece en la televisión, la radio, ni en las demandas punitivas de las frecuentes manifestaciones sociales en reclamo de mayor seguridad que ha surgido en estas últimas décadas en Uruguay. En efecto, la tolerancia a las trasgresiones se sostiene en una opinión pública educada, mayoritariamente joven sin significativas diferenciaciones de género entre las nuevas generaciones. La respuesta de la punición puede atender entonces al reclamo de los sectores medio-bajos, con escasa educación y marcadas diferencias en cuanto a edad y género en la población de adultos mayores. Tal vez la política y los políticos uruguayos responden a la demanda poblacional de una pirámide demográfica envejecida con escaso nivel educativo y/o con mayor interés en la defensa de la propiedad privada que de las personas.

5. Las medidas socioeducativas no privativas de libertad que efectivamente se utilizan

De acuerdo con las entrevistas realizadas a los operadores que ejecutan las «medidas sustitutivas», como las denomina el Código de la Niñez y la Adolescencia, son las disposiciones establecidas entre los artículos 80 a 84 entre las que se destacan las de «libertad asistida» –que supone un régimen abierto en el entorno familiar y social del adolescente con apoyo de especialistas en programas educativos–, «libertad vigilada» –que consiste en la permanencia del adolescente en la comunidad con el acompañamiento permanente de un educador– y medidas de «orientación y apoyo al adolescente» mediante el que se lo integra a un programa socioeducativo en instituciones públicas o privadas respaldadas por la institucionalidad de referencia en la materia.

> Me atrevo a decir que el 99,9 % de los casos son libertad asistida, le sigue libertad vigilada y ahora está teniendo como un poco más de auge lo que tiene que ver con orientación y apoyo que, por lo general, son medidas cortas (Educadora social. Promesem. Inisa).
>
> Las que disponen los jueces acá en [departamento] son libertad asistida, libertad vigilada y orientación y apoyo, esas [son] el 90% de las medidas (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).
>
> Las medidas que trabajamos son: libertad asistida, servicio comunitario, mediación y después lo que son las sustituciones de medidas. Nosotros no trabajamos libertad vigilada. Libertad vigilada queda por fuera. Después se aplican muchas medidas, como orientación y apoyo también (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).
>
> Sí, fundamentalmente, la libertad vigilada, la libertad asistida, la orientación y apoyo. La [medida de] prestación de servicio a la comunidad la trabajamos, pero establece que el servicio tiene que ser en una institución pública y no están fácil que te den un lugar. Tiene que haber toda una coordinación para que tenga el fin socioeducativo que busca la medida, porque no es mandar a alguien a trabajar en un lugar y menos a un adolescente. Nosotros acá lo implementamos con un juez, dos chicos de [localidad] que está a 90 km de acá y venir seguido era complicado. Era complicado para nosotros también ir tres veces a la semana por los costos y todo eso, entonces, implementamos con la alcaldía de [localidad] una prestación de servicio. Una vez a la semana hacemos el seguimiento de familia, del chico y todos los actores que intervinieron en la prestación de la medida (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).
>
> Dentro de las medidas, fundamentalmente: libertad asistida, libertad vigilada, orientación de apoyo, no hay antecedentes de haber hecho mediación… Si bien a través de los técnicos se trata de promover esa posibilidad no hay derivaciones de prestación de servicios a la comunidad. Nosotros igual abrimos algún espacio y tratamos de comunicarles a los jueces que contamos con esos espacios. Por ser una medida acotada en el tiempo, deberíamos, por lo menos, aunque fuera en el marco de una libertad asistida o vigilada, intentar pasar los últimos dos meses a ese tipo de medida. O, sin pedir un cambio de medida, introducir, de alguna manera, esa modalidad dentro de lo que es la ejecución de cualquiera de las otras medidas (Promesem. Inisa).

En Montevideo, Promesem de Inisa estaría aplicando como ensayo «novedoso», que se concibe como acción de reparación simbólica del daño y se trata de una medida obligatoria para los adolescentes que cumplen otra medida no privativa de libertad como libertad asistida o libertad vigilada en la institución.

> Lo que estamos haciendo *como algo novedoso* que lo hemos planteado también es una acción de reparación simbólica en el [Hospital Geriátrico] Piñeyro del Campo, *como actividad obligatoria*. Vamos cada 15 días con los adolescentes de a pocos, no se puede ir con muchos y se trabaja con los adultos mayores en conjunto. Se pintan bancos, dibujos, eso se les explica a los adolescentes que no es solo el tema de la pintada de bancos, sino la interrelación con el adulto mayor que al adulto mayor le hace bien, sale del pabellón, conversa, y eso lo han tomado muy bien. Ha sido muy enriquecedor para todas las partes y lo estamos planteando como una acción reparatoria simbólica del daño. Estamos trabajando la posibilidad de trabajo en la huerta del Piñeyro, vamos a ver qué pasa con eso. El Piñeyro es receptor de medidas no privativas de adultos. […] En la Facultad de Psicología también hemos hablado del trabajo comunitario y la posibilidad que se pueda conseguir. Lo ideal es trabajar todas las medidas (Abogada. Promesem. Inisa). Subrayados nuestros.

El Artículo 85 se refiere, específicamente, al principio de "*Non bis in idem*", explicitando que el Juez sólo podrá aplicar una de las medidas previstas en los anteriores artículos o en los siguientes referidos a medidas privativas de libertad. En este sentido, coloca bajo cuestionamiento las medidas sustitutivas de mediación y reparación del daño que se aplican en el sistema estatal en medio abierto (Promesem), ya que las mismas detienen cualquier otra medida que se estuviera aplicando como lo especifica el Artículo 83 de la Ley 17.823.

No obstante, aunque no se trate de una contravención normativa –lo que podría estar en discusión– ya que no cumple con los requisitos de ninguna de las medidas sustitutivas enunciadas en la Ley 17.823 y se plantea como acción de reparación de carácter simbólico– correspondería preguntarse, más allá de la interacción beneficiosa para los ancianos que residen en un hospital geriátrico, cuál es el sentido que esta actividad –que supone obligatoriedad– tiene para los adolescentes que transitan por una medida socioeducativa. En palabras del codificador, resulta pertinente la pregunta por «el sentido pedagógico y educativo de la reparación propuesta» la asistencia «obligatoria» a una institución pública que alberga a ancianos en situación de dependencia o discapacidad para la formación del adolescente. En primer término, es posible pensar que este tipo de interacción generacional resulta costosa para los adolescentes. Parecería que la propuesta de reparación simbólica en el Hospital Piñeyro del Campo podría ser experimentada con lejanía para cualquier adolescente que se enfrente a las experiencias de decrepitud y muerte que no pertenecen a su horizonte vital. En segundo lugar, surge la pregunta acerca de la obligatoriedad de una propuesta, que debería tener carácter positivo para la formación del adolescente que transita por una institución de castigo.

Por otra parte, las entrevistas a los técnicos que ejecutan las disposiciones judiciales indican que, tanto en Montevideo como en el interior del país, los jueces estarían efectuando derivaciones a medidas socioeducativas que no figuran en la Ley 17.823 o en situaciones que no implican trasgresiones a la ley penal como el consumo problemático de sustancias psicoactivas. Entre los operadores judiciales estaría apareciendo una suerte de confusión entre las medidas no privativas de libertad y otras disposiciones judiciales más relacionadas con la integración de los adolescentes a la comunidad o a un programa social determinado que a una medida socioeducativa en el marco del sistema penal juvenil. Estas prácticas judiciales habilitarían a pensar en la inercia del paradigma de la situación irregular –mediante la ambigüedad en el tratamiento de la protección y represión a los sectores vulnerables– que no parecería estar superado en el país pese a la adhesión a la Convención de los Derechos del Niño en 1990 y su modificación del Código del Niño de 1934 mediante la Ley 17.823 de 2004.

> A veces nos están derivando chiquilines para tratamiento o para incluirlo en un centro juvenil. Aquí se nos consulta por parte del personal qué hacemos. Bueno, hemos dado cumplimientos sí, la aspiración de la sede era incluirlo en un centro juvenil (Promesem. Inisa.).
>
> Nosotros siempre tuvimos la impresión de que, como tienen tanto trabajo, los adolescentes les molestan un poco, entonces, no tienen un perfil muy [específico]. Por ahí te dicen, «Ay no, ¿qué hago? ¿lo mando?» y *a veces, mandan medidas que no están en el Código*, como, por ejemplo, ahora si lo ponen como medida curativa está bien, pero «a internarse en el hospital por consumo». El consumo no es un delito, entonces, tenés esas cosas que, en definitiva, terminan entreverando, porque el gurí consume sí, pero a su vez cometió un delito, entonces, son dos cosas aparte. Tratar el consumo, por supuesto, es parte del trabajo que uno trata de realizar, con pocos recursos porque no existen recursos a nivel local para tratar más o menos efectivamente el consumo problemático de sustancias. Pero hay poca diferenciación, se entreveran mucho en alguna medida (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil). Subrayados nuestros.

Cabe destacar que la relación institucional entre el segmento judicial y las organizaciones implementadoras de las medidas judiciales no privativas resulta más compleja en el interior del país, en donde la justicia penal juvenil no es especializada. En efecto, si en un principio el proceso penal juvenil funcionaba en la órbita de familia, pasó a ser tratada como materia penal de adultos por operadores que parecerían desconocer la especificidad en el tratamiento de la infracción adolescente.

> [¿Los operadores del interior del país conocen las medidas socioeducativas del Código del Niño y el Adolescente que les derivan para su implementación?] No, todos no, algunos sí conocen el Código, conocen todo eso, ahora, el llevar adelante una medida, los tiempos de todo eso, a veces, cuesta, algunos mejor y otros peor. Los fiscales sí conocen bastante –los fiscales son más permanentes– que son los que piden la medida y con los abogados defensores es complicado porque antes la defensa de adolescentes aunque fueran infractores la hacían los defensores de familia de oficio –estoy hablando de los de oficio, no estoy hablando de los que pagan su abogado privado–, pero resulta que, en determinado momento, dejaron de estar los de familia, el otro año y pusieron dos abogados de oficio penales, penales de adultos y en realidad, es muy difícil trabajar con los defensores penales. Es más difícil trabajar con los defensores que con los fiscales (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).

Los relatos de los entrevistados habilitarían a pensar que aplicación de la justicia penal juvenil en el interior del país estaría demandando mayor atención del sistema judicial con relación a la formación de los operadores acerca de la especialización que el proceso penal juvenil estaría requiriendo.

5.1. Características de las infracciones que se derivan a medidas sustitutivas

La descripción del tipo de infracciones que los jueces derivan a medidas socioeducativas no privativas de libertad constituye una muestra de la concepción de los operadores acerca de las trasgresiones adolescentes. Si, por un lado, para Promesem del Inisa se habla de que las riñas en las puertas de los centros educativos constituyen temas relevantes, el psicólogo de una de las organizaciones de la sociedad civil entrevistado desestima la gravedad de los tipos de infracción con los que se trabaja al comparar las características de las derivaciones actuales con tiempos anteriores en los que determinadas trasgresiones tipificadas como rapiñas (robo con violencia) eran derivadas a las organizaciones de la sociedad civil en el período previo a la aplicación de la Ley 19.055 (2013) y el centro estaba lleno de adolescentes.

> Derivaciones directas pueden ser riñas, problemas en los liceos, problemas a la salida de los espectáculos públicos… Ese tipo de cosas lo podemos decidir ya más directamente porque, de repente, la justicia impone ese tipo de medidas no privativas, a pesar de que la riña no es nada menor porque se da en determinado contexto: en la puerta del liceo donde participaron muchos jóvenes, no se identificó cuáles jóvenes, todos van por riña. Y también, como no se logró

> [determinar] exactamente la participación de cada uno, sino que todos estaban, bueno… A ninguno mandan a la privación de libertad y vienen a este tipo de programa. Puede ser eso… Tenemos chiquilines que han cometido algún homicidio en accidentes de tránsito. Entonces bueno, ahí también, si el joven estaba trabajando o estaba estudiando en ese sentido está bien. La justicia resolvió directamente una medida no privativa porque privarlo de libertad va a traer como consecuencia que pierda el trabajo, que pierda la posibilidad de seguir estudiando (Promesem. Inisa).
>
> A esta institución en particular venían –en una época en la que yo no participaba de este programa, pero según se me cuenta– muchísimos, muchísimos usuarios, muchos chiquilines y chiquilinas. Luego de un cambio que hubo con respecto a la ley que tipifica las rapiñas como infracción penalizada con privación se redujo muchísimo el núcleo grueso de adolescentes. A nosotros nos llegan medidas que son, por lo general, hurtos, algún tipo de daño causado por riñas, alguna infracción de tránsito con alguna consecuencia semi grave, pero no mucho más, no mucho más. Los demás están privados de libertad (Psicólogo. Organización de la sociedad civil).

Por otra parte, el perfil de la siguiente organización de la sociedad civil entrevistada da cuenta de derivaciones específicas relacionadas con la violencia y el abuso sexual en los que esta institución estaría especializada de acuerdo con las entrevistas analizadas.

«Recibimos todo lo que esté relacionado con conductas violentas: lesiones, lesiones personales, lesiones graves, intento de homicidio, abuso sexual» (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).

5.2. Formación de los equipos técnicos de las organizaciones de la sociedad civil ejecutoras de las medidas judiciales

Con relación a los equipos técnicos de las organizaciones de la sociedad civil que han permanecido en convenio con el Estado con el objetivo de implementar las medidas socioeducativas no privativas de libertad dispuestas judicialmente luego del desistimiento de otras organizaciones que decidieron abandonar la tarea ante nuevas condiciones impuestas por el sistema penal juvenil, se percibe cierto despojo de los técnicos que antes operaban en estas instituciones. La explicación viene de la mano de las menores derivaciones judiciales a este tipo de programas y la efectiva posibilidad de las organizaciones de mantener un grupo estable de profesionales formados en la materia.

> Después de cambios externos (de Inisa) e intrainstitucionales, el equipo quedó integrado por un procurador, un psicólogo, un educador social y un profe-

> sor de educación física que acaba de ingresar. (Psicólogo. Organización de la sociedad civil).
>
> En el momento tenemos una psicóloga, una abogada, estoy yo que también soy referente de chiquilines y una administrativa que es la que maneja toda la parte de mantenimiento físico, emocional, hace «el aguante» con los chiquilines en la sala de espera (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).
>
> El equipo está integrado por una asistente social, por un abogado, por un psicólogo, que trabaja sobre todo en la parte neuro-cognitiva con los chiquilines; trabaja con programas de computadora (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).

5.3. Disposiciones institucionales sobre la asiduidad en el cumplimiento de la medida judicial

De acuerdo con estos relatos de los operadores entrevistados, si bien parecería que la asiduidad en la asistencia de los adolescentes a las organizaciones de la sociedad civil estaría pautada por las características de la medida judicial, también surgen mecanismos de adaptación a las diferentes situaciones de la vida cotidiana y a las vivencias de los adolescentes con los que se trabaja.

> Las concurrencias semanales las adaptamos a las realidades de cada adolescente. [Se considera] si está trabajando, estudiando o no está haciendo absolutamente nada o si acaba de salir de una privación de libertad. No es que sea para todos dos veces por semana o para todos tres o para todos una. Se trabaja de acuerdo con cada realidad. Tenemos un adolescente que viene una vez por semana, tiene un trabajo muy pesado (carga y descarga de camiones), no le puedo pedir más. Con esa vez por semana nos alcanza para las instancias de reflexión. Hay otros que hacemos venir tres veces por semana porque están pasando por un momento especial que necesitan trabajar. A veces funciona más como contención. Entonces, vienen, conversamos un rato, trabajamos sobre la infracción, otras veces que hablamos de otras cosas, para contenerlos un poco (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).
>
> Depende la medida, la libertad vigilada, en general, son tres veces semanales, depende la medida y depende el adolescente, si hay alguno a la deriva, los hacemos venir más veces porque si no les cuesta. Las [medidas] cautelares, en general, son dos veces a la semana. Ellos vienen, más o menos por espacio de una hora, hora y media, dos horas, además del seguimiento de las actividades que ellos estén haciendo afuera, o sea, si van al liceo, si no van, todo ese seguimiento lo hace el educador (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).

5.4. «Un trabajo de sastre»

¿Cómo lograr la adhesión a una propuesta de trabajo sobre sí mismo que promueva la reflexión acerca de los propios actos y, que a su vez sea parte de la construcción de la subjetividad en el marco de la exigencia que impone una medida judicial que insta a los adolescentes al pensamiento, a volver sobre los propios errores y tematizarlos cuando la mayoría de la población elude este planteamiento analítico? Este dilema es planteado por uno de los operadores entrevistados.

> Como psicólogo, y yo que llevo unos años trabajando en el ámbito clínico, es difícil a veces contemplar esto de la obligatoriedad para el otro cuando ya tiene tantos a priori con respecto a uno «-Estoy acá obligado, sin ganas, porque esto es algo que me mandan a hacer que tiene que ver con una medida de una infracción que cometí». Pero todos los a priori van a contrapelo de lo productivo que puede ser al proceso. Por suerte muchas veces caen, después todos esos a priori y se logran trabajar un montón de cosas, pero eso también lleva su tiempo (Psicólogo. Organización de la sociedad civil).

Su discurso parecería relacionarse con la conceptualización del último Foucault acerca de la «construcción del sí mismo» como proceso de elaboración interna que se pretende lograr con el adolescente que no se correspondería con el supuesto de la «obligatoriedad» en la construcción de sentido del sujeto mediante un proceso de acompañamiento profesional en el contexto judicial. Esta idea es desarrollada por Foucault en la denominada «etapa ética» de su producción en la que trabaja las «tecnologías del yo» y que expone tanto en sus últimas clases dictadas en el Collège de France en los años 1981 y 1984 (Foucault, 2001, 2009, 2010) como en su paralela elaboración del segundo y tercer volumen de *Historia de la sexualidad* (2005, 2008).

En la clase del 1º de febrero de 1984, Foucault refiere a sus indagaciones anteriores relacionadas con las relaciones entre sujeto y verdad a través del decir sobre la locura o sobre el delincuente. En este momento, el autor busca estudiar las formas de enunciación del propio sujeto, el decir su propia verdad, bajo la escucha atenta de otro. Es «una práctica de a dos», dice Foucault, que conduce al autoconocimiento mediante una serie de ejercicios antiguos que recorre desde la antigua Grecia y Roma, y que preceden a la práctica de la confesión del cristianismo de comienzos del siglo XIII mediante la institucionalización del poder pastoral (FOUCAULT, 2010).

Al principio, confiesa Foucault, intentó analizar a esta pareja de parresiastas como antecedentes de la relación entre el médico y el paciente, el psiquiatra y el enfermo, el psicoanalista y el analizado. No obstante, sus investigaciones lo

condujeron a la idea de la *parrhesía* como un concepto político que lo desvió de su primera intensión: trascender el estudio que lo guio durante varios años enunciado como «el gobierno de sí y de los otros». En ese intento, dice Foucault redujo el saber al poder, presentándolo como una máscara del poder. Lo que en la última etapa de producción pretende hacer es un triple desplazamiento teórico: del tema del conocimiento al de la veridicción, del tema de la dominación al de la gubernamentalidad, del tema del individuo a las prácticas de sí, estudiar, sin reducir «jamás unas a otras, las relaciones entre verdad, poder y sujeto» (FOUCAULT, 2010, p. 27).

La de idea *parrhesía* que interesa a Foucault, tiene que ver con decir la verdad sin ocultar nada que puede traer consecuencias tanto a la relación de amistad con el otro que recibe esa verdad, como para quien la enuncia. Por eso, dice Foucault, la *parrhesía* «implica cierta forma de coraje» porque «corre el riesgo […] de poner fin a la relación […] que hizo posible su discurso» si el otro no es capaz de escuchar la verdad que se le enuncia. (FOUCAULT, 2010).

En este sentido surge la pregunta sobre si esta persona que oficia de guía al conocimiento de sí mismo podría encontrarse entre los operadores del sistema penal juvenil. Los hallazgos de la investigación estarían indicando que, salvo contadas excepciones en las que el adolescente es conducido, sin coacciones a una reflexión con objetivos de pensarse a sí mismo y actuar de forma tal que, liberando las constricciones externas impresas por la vulnerabilidad socioeconómica y las dificultades de acceso a los bienes culturales que le han sido cercenados a lo largo de su biografía por el contexto del que proviene, no es posible encontrar, en los discursos analizados en las entrevistas, las condiciones del parresiasta dispuesto a escuchar la verdad de los enunciados adolescentes que responda en términos amigables, cuestionando sus prácticas y colocando en situación de aprendizaje y crecimiento personal a los jóvenes con quienes trabaja.

Sin desconocer el clivaje existente ente acción y estructura social, el discurso de este operador analizado intenta conceptualizar la responsabilidad a la que alude el Código de la Niñez y la Adolescencia (2004), inscribiéndolo en el marco de la intervención que realiza desde la perspectiva institucional, así como el *timing* o momento en que corresponde realizar el planteamiento del tema con los adolescentes derivados por el sistema judicial.

> Hay que entenderlo bien al término, es una palabra interesantísima, pero yo trato de no ponerla acá, aunque siempre estás trabajando [con] la responsabilidad, es algo que está presente, pero no darle el número uno en la fila porque si no arrancás perdiendo 1 a 0 con los chiquilines. Si vos ya en el primer día, desde la entrevista, le decís «-Mirá que vamos a trabajar la responsabilización

> porque hay que hacerse responsable de los actos», sos uno más de los adultos que le dicen las cosas que tienen que hacer y yo no sé si nosotros le tenemos que decir lo que tienen que hacer. Nosotros tenemos que trabajar para construir con ellos, que puedan hacer cosas. Cosas que los inserten en la sociedad, cosas que les den el lugar que deben tener. Trabajar en la responsabilización es que ellos consideren la responsabilidad de hacer valer sus derechos, de que nadie pueda hacer cosas que vulneren sus derechos. Cuando estoy vulnerando derechos, sí obvio, trabajamos en responsabilización, pero no sé si esa es la primera palabra que tiene que estar (Entrevista a psicólogo. Organización de la sociedad civil).

Como ya fuera explicitado en el análisis de este discurso, la responsabilidad concebida como «una palabra interesantísima», estaría más ligada a la promoción de la conciencia crítica entre los adolescentes, al estímulo del pensamiento reflexivo y a la exigibilidad de derechos sociales que a la «responsabilización por la trasgresión», explicando que la responsabilidad por los actos cometidos es un ejercicio costoso, tanto para los adultos, pero, sobre todo, para los adolescentes.

> De todos modos, el trabajo integral que se hace siempre apunta a la responsabilización. Porque trabajar en derechos implica también trabajar en obligaciones, implica trabajar en hábitos, implica trabajar en estimular una conciencia crítica sobre los demás y sobre sí mismo. Y pensar críticamente sobre sí mismo tiene que ver con responsabilizarse. No todos tenemos los mismos tiempos para lograr las mismas cosas y con adolescentes eso, a veces, es muy difícil. También lo es con adultos, pero con chiquilines, vuelvo a lo del principio… (Entrevista a psicólogo. Organización de la sociedad civil).

En cierto sentido, el operador entrevistado admite trabajar el tema de la responsabilidad unido a los derechos sociales de los adolescentes, aunque advierte que «no todos tenemos los mismos tiempos para lograr las mismas cosas» y, la construcción del sí mismo como sujeto autónomo, pensante y crítico trasciende el limitado tiempo de una medida socioeducativa impuesta por el sistema judicial en el contexto de una sanción penal. Este reconocimiento no deriva en la solicitud de mayor tiempo para trabajar en la subjetivación del adolescente –como ocurría en el paradigma resocializador–, sino en la asunción de que la sanción penal, eufemizada como «medida socioeducativa» por el legislador,[2] no constituye el ámbito adecuado para alcanzar los fines que se propone (GARLAND, 2006).

2. Nils Christie denomina el fenómeno del eufemismo, característico de todos los sistemas penales, como «el escudo de las palabras» (CHRISTIE, 2001, pp. 19-20)

Las palabras de este operador habilitan a pensar en una experiencia que se desliga de las prácticas burocratizadas a las que remiten otros discursos.

> Mi opinión sobre el sistema penal juvenil es que me da la posibilidad como técnico de trabajar con muchos adolescentes que han cometido infracciones y la percepción que me queda es que no en muchos lugares se les da la posibilidad de ser contemplados como adolescentes más allá de lo que hayan hecho (Psicólogo. Organización de la sociedad civil).

El coraje del decir la verdad, en su forma más extrema, puede poner en riesgo la propia vida de quien la enuncia, «si su interlocutor tiene algún poder sobre él y no puede tolerar la verdad que se le dice» (FOUCAULT, 2010, p. 31). Por eso, es preciso ser extremadamente cuidadosos al utilizar este concepto foucaultiano en el contexto de la justicia penal juvenil ya que quien escucha también tiene una cuota de poder sobre el enunciador y su enunciado de verdad.

Parecería que el trabajo con estos adolescentes provenientes de sectores más vulnerables de la sociedad estaría requiriendo de parte de los operadores de una cierta discriminación de los requerimientos que los sujetos traen al encuadre de trabajo de la medida. La apuesta a la construcción de la demanda, el propósito de evitar frustraciones ante tanta ansiedad por hacer cosas nuevas es recuperada en la experiencia de este profesional mediante la discriminación entre la solicitud de actividades del adolescente y lo que supone que el otro espera escuchar.

> [En] temas más de inserción educativa, por ejemplo, o de proyectar algún tipo de capacitación o inserción en el mundo del trabajo, actividades lúdico-recreativas, deportivas, se van evaluando, porque los chiquilines muchas veces también vienen, o chiquilinas, también vienen como con una demanda grande, con un pedido grande que no es demanda (Psicólogo. Organización de la sociedad civil).
>
> [¿Pedidos de que cosa?] De cosas «-Tengo ganas de hacer tal cosa», «-Tengo ganas de hacer tal otra», «- ¿Ustedes me pueden conseguir esto?», «- ¿Me pueden conseguir aquello?» Que es bastante común escuchar eso y uno tiene que ir como poniendo paños fríos y evaluando ¿Cuánto nos está preguntando porque sí, porque cree que esta bueno preguntar eso?, por la imagen que nos vamos a llevar de un chico o una chica que está interesado en hacer cosas, porque tiene ganas de decirlo y no porque realmente esté interesado, ir viendo qué puede sostener. Eso lleva un tiempo de trabajo. Siempre está la posibilidad de ir diagramando ese plan, pero el plan es a medida. *Es como un trabajo de sastre* (Psicólogo. Organización de la sociedad civil). Subrayados nuestros.
>
> Es ir viendo para ese chico, para esa chica. Es co-construido, es con ellos ¿Qué les interesa? ¿Qué pueden? ¿Qué potencial tienen? ¿Cuánto de exposición a

> la frustración nos podemos ahorrar? ¿Cuánto de apuesta podemos tener? Y cuánto de posibilidades institucionales también nosotros, porque no podemos todo. No tenemos todo, no tenemos, no depende solo de nosotros conseguir algunas cosas, pero en la medida de nuestras posibilidades, de lo que nosotros podamos ofrecer y de lo que ellos puedan sostener elaboramos el plan. Individualmente. (Psicólogo. Organización de la sociedad civil).

Como expresa Foucault, el enunciado está relacionado tanto con el pensamiento del enunciador como con la relación que establece con el otro a quien dirige su discurso, en una relación cuya fragilidad supone siempre poner en juego la posibilidad de lo dicho. Por tanto, como fuera enunciado, Foucault asocia a la *parrhesía* la idea del coraje de quien dice francamente la verdad con la consiguiente posibilidad de pérdida de la relación de confianza con el mentor que el enunciado puede traer consigo (FOUCAULT, 2010).

6. ENTRE LA PROTECCIÓN Y EL CONTROL SOCIAL

La justicia penal juvenil constituye una materia relegada en el sistema judicial que no ha dispuesto los recursos necesarios para la formación en esta especialidad. Esta situación, visible en los Juzgados de Adolescentes de Montevideo, estaría generando confusión entre el proceso penal adulto, el proceso penal juvenil y el tratamiento de la adolescencia vulnerada en sus derechos en una indiscriminación que recuerda la doctrina tutelar de la infancia desamparada (CÓDIGO DEL NIÑO, 1934).

La judicialización del desamparo resulta explícitamente expuesta en algunos relatos que, sin cuestionar la privación de libertad, muestran preocupación por lo que ocurre después del tránsito del adolescente por la medida, estigmatizando este sector de la población por la procedencia familiar en contextos de pobreza, como si la judicialización fuera una respuesta adecuada al tratamiento de los problemas sociales. Si la reinserción social de los jóvenes que han pasado por un proceso de privación de libertad representa un serio problema en el momento de su reinserción, resulta pertinente la pregunta acerca de los deberes del Estado para con este sector de la población y el deterioro producido por el encierro temprano en la trayectoria vital de estos adolescentes.

> Uno de los objetivos del proceso es alcanzar esa finalidad socioeducativa, creo que la privación de libertad –no porque los recursos dispuestos fallen respecto a la privación de libertad en Inisa que no cuestiono–, sino porque la privación de libertad debería ser la medida de último recurso porque limita el desarrollo el ejercicio de los otros derechos. *De todas maneras, mucho más grave que eso es*

> *el después, cuando no podemos seguir trabajando después que se termina de cumplir la medida. En definitiva, creo que lo más difícil para los jóvenes es reinsertarse en sociedad porque el 99% proviene de familias desestructuradas, con una historia de violencia, de consumo de sustancia, de privación de libertad, entonces tienen una situación tan crítica que, a veces, lo que hace Inisa con la privación de libertad no alcanza para que después puedan reinsertarse y salir adelante solos* (Juez Letrado de Adolescentes de Montevideo). Subrayados nuestros.

Si algunos discursos colocan cuestiones relevantes acerca de qué ocurre después del tránsito por la privación de libertad, otros relatos enfatizan en el relacionamiento posterior a la medida no privativa de libertad cuando cesa el período de intervención.

El dilema del qué hacer después de la medida socioeducativa que dio lugar a una intervención social atraviesa temas complejos como la responsabilidad estatal frente a un sector vulnerable de la población, así como el vínculo que el adolescente genera con un lugar en el que percibe acogimiento que no ha recibido en otros espacios en organizaciones de la sociedad civil o en programas estatales. En la tensión entre el control social que parte de la responsabilización individualizadora por la trasgresión y la restitución de derechos socialmente vulnerados se despliegan una serie de acciones relacionadas con la protección social. Después de un proceso de intervención que vincula al adolescente a instituciones educativas, sanitarias, de capacitación y emprendimientos laborales parecería que los operadores se perciben responsables de lo que suceda cuando el vínculo que dio origen al proceso se interrumpe por el cese de la medida judicial.

No parecería fácil responder a este planteamiento dilemático con un corte radical que cuestione mecanismos de protección social, a la vez que resulta problemático que el adolescente encuentre protección en instituciones pensadas para el control social de sus trasgresiones.

> Nosotros buscamos dejarlos institucionalizados donde haya una trabajadora social, un psicólogo, un educador que puedan seguir continuando con el seguimiento de ese adolescente […] Quizás quede feo decir que queda institucionalizado, pero es eso. [Los técnicos] pueden seguir accediendo a su historia para sostenerlo, para que no deje de estudiar, o por problemas de salud, por problemas psicológicos, por problemas de droga... (Trabajadora social. Promesem. Inisa).

A su vez, resulta atendible el dilema que se genera mediante la sobreexposición del joven en contextos de multi-intervención social que parecería infantilizar la relación del adolescente con sus referentes adultos que requieren

orientación y apoyo para responder a los problemas y situaciones cotidianas de su hijo adolescente.

> Si nosotros ya concebimos que este adolescente es infractor, su padre también y entonces todos sus hermanos van a ser infractores, tenemos a toda la institucionalidad del Ministerio de Desarrollo Social interviniendo. Las referencias adultas de la familia se pierden legitimidad. Esa madre, ese padre o ese referente adulto no va a tener herramientas para intervenir sobre ese chiquilín y se lo va a devolver al sistema porque perdió toda la autoridad y otro equipo aparecerá que le diga lo que tiene que hacer con su hijo (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).

Esta práctica remite al consejo experto del que habla Giddens (1995) en el contexto de la separación de tiempo y espacio en la modernidad reflexiva que aparece como guía de acción a los agentes individuales en temas relativos a su vida cotidiana.

El «desanclaje» que permite la presencia de los ausentes se reinstala mediante los mecanismos de «reanclaje» mediante la palabra experta en una entrevista con el adolescente o sus referentes adultos dirigiendo, orientando, apoyando, a través de mecanismos y conocimiento, el accionar diario tanto como las proyecciones de mediano y largo plazo en la vida de estas familias pobres.

Si bien estos mecanismos de «desanclaje» no operan exclusivamente en este sector de la población, se hacen presentes ante la ausencia de demanda, contrariamente a la búsqueda de la experticia que opera en otros sectores sociales a través de la mercantilización de sus servicios técnicos. En el caso de los pobres, los profesionales vienen sin que los involucrados hayan requerido sus servicios, ya sea bajo la modalidad de protección, como de control social de vidas desordenadas que requerirían su atención a través de las instituciones del Estado o por este contratadas.

En otras entrevistas se pone en cuestión la idea de la previsibilidad de la infracción en la familia, concepción que habitualmente se maneja entre los operadores que trabajan con este sector de la población. Asimismo, se destacan las diferentes conceptualizaciones que, sobre el fenómeno manejan quienes trabajan en el sistema penal juvenil, cuestionando la fiabilidad de diagnósticos de riesgo social construidos en base a conductas familiares antecedentes que se plantean en los discursos expertos.

> No tenemos todos la misma concepción de estos adolescentes en situación de infracción, o sea, ya los situamos, cuando decimos y el hermano, ya se sabe que el hermano que le sigue va a ser el nuevo infractor, ¿Por qué? Los estudios

> demuestran, –hay estudios para todas las cosas, de acuerdo con donde nos posicionemos vamos a encontrar justificación para todo lo que tenemos, eso es como… «la vejez me lo ha dicho» (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil).

Como ya fuera expuesto, las entrevistas realizadas dan cuenta de las diferentes percepciones de la trasgresión adolescente entre los operadores del sistema de ejecución de medidas socioeducativas. En este sentido aparecen imágenes estereotipadas y estigmatizadoras de los sujetos junto a otras que buscan soporte y comprensión de las conductas infractoras. Estas conceptualizaciones surgen tanto en los operadores de Promesem como de las organizaciones de la sociedad civil con perfiles diferentes.

> [Cuando trabajábamos en privación de libertad] teníamos algunos casos sonados, de estos que salían en televisión, y cuando hablabas con los chiquilines, no había una situación de consumo, *robaban porque les gustaba robar y te lo decían «-A mí me gusta tener plata». Había uno que me decía «-A mí me gusta tener cosas de oro»* (Coordinadora técnica. Organización de la sociedad civil). Subrayados nuestros.

Particularmente algunos de los discursos surgidos de las entrevistas habilitan a pensar en una linealidad en la interpretación de las palabras de los adolescentes que no estaría permitiendo trascender lo dicho a partir de perspectivas analíticas que podrían ser concebidas más como desafíos, característicos de las formas de relacionamiento adolescente con el mundo adulto, que en términos literales.

7. Consideraciones finales

Retomando la pregunta que iniciara este artículo, David Matza objeta a la criminología positivista la sobrevaloración de la magnitud de la trasgresión juvenil a la ley penal, sosteniendo que los jóvenes ofensores no se diferencian del resto de los pares de su misma generación, ya que, si lo hicieran, su comportamiento "sería más permanente y menos transitorio, más invasivo y menos intermitente de lo que al parecer es" (2014, p. 64). Referenciando estudios de sus contemporáneos, el autor sostiene que la mayor parte de los trasgresores juveniles no continúan ese rumbo en su edad adulta. "Más aún, todo indicaría que la reforma ocurre independientemente de la intervención de las instituciones correccionales y de la calidad del servicio correccional" (MATZA, 2014, p. 65). Pese a los cuestionamientos a la teoría individualizante de la neutralización del daño que el autor desarrolla en este libro, así como en el artículo publicado con Gresham

Sykes del que se ha dado cuenta al inicio de este trabajo (2004), ninguno de los objetores de la teoría de la neutralización parecería discrepar con esta afirmación de David Matza que es, inclusive, reafirmada por sus críticos (MARUNA & LEBEL, 2010; MARUNA, & COPES, 2005, 2017).

Entre los debates acerca del desistimiento y la responsabilización por los actos trasgresores, la implementación de las medidas judiciales no privativas de libertad en nuestro país parecería operar en la práctica judicial y ejecutiva mediante un profundo desconocimiento y confusión tanto por parte de los operadores judiciales como en los técnicos que se desempeñan en las instituciones de ejecución. Si la justicia restaurativa carece de conceptualización e instrumentos de aplicación homogéneos en el resto del mundo, remitiendo a los adolescentes a un incremento del control social por conductas que anteriormente no eran penalmente sancionadas, las medidas sustitutivas tipificadas en el Código de la Niñez y la Adolescencia (2004) parecerían carecer de las mismas dificultades, limitando su aplicación a trasgresiones leves con consecuencias estigmatizadoras en quienes han sido judicializados.

Contrariamente a este discurso crítico de la implementación de las medidas sustitutivas, aparecen relatos legitimadores que las conciben como mecanismos de protección social en el caso de los adolescentes pertenecientes a los sectores más vulnerables de la sociedad uruguaya. No obstante, si bien una medida sustitutiva resulta preferible a cualquier dispositivo de encierro, no deja de ser un instrumento de control social de los adolescentes pobres que no sustituye, en las acciones tipificadas por el Código Penal de 1934 con sus posteriores modificaciones, o en el conjunto de leyes restrictivas de derechos y garantías procesales que modifican el Código de la Niñez y la Adolescencia (2004) aprobadas en los últimos diez años, a la privación de libertad.

Por otra parte, la conceptualización del adolescente que cumple sanciones no privativas de libertad tampoco resulta uniforme entre los operadores judiciales y ejecutivos del sistema penal juvenil. En el análisis de los discursos expuestos en este artículo surgen lecturas estigmatizadoras junto a otras que buscan respetar las subjetividades que se ponen en juego en el trabajo con los adolescentes que han sido captados por el sistema penal juvenil. Las excepciones del trabajo sobre sí mismo que proponen algunos operadores, confirma la regla de la responsabilización indicada por el Código de la Niñez y la Adolescencia (2004) que busca adaptar en nuestro país la doctrina de protección integral. También aparecen visiones que desnudan pretendidos pronósticos cientificistas de predicción de riesgos en las familias de estos sujetos que merecen ser atendidas, ya que, como anunciara Robert Castel (1986, 2013), la idea de riesgo no es otra cosa que un

nuevo disfraz de la antigua noción de peligrosidad –que persiste en el Código de la Niñez y la Adolescencia– mediante la que se esconden los miedos y las inseguridades sociales en la demanda insatisfecha (CASTEL, 2004) de mayor control y punición a las clases desposeídas. Las indicaciones a las familias de los adolescentes pobres, encubiertas en consejos expertos, aparecen así, como control de las clases peligrosas siempre tendientes a la trasgresión de las normas establecidas y positivizadas en el ordenamiento jurídico.

8. Referencias bibliográficas

AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION. Ethical principles of psychologists and code of conduct. Washington, D. C.: Autor, 2017.

BOBLIN, Sheryl L.; IRELAND, Sandra; KIRKPATRICK, Helen; ROBERSON, Kim. Using Stake's qualitative case study approach to explore implementation of evidence-based practice. *Qualitative Health Research*, v. 23, n 9, 2013. pp. 1267-1275. https://doi.org/10.1177/1049732313502128 Acceso en: 11 mar. 2019.

BOURDIEU, Pierre. Comprender. In: *La miseria del mundo*. Traductor: Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica. pp. 527-543. 1999.

BOURDIEU, Pierre; WACQUANT, Loïc. *Una invitación a la sociología reflexiva*. Traductor: Ariel Dilon. 2a edición. Buenos Aires: Siglo Veintiuno. 2012.

BOURDIEU, Pierre, CHAMBOREDON, Jean-Claude; PASSERON, Jean-Claude. *El oficio del sociólogo*. Presupuestos epistemológicos. Traductores: Fernando Hugo Azcurra, José Sazbón y Víctor Goldstein. Buenos Aires: Siglo Veintiuno. 2011.

BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame and Reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press. 1989. Traducción al castellano: BRAITHWAITE, John. Delito, vergüenza y reintegración. *Delito y Sociedad*, v. 32, n. 2, 2011. pp. 7-18. https://doi.org/10.14409/dys.v2i32.5646. Acceso en: 11 may. 2019.

BRAITHWAITE, John; BRAITHWAITE, Valerie. Shame, shame management and regulation. In: Eliza AHMED; Nathan HARRIS; John BRAITHWAITE; Valerie BRAITHWAITE (Eds.). *Shame management through reintegration*. Cambridge: University of Cambridge, 2001. pp. 3-18.

BROD, Meryl; TESLER, Laura E.; CHRISTIANSEN, Torsten L. Qualitative research and content validity: Developing best practices based on science and experience. *Quality of Life Research*, v. 18, n. 9, 2009. pp. 1263-1278. Disponible en: https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11136-009-9540-9. Acceso en: 14 mar. 2019.

BUTLER, Michelle; MARUNA, Shadd. Rethinking Prison Disciplinary Processes: A Potential Future for Restorative Justice. In: *Victims & Offenders: An International Journal of Evidence-based Research, Policy and Practice*, v. 11 n. 1, 2016. DOI: 10.1080/15564886.2015.1117997.

CASTEL, Robert. De la peligrosidad al riesgo. En: Robert CASTEL, et al. *Materiales de Sociología crítica.* Traductor: Julia Varela. Madrid: La Piqueta, 1986. pp. 219-243.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social.* ¿Qué es estar protegido? Traductor: Viviana Ackerman. Buenos Aires: Manantial, 2004.

CASTEL, Robert. Problemas del riesgo y sentimiento de inseguridad. En: Robert CASTEL; Gabriel KESSLER; Denis MERKLEN; Numa MURAD. *Individuación, precariedad, inseguridad.* ¿Desinstitucionalización del presente? Traductor: Hugo Savino. Buenos Aires: Paidós, 2013. pp. 33-43.

CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor.* México. Traductor: Mariluz Caso. Fundación de Cultura Económica, 2001.

DAROQUI, Alicira; LÓPEZ, Ana Laura. *Sujeto de castigos*. Hacia una sociología de la penalidad juvenil. Rosario: Homo Sapiens, 2012.

DENZIN, Norman K. Critical qualitative inquiry. *Qualitative Inquiry*, v. 23, 2017. pp. 8-16.

DÍAZ, Daniel; FERNÁNDEZ, Martín. Constitucionalidad y derecho de defensa. Los adolescentes frente a la ley 19.055. En: Rosana ABELLA; Daniel FESSLER (comps). *El retorno del "estado peligroso"*. Montevideo: Casa Bertolt Brecht – Comisión Sectorial de Investigación Científica. Universidad de la República, 2017. pp. 127-138.

DÍAZ, Daniel. Menos derechos y más castigos. El paulatino deterioro de las garantías establecidas en la Convención de los Derechos del Niño. En: Carolina GONZÁLEZ LAURINO; Sandra LEOPOLD COSTÁBILE (coords.). *Criminalización y castigo*. Los avatares de la cuestión penal juvenil en Uruguay. Montevideo: Grupo de Estudios sobre infracción adolescente. Comisión Sectorial de Investigación Científica. Universidad de la República – Fin de Siglo, 2018. pp. 43-61.

DÍAZ, Daniel. *La construcción del derecho penal juvenil uruguayo*. Montevideo: Agencia Nacional de Investigación e Innovación – Fin de Siglo, 2019.

FERNÁNDEZ CHIOSSONI, Martín. Obstáculos normativos a la efectividad de los principios de excepcionalidad y brevedad de la privación de libertad adolescente. En: Carolina GONZÁLEZ LAURINO; Sandra LEOPOLD COSTÁBILE (coords.). *Criminalización y castigo*. Los avatares de la cuestión penal juvenil en Uruguay. Montevideo: Grupo de Estudios sobre infracción adolescente. Comisión Sectorial de Investigación Científica. Universidad de la República – Fin de Siglo, 2018. pp. 63-82.

FLICK, Uwe. Challenges for a New Critical Qualitative Inquiry: Introduction to the Special Issue. *Qualitative Inquiry*, v. 23, n. 1, 2016. Disponible en: https://doi.org/10.1177/1077800416655829. Acceso en: 14 mar. 2019.

FOUCAULT, Michel. *La hermenéutica del sujeto*. Curso en el Collège de France (1981-1982). Traductor: Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad.* Tomo II: El uso de los placeres. Traductor: Horacio Pons. México: Siglo Veintiuno, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Historia de la sexualidad.* Tomo III: La inquietud de sí. Traductor: Horacio Pons. México: Siglo Veintiuno, 2008.

FOUCAULT, Michel. *El gobierno de sí y de los otros*. Curso en el Collège de France (1982-1983). Traductor: Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

FOUCAULT, Michel. *El coraje de la verdad.* Curso en el Collège de France (1983-1984). Traductor: Horacio Pons. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2010.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia de los derechos y de la justicia*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2004.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. *Infancia. ¿Para dónde van sus derechos?* Buenos Aires: Didot, 2017.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio; VÁZQUEZ GIMÉNEZ, Sebastián; OTERO, Romina. *Historia y futuro de la cuestión penal juvenil. De Tejedor a Videla*. Buenos Aires: Didot, 2019.

GARLAND, David. *Castigo y sociedad moderna*. Un estudio de teoría social. Traductor: Berta Luis de la Concha. México: Siglo Veintiuno, 2006.

GIDDENS, Anthony. *Consecuencias de la modernidad.* Traductor: Ana Lizón Ramón. Madrid: Alianza Editorial, 1994.

GOFFMAN, Erving. *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Traductores: Hildegarde B. Torres Perrén y Flora Setaro. Buenos Aires: Amorrortu. 1989.

HABERMAS, Jürgen. *La teoría de la acción comunicativa*. Traductor: Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

HARRISON, Helena; BIRKS, Melanie; FRANKLIN, Richard; MILLS, Jane. Case Study Research: Foundations and Methodological Orientations. *Forum Quality Social Research*, v. 18, n. 1, 2017. Disponible en: http://www.qualitative-research.net/index.php/fqs/article/view/2655/4079. Acceso en: 15 mar. 2019.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA. Estimación de la pobreza por método de ingreso 2019. Boletín técnico publicado el 31 de marzo de 2020.

KESSLER, Gabriel; DIMARCO, Sabrina. Jóvenes, policía y estigmatización territorial en la periferia de Buenos Aires. *Espacio Abierto.* Cuaderno Venezolano de Sociología, v. 22, n. 2. pp. 221-243, 2013.

KESSLER, Gabriel. *El sentimiento de inseguridad.* Sociología del temor al delito. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2009.

KESSLER, Gabriel. Las consecuencias de la estigmatización territorial. *Espacio en Blanco, Serie Indagaciones*, n. 22, 2012. pp. 165-197.

KESSLER, Gabriel. *Ilegalismos en tres tiempos.* En: Robert CASTEL; Gabriel KESSLER; Denis MERKLEN; Numa MURAD. *Individuación, precariedad, inseguridad.* ¿Desinstitucionalización del presente? Buenos Aires: Paidós, 2013. pp. 109-165.

LEAL, Denise Maria; MACEDO, João Paulo. Os discursos protetivos e punitivos acerca dos adolescentes em medida de internação no Brasil. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, v. 17, n. 1, 2019. pp. 207-221. https://dx.doi.org/10.11600/1692715x.17112 Acceso en: 11 feb. 2020.

LEY 9.155 promulgada el 4 dic.1933. *Código Penal*. No fue publicado. IMPO. Centro de Información Oficial. Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933/197. Acceso en: 25 nov. 2019.

LEY 9.342 promulgada el 8 feb.1934. *Código del Niño*. Publicado por el Boletín Oficial del Estado el 2 may. 1934. IMPO. Centro de Información Oficial. Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/9342-1934. Acceso en: 21 nov. 2019.

LEY 16.137 promulgada el 28 set. 1990. *Convención de los Derechos del Niño*. Publicado por el Boletín Oficial del Estado el 9 nov. 1990. Disponible en: http://www.impo.com.uy/bases/leyes/16137-1990. Acceso en: 2 mar. 2020.

LEY 17.823 promulgada el 7 set. 2004. *Código del Niñez y la Adolescencia*. Publicado por el Boletín Oficial del Estado el 14 set. 2004. IMPO. Centro de Información Oficial. Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/codigo-ninez-adolescencia/17823-2004. Acceso en: 2 mar. 2020.

LEY 19.055 promulgada el 4 enero 2013. Publicado por el Boletín Oficial del Estado el 22 enero 2013. IMPO. Centro de Información Oficial. Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19055-2013/4. Acceso en: 21 feb. 2020.

LEY 19.293 promulgada el 19 dic. 2014. *Código de Proceso Penal*. Publicado por el Boletín Oficial del Estado el 9 enero 2015. IMPO. Centro de Información Oficial. Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/codigo-proceso-penal-2017/19293-2014. Acceso: 5 mar. 2020.

LEY 19.367 promulgada el 31 dic. 2015. Creación del Instituto Nacional de Inclusión Social Adolescente (Inisa) como servicio descentralizado. Publicado por el Boletín Oficial del Estado el 27 enero 2016. IMPO. Centro de Información Oficial. Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19367-2015/11. Acceso en: 3 feb. 2020.

MARTÍN CRIADO, Enrique. Del sentido como producción: elementos para un análisis sociológico del discurso. En: Margarita LATIESA (ed.). *El pluralismo metodológico en la investigación social*. Granada: Universidad de Granada, 1991. pp. 187-212.

MARUNA, Shadd; COPES, Heith. Excuses, Excuses: What Have We Learned from Five Decades of Neutralization Research? In: M. Torny (ed.). *Crime and Justice. A Review of Research*, Vol. 32. Chicago: Chicago University Press, 2005. pp. 221 -320.

MARUNA, Shadd; COPES, Heith. Techniques of Neutralization: A Theory of Its Time and Ahead Its Time. In: *Delinquency and Drift Revisited. The Criminology of David Matza and Beyond*. Advances in Criminological Theory, v. 21. Th. Blomberg, F. Cullen, Ch. Carlson & Ch. Lero Jhonson (eds.). New York and London: Routledge, 2017. pp. 43-58.

MARUNA, Shadd; LEBEL, Thomas P. 'Welcome home? Examining the reentry court concept from a strengths-based perspective', *Western Criminology Review*, v. 4, n. 2, 2003. pp. 91-107.

MARUNA, Shadd; LEBEL, Thomas P. The desistance paradigm in correctional practice: from programs to lives. In F. McNeil, P. Raynor; C. Trotter. (eds.) *Offender Supervision New Directions in theory research and practice*. Cullomptom: William, 2010. pp. 65-87.

MARUNA, Shadd; MANN, Ruth E. A fundamental attribution error? Rethinking cognitive distortions. *Legal and Criminological Psychology*, v. 11, 2006. pp. 155-177.

MATZA, David. *Delinquency and Drift*. New York: Wiley, 1964. Traducción al castellano: MATZA, David. *Delincuencia y deriva*. Cómo y por qué algunos jóvenes llegan a quebrantar la ley. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

MORÁS, Luis Eduardo. *Los hijos del Estado*. Montevideo: Departamento de Sociología. Facultad de Ciencias Sociales. Universidad de la República. Servicio Paz y Justicia – Uruguay, 1992.

MORÁS, Luis Eduardo. *Estudio de las trayectorias de vida de adolescentes en conflicto con la ley con particular énfasis en la relación delito-trabajo*. Montevideo, OIT, Cinterfor, 2016.

PATERNAIN, Rafael. La inseguridad en Uruguay: genealogía básica de un sentimiento. En: Rafael PATERNAIN; Álvaro RICO. (comps.). *Uruguay, delito y Estado*. Montevideo: Comisión Sectorial de Investigación Científica. Universidad de la República – Trilce, 2012. pp. 15-39.

PRATT, John. *Castigo y civilización*. Una lectura crítica de las prisiones y los regímenes carcelarios. Traductor: Gabriel Zadunaisky. Barcelona: Gedisa, 2006.

REZENDE MELO, Eduardo; EDNIR, Madza; CURI YAZBEK, Vania. *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul*. Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania. San Pablo: CEDHEP, 2008.

RODRÍGUEZ ALZUETA, Esteban. (comp.). *Hacer bardo*. Provocaciones, resistencias y derivas de jóvenes urbanos. La Plata: Malisia, 2016.

SOZZO, Máximo. Seguridad urbana y tácticas de prevención del delito. *Cuadernos de Jurisprudencia y Doctrina Penal*, n. 10, Buenos Aires: Ad-Hoc. 2000.

SOZZO, Máximo. (comp.). *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*. Buenos Aires: CLACSO, 2016.

SYKES, Gresham; MATZA, David. Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency. *American Sociological Review*, v. 22, 1957. pp. 664–670. Traducción al castellano: SYKES, Gresham; MATZA, David. Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia. *Delito y Sociedad*, v. 20, 2004. pp. 127-136. Disponible en: https://doi.org/10.14409/dys.v1i20.5856 Acceso en: 9 feb. 2020.

THAM, Henrik. Law and Order as a Leftist Project? The case of Sweden. *Punishment and Society*, v. 3, n. 3, 2001. pp. 409-426. Disponible en: https://doi.org/10.1177/1462474501003003004. Acceso en: 14 jul. 2019.

URIARTE, Carlos. *Control institucional de la niñez adolescencia en infracción*. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al Sistema Penal Juvenil (las penas de los jóvenes). Montevideo: Carlos Álvarez Editor, 1999.

URIARTE, Carlos. *Vulnerabilidad, privación de libertad de jóvenes y derechos humanos*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria – Centro de Formación y Estudios del Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, 2006.

URUGUAY. Iniciativa de Reforma Constitucional al amparo de lo dispuesto por el Artículo 331, literal A de la Constitución de la República. Propuesta de Reforma para bajar la edad de imputabilidad penal de 18 a 16 años, 2011. https://vamosuruguay.com.uy/iniciativa-de-reforma-constitucional/. Acceso en: 4 nov. 2019.

URUGUAY. Reforma "Vivir sin miedo". Iniciativa de Reforma Constitucional al amparo del artículo 331 Lit. A de la Constitución, 2019. Disponible en: https://vivirsinmiedo.com.uy/reforma/. Acceso en: 5 feb. 2020.

VERNAZZA, Lucía. Populismo punitivo en Uruguay. Discursos y políticas de los gobiernos de izquierda 2005-2014. En: *Derechos Humanos en el Uruguay*. *Informe 2016*. Montevideo: Servicio Paz y Justicia – Uruguay, 2016. pp. 213-233.

VERNAZZA, Lucía. La Cuestión Penal Juvenil en Uruguay: entre lo cualitativo y lo cuantitativo. En: Rosana ABELLA; Daniel FESSLER (comps). *El retorno del "estado peligroso"*. Montevideo: Casa Bertolt Brecht – Comisión Sectorial de Investigación Científica. Universidad de la República, 2017. pp. 35-52.

VICENTIN, Maria Cristina G.; DEBIEUX ROSA, Miriam. *Justiça Restaurativa Juvenil*. Reconhecer, Responsabilizar-se, Restaurar. San Pablo: CEDHEP, 2014.

YIN, Robert K. *Case Study Research: Design and Methods*. Los Angeles, Thousand Oaks, CA: Sage, 2014.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A justiça juvenil no Brasil pelas lentes da criminologia crítica, de Romulo Fonseca Morais e Ana Celina Bentes Hamoy – *RBCCrim* 165/337-378 (DTR\2020\380);
- Medida socioeducativa de internação: noções fundamentais e questões relevantes aos operadores e adolescentes em conflito com a lei, de Sandor Krisztan Borcsik – *RT* 999/465-502 (DTR\2018\22796); e
- O discurso moralizante nas sentenças que restringem ou privam de liberdade adolescentes em Belo Horizonte, de Fernando Gonzaga Jayme e Elisa Barroso Fernandes Tamantini – *RBCCrim* 166/377-410 (DTR\2020\3840).

Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade

Dimensions of (bio)power and critical criminological discourse: necropolitics and precariousness in the categorical construction of vulnerability

Gabriel Antinolfi Divan

Doutor em Ciências Criminais (PUCRS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD)/Mestrado, da Universidade de Passo Fundo – RS. Coordenador do Projeto de Pesquisa "Estado de Direito, sistemas de justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política", junto ao PPGD-UPF. Advogado.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2279996083883727].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3459-9520].
divan.gabriel@gmail.com

Carolina Costa Ferreira

Doutora (2016) e Mestra (2010) em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Professora de Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal do Centro Universitário de Brasília (CEUB). Colíder do Grupo de Pesquisa "Observatório de Direitos Humanos" (IDP/CNPq). Coordenadora-Chefe do Departamento de Estudos e Projetos Legislativos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Advogada.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5101049656368655].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0664-9559].
carolinacferreira@gmail.com

Mariana Chini

Doutoranda em Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Bolsista Capes (Procad). Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD)/Mestrado da Universidade de Passo Fundo – RS. Integrante do Projeto de Pesquisa "Estado de Direito, sistemas de justiça e crítica jurídica: horizontes de uma nova política" e do Grupo de Pesquisa "Biopolítica e Direitos Humanos" (Cnpq).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/8024774011734693].
ORCID: [https://orcid.org/000-002-2317-1270].
mar.chini@hotmail.com

Divan, Gabriel Antinolfi; Ferreira, Carolina Costa; Chini, Mariana. Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 180. ano 29. p. 235-263. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

Recebido em: 27.07.2020
Aprovado em: 19.03.2021
Última versão dos autores: 31.03.2021

Áreas do Direito: Penal; Filosofia

Resumo: O presente trabalho procura determinar elementos teórico-políticos para a construção de uma agenda a respeito da vulnerabilidade (conceito essencial na crítica criminológica do direito penal) e para uma nova visão de seus elementos fundantes. O artigo opera com a hipótese de que uma necessária atualização do conceito se dá na esfera biopolítica, para além de uma linearidade exclusivamente pautada pela problematização a partir da discussão classista usual. A pergunta a que pretende responder é: quais são os elementos fundantes do conceito de vulnerabilidade, a partir de uma crítica do direito penal? Para responder a essa pergunta, o texto trabalha com uma composição de vulnerabilidade que preenche a noção a partir de uma análise baseada na necropolítica e na precariedade. Por fim, focaliza a questão do silenciamento racial das ciências criminais não como resultado conjuntural, mas no próprio núcleo de análise que reúne esses dois componentes, irradiando seus efeitos para uma contração tanto da importância teórica do fator quanto para a própria negação da branquidade como *locus* discursivo, e as circunstâncias punitivas e seletivas resultantes deste silenciamento. O artigo adota o método hipotético-dedutivo e, por meio de revisão bibliográfica, procura apontar alguns achados sobre as correlações entre os conceitos e espectros ora abordados, bem como fundamentar aportes conclusivos que enunciam novas possibilidades de pesquisa.

Palavras-chave: Criminologia crítica – Vulnerabilidade – Necropolítica – Precariedade – Branquidade.

Abstract: This paper aims to determine theoretical and political elements for the construction of an agenda regarding vulnerability (an essential concept in the criminological critique of criminal law), and for a new view of its founding elements. It operates with the hypothesis that a necessary and updated fulfillment of the concept occurs in the biopolitical sphere, opposing a linear view exclusively guided by the problematization from the usual class discussion. The question that the article intends to answer is: what are the founding concepts of vulnerability, from a critics of the Criminal Law? It works with a composition of vulnerability that fills the notion from an analysis based on necropolitics and precariousness – particularly worked on in the relevant literature. Finally, it focuses on the issue of racial silencing in the criminal sciences, not as an conjunctural aftermath, but the very core of analysis that brings these two components together, radiating their effects towards a contraction both in the theoretical importance of the factor and in the very negation of a whiteness as a discursive locus, and the punitive and selective circumstances that arise from it. It adopts the hypothetical-deductive method and, by means of bibliographic review, seeks to point out some findings on correlations between the concepts and spectra now discussed, as well as to support conclusive contributions that enunciate new research possibilities.

Keywords: Critical criminology – Vulnerability – Necropolitics – Precariousness – Whiteness.

Sumário: 1. Introdução e eixos conceituais necessários. 2. Da necropolítica à precariedade. 3. Dimensões do poder e precariedade(s). 4. Os lugares de precariedade e necropolítica nas Criminologias Críticas: a (re)construção da vulnerabilidade enquanto categoria. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

Divan, Gabriel Antinolfi; Ferreira, Carolina Costa; Chini, Mariana. Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 235-263. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

1. Introdução e eixos conceituais necessários

O presente texto tem por objetivo apontar reflexões sobre o discurso crítico-criminológico, e a necessidade de rediscussão atual em torno de algumas de suas chaves de leitura fundamentais – sumamente, a forma como se pode perceber e reconfigurar a questão da vulnerabilidade, atrativa e tangencial à atuação seletiva do poder punitivo. A pergunta a que pretende responder é: quais são os elementos fundantes do conceito de vulnerabilidade, a partir de uma crítica do direito penal?

Pretende-se, em um eixo central de discussão, agregando contribuição inovadora à temática, refletir sobre o encaixe entre conjuntos teóricos que aliam as noções de necropolítica – partindo-se da análise de Achille Mbembe (2016) – e de precariedade – na visão oferecida por Judith Butler (2018) para compor um núcleo conceitual do que – ou quem – pode (ou deve) ser tido por vulnerável. Procura, objetivamente, de um lado, expor os sugeridos conceitos como elementos transversais necessários para, posteriormente, investigar a correlação não somente aparente entre eles, mas propor uma fusão teórica naquilo em que se agrupam de modo específico, construindo um predicado atualizado para a definição criminológica crítica de vulnerabilidade, ampliando, inclusive, a urgência da revigoração teórica dessa lente de análise.

A criminologia crítica, no Brasil, possui um caminho de quase 50 anos de lições e de diversas agendas de pesquisa. Por todos esses campos, concepções teóricas se articulam em torno da vulnerabilidade dos sujeitos que se tornam objetos do controle penal – e, há mais de 30 anos, já se sabe que a população-alvo do sistema de justiça (seja por efeitos nocivos de franjas incongruentes de sua atuação, seja por fatores de negligência protetiva) possui recortes bastante específicos de raça (negra), idade (jovem) e classe (pobre)[1].

A contribuição do presente texto se aproxima dos elementos atualmente observados pelas criminólogas que aproximam controle penal e racismo para a discussão criminológica, mas avança no sentido de compreender que a junção

1. Todos os levantamentos de informações penitenciárias, disponíveis no sítio eletrônico do Ministério da Justiça, apresentam as estatísticas dessa constatação aqui definida. Para citar apenas o último InfoPen disponível: em junho de 2019, o Brasil tinha 752.277 pessoas presas em 460.750 vagas, sendo 95,06% homens e 4,94% mulheres. 42% do total da população carcerária brasileira está presa por crimes patrimoniais, e 29%, por crimes associados ao tráfico de drogas; 61,7% das pessoas são pretas e 75% não possuem o Ensino Fundamental completo (BRASIL, 2020).

conceitual e dialógica entre necropolítica e precariedade abre espaço para um avanço em relação ao conceito de vulnerabilidade. Defendemos, no presente texto, que as categorias "necropolítica" e "precariedade" ajudam a preencher o conceito de vulnerabilidade, utilizado pela dogmática penal[2].

Os avanços são de ordem epistemológica e autocrítica, como uma visão que se pauta pelo problema da branquitude no debate sobre os influxos raciais (PRANDO, 2018), e se unem a reflexões políticas (como na questão dos patamares daquilo que se tem por "vida precária" a partir da noção de perda de vidas impassíveis de luto – o que simboliza o ganho de terreno da desumanização e de uma ética neoliberal de um individualismo disposto a solapar solidariedade (BUTLER, 2011, p. 30). São perspectivas que mostram pontos de vista que englobam não apenas a discursividade temática, como a própria questão da autoria compartilhada desse trabalho – que entende e assume as limitações de sua compreensão sobre o racismo e da própria relação entre a teoria crítica da raça com as criminologias críticas[3] – promovendo uma indagação refletida.

Assim, o objetivo do presente texto é escapar desse círculo de enunciação do óbvio e contribuir para o debate sobre como e por que a criminologia crítica silenciou, por tantos anos, em relação às discussões sobre raça nas Ciências Sociais e/ou por que priorizou os debates sobre a influência da classe sobre o controle penal[4]. Em um segundo momento, exibe um paralelo entre os efeitos enunciados por Mbembe (2016), no campo da necropolítica, e os corpos marcados como descartáveis/precarizados, identificados Butler (2018). O intuito é verificar a similitude ou grau de atração que coliga os alvos da necropolítica com a marca da precarização e, assim, potencializar o arcabouço que verifica usualmente o conceito de vulnerabilidade, no campo penal, a partir de consequências de uma

2. No desenvolvimento do texto, dialogaremos, especialmente, com o texto "Culpabilidade pela vulnerabilidade", de Eugenio Raúl Zaffaroni (2004).

3. Evandro Piza Duarte, pesquisador branco que estuda as relações raciais há 20 anos, indicou em texto que "[...] recebi de Ivair dos Santos a crítica mais merecida aos intelectuais brancos que falam sobre racismo, a obsessão em explicar o óbvio para pessoas que vivenciam todos os dias a seletividade da violência e da desproteção de direitos, sem entrelaçar a crítica com dimensões pragmáticas que não sejam normativas das subjetividades e estratégias políticas dos intelectuais e movimentos negros" (DUARTE, 2018, p. 189).

4. Segundo Evandro Piza Duarte, "[...] o par criminologia (crítica) e racismo como um roteiro de investigação precisaria começar, e terminar, pela crítica de como os criminólogos e os juristas vivenciam o racismo em suas práticas discursivas" (DUARTE, 2018, p. 198).

estratificação política e social resumida ao critério econômico – ou tendo esse como a nota mais pujante de marginalização.

A ideia não reside em procurar uma crítica (ou sequer uma inverossímil invalidação) do manancial crítico-criminológico de matriz tradicional – também identificados há muito por Elena Larrauri (2000), nem mesmo a reconstrução contemporânea do conteúdo criminológico-crítico latino que leva em conta fatores similares e/ou os próprios aventados na realidade circundante, na linha de Máximo Sozzo (2006, p. 353). O objetivo deste texto é mostrar lacunas que podem ser ocupadas a partir do agregar dos conceitos anteriormente mencionados, em relação ao conceito de vulnerabilidade, em torno do controle penal e do debate criminológico crítico.

Nessa linha, primeiramente, abordaremos a relação factível entre a necropolítica e um contingente de corpos estabelecidos como descartáveis/precarizados, buscando determinar a parcela populacional suscetível a esse traço específico do biopoder – e, nesse ponto, a primeira nota que chama o debate com a crítica criminológica: o referencial utilizado avança e densifica discussões sobre os efeitos políticos do racismo e do preconceito de classe (aliados ao de gênero, em aproximação a uma dimensão interseccional da crítica criminológica[5]).

Em um segundo momento, o texto apresenta a questão da precariedade em Butler para expor os pontos do encaixe proposto com as noções trabalhadas de necropolítica e biopoder. Em um plano contíguo, vai delinear os espaços em que esse binômio da necropolítica-precariedade se manifesta – utilizando-se igualmente de exemplos que são perpassados pela crítica social de cunho criminológico, tais como os espaços urbanos marginalizados e o cárcere, aproximando definitivamente o debate teórico.

Em sua terceira seção, por fim, vão coligados os elementos estudados para se ofertar proposta que procura ler a conceituação de vulnerabilidade tanto por um viés que integre a discussão sobre o quesito classista quanto o faça se conectar com os demais elementos desprestigiados no cânone, assumindo-se que não pode haver um marco teórico/político monolítico para o conceito (com ares de teoria geral), sob pena de invisibilizar, mais uma vez, o racismo como problema estrutural.

5. Sobre o conceito de interseccionalidade, ver Creenshaw (2002) e Akotirene (2019). Para textos que dialogam com gênero e raça no discurso criminológico, importante mencionar Angela Davis, filósofa abolicionista que ganha muita projeção no Brasil após as traduções de seus textos, a partir de 2017 e, no Brasil, Ana Luiza Flauzina (2016) e Juliana Borges (2018).

A proposta conclusiva aponta para uma fértil possibilidade de abertura entre os conjuntos teóricos, servindo não apenas como ideia de novos conceitos para a criminologia crítica, como ponte assumida para que o defendido tom contingencial da vulnerabilidade seja veículo para uma integração essencial de outras miradas que não procuram explicar tudo por meio de uma metanarrativa de classes universalizada.

Para cumprir com esse objetivo, o trabalho adotará o método hipotético-dedutivo e, por meio de revisão bibliográfica, será possível apontar alguns achados sobre as correlações entre os conceitos e espectros ora abordados, bem como fundamentar aportes conclusivos que enunciam novas possibilidades para a pesquisa criminológico-crítica comprometida com a reflexão dogmática.

2. Da necropolítica à precariedade

Neste tópico, apresentam-se aportes conceituais em torno da necropolítica para a fixação dos limites que o próprio termo suporta no debate respectivo. Em seguida, utilizar-se-á como base para a explicação de sua abrangência (tendo em vista as opções conceituais de Achille Mbembe) o racismo enquanto impulsionador das ações necropolíticas desde a Modernidade.

Além disso, vão se esboçar elementos para uma tentativa de verificação quanto à compatibilidade posterior do conceito de populações precarizadas/corpos descartáveis, na esteira do proposto por Judith Butler, associada à teoria de Mbembe, no sentido de haver uma abrangência quanto àquelas pessoas atingidas pelas práticas e pela modalidade de governança descrita.

Ao tratar de necropolítica na perspectiva teórica que comumente está associada aos estudos de Achille Mbembe (2016), expandem-se concepções que antes ficavam adstritas à discussão de um conceito de biopolítica bastante (e geralmente) coligado aos estudos de Michel Foucault na temática.

Em Foucault, a biopolítica parte de um estudo pautado em seu *insight* genealógico para redefinir a análise da política (ou de uma dimensão antagonista da política e seus princípios modernos) por meio do vértice da governança (BROWN, 2015, p. 70-72), em dois fatores: o estudo da pulverização de um feixe de poderes disciplinares sobre os corpos – mote de teses representadas em obras como *A sociedade punitiva* (FOUCAULT, 2015) e *Vigiar e punir* (FOUCAULT, 2013), é complementado pela ideia colateral de uma população regulada a partir de esferas de poder que estabelecem e regulam normalidades (doravante, biopoder). É daí que se extrai a pertinência, para essa fase do pensamento do autor, da exploração de notável ênfase de um governo da sexualidade (disciplinar/moral e

política – ou biopolítica) que, para Cesar Candiotto (2011, p. 82), foi o embrião da própria ideia comumente tida por gestada em cursos como *Em defesa da sociedade* (FOUCAULT, 2005). Nesse viés, Foucault estabelece aquela que pode ser a derrocada final de uma postulação de visão política exclusivista, a partir da lógica de uma (mera) política calcada nos patamares do que até então se podia falar sobre governança, Estado, política (em sentido amplo) – e seus fins. Segundo Candiotto (2011, p. 82), "se nas disciplinas operam os dispositivos de repartição espacial nos indivíduos e controle minucioso de seu tempo, no biopoder atuam os dispositivos de segurança estatais que administram os perigos em relação à vida da espécie".

Com Giorgio Agamben (1988), a noção de uma (bio)política obteve ampla revisitação na última década, focalizando especialmente as lacunas da aparelhagem jurídico-política atinente, ganhando sua mais aguda forma na ação, produção (e reprodução) da condição inteiramente matável de algumas pessoas: a figura do *homo sacer* como representante da agonia – e mesmo justificativa reversa – da intensidade mais pura de uma gerência sobre a vida plenamente disponível (RUIIZ, 2016, p. 51-70) perante o manancial biopolítico (DURANTAYE, 2009, p. 206). Sem deixar de conferir originalidade ao teor da contribuição do autor, percebe-se que sua construção em muito busca sentido numa espécie de desdobramento da tônica inaugurada por Foucault, que permite ao soberano excluir e/ou usar a prerrogativa do deixar morrer como espécie de antimatéria do poder atinente – fazer viver.

Achille Mbembe (2019, p. 17-18), por sua vez, entende que a noção de racismo, para Foucault, está associada à noção de biopoder, em razão das próprias balizas daquele autor, embora ele não realize uma discussão racializada[6]. Mbembe retoma o conceito de biopoder para demonstrar que a dimensão de consideração dos corpos negros como corpos matáveis ganhou, ao longo de diversas noções históricas, a dimensão da ocupação do espaço territorial e do necropoder.

O uso desse núcleo ferramental para que se pense as consequências evidentes de um rescaldo ou mesmo prática decorrente para o sistema de repressão que subjaz estruturas estatais (como o aparato repressivo do Estado – dito – Democrático) é multifacetado, de tal forma que não caberia aqui uma digressão

6. "Que a 'raça' (ou, na verdade, o 'racismo') tenha um lugar proeminente na racionalidade própria do biopoder é inteiramente justificável. Afinal de contas, mais do que o pensamento de classe (a ideologia que define história como uma luta econômica de classes), a raça foi a sombra sempre presente no pensamento e na prática das políticas do Ocidente, especialmente quando se trata de imaginar a desumanidade de povos estrangeiros – ou a dominação a ser exercida sobre eles" (MBEMBE, 2019, p. 17-18).

pretensamente completa sobre ele. Logicamente, se não há equivalência ou absorção de todo o raio de considerações sobre a propagação multidirecional do(s) biopoder(es) por aparatos como a malha punitiva ou bélica estatal (calcada no autorreferente monopólio da violência repressiva), há um chamariz discursivo que não raramente aproxima e coliga conclusões e especulações. Criou-se a matriz que enfrenta esse tipo de debate a partir da premissa de um vórtice de união entre a crítica/denúncia das usuais seletividades punitivistas (tal como, há muito, fazem as criminologias críticas), à leitura do poder de punir nos termos da governança proposta pelos autores: isso consolida a tese de que o próprio aparato punitivo estaria em análise definitiva imantado por uma racionalidade biopolítica (PINTO NETO, 2012). Mas é preciso um tom mais incisivo na digressão, para uma aproximação maior sobre os efeitos da necropolítica, nesse ponto, com as bases do pensamento criminológico crítico.

Mbembe ocupa-se de outros aspectos relacionados ao controle político dos indivíduos, mas, dessa vez, não na esfera da vida (tal qual uma possibilidade de deixar morrer), e sim da morte (um fazer morrer que contrasta e extrapola o fazer viver do percurso conceitual, consistindo na dimensão de necropoder). Como diz Mbembe (2019, p. 47), "matar se torna assunto de alta precisão", tanto na experiência colonial, que determina a escravidão como "morte em vida" (MBEMBE, 2019, p. 29) quanto nas guerras do século XX, que trazem, em si, as bases da experiência colonial[7].

Por esses argumentos, é necessário compreender quais são os espaços e as pessoas atingidas pela consecução desse que se pode igualmente chamar de necropoder, e como a criminologia crítica viu, ainda que tardiamente, a correlação da necropolítica à seletividade do sistema de justiça criminal, tão denunciada desde os anos 1970[8].

---

7. "No fim, pouco importa que as tecnologias que culminaram no nazismo tenham sua origem na *plantation* ou na colônia, ou, pelo contrário – a tese foucaultiana – que nazismo e stalinismo não tenham feito mais do que ampliar uma série de mecanismos que já existiam nas formações sociais e políticas da Europa ocidental (subjugação do corpo, regulamentações médicas, darwinismo social, eugenia, teorias médico-legais sobre hereditariedade, degeneração e raça). Um traço persiste evidente: no pensamento filosófico moderno, assim como na prática e no imaginário político europeu, a colônia representa o lugar em que a soberania consiste fundamentalmente no exercício de um poder à margem da lei (*ab legibus solutus*) e no qual a 'paz' tende a assumir o rosto de uma 'guerra sem fim'" (MBEMBE, 2019, p. 32-33).
8. Para um percurso histórico das Criminologias, ver ANITUA, 2008. Para reflexões sobre os limites da criminologia crítica às discussões sobre racismo no Brasil, ver FREITAS, 2016.

Para Mbembe (2016, p. 123-124), muito mais do que um controle da vida por meios políticos, o que se tem hoje é um literal controle sobre a morte. Nesse sentido, "[...] biopoder diz respeito à produção calculada e otimizada da vida", enquanto necropoder "[...] enfatiza a primazia da morte como estratégia de exercício do poder moderno em territórios e populações tidos como ameaça latente" (AMPARO-ALVES, 2011, p. 118).

Assim, Mbembe inaugura a perspectiva de que o controle social (e, mais adiante, o controle penal) nem sempre visa regular a vida, mas, sim, encaminhar para a morte de modo tático, orquestrado. A necropolítica de Mbembe, portanto, surge de uma insuficiência do conceito de biopoder em relação aos modos de soberania em que "[...] a morte do 'inimigo' [...] é o principal objetivo. Conectando soberania ao direito de matar, Mbembe indica que a base normativa que os sustenta, parte do estado de exceção e da noção ficcional de inimigo" (AVELAR; NOVAES, 2017, p. 4).

De se perceber que tanto a trilha da modernidade e dos rastros da racionalidade estatal-soberana (de um lado) quanto a apropriação contemporânea desse cabedal têm no racismo um ponto de corte inegável mediado pela governança bio (ou necro, no caso) política, Wermuth (2014, p. 190) conclui pela manutenção excludente da vida nua como elemento de dupla via para a lida e a própria reafirmação do temor e do desdém para com o diferente. O outro, assim classificado – e notas de raça ou etnia são paradigmas históricos nessa função classificatória – e o *sacer* assumem bizarra dualidade em vários momentos.

Isabella Miranda (2017, p. 10-11) dirá que, para Mbembe, a modernidade traça uma cosmovisão em que a raça atua como promotora da "diferença e o excedente". Assim, a racialização é utilizada para administrar e regular populações a partir do poder político. E esse poder produzido da branquitude permite o genocídio da população negra, produzindo "mortes plurais", como afirmam Avelar e Novaes (2017, p. 346): "mais do que uma política de morte, é uma política de mortes: morte física, morte subjetiva, morte epistêmica. Morte da humanidade da pessoa negra, que é começo, meio e fim do racismo".

Observa-se, segundo Amparo-Alves (2010, p. 110), que a mortalidade negra por homicídios e outras causas fica sem explicação no Brasil, sendo que se deveriam analisar os padrões de violência, pois esses "[...] revelam a dimensão necropolítica da distribuição de mortes prematuras, preveníveis e evitáveis entre a população negra".

Ainda segundo o autor,

> "O modus operandi da polícia brasileira sugere que, quando confrontado com corpos negros, o poder de soberania – o poder de decidir quem vive e quem

> morre – se converte tão somente no direito de fazer morrer: não há espaço para a produção de corpos dóceis porque trata-se de corpos-vazios, matáveis. Neste contexto, alguns territórios ambientam a "topografia da crueldade" e algumas populações figuram como não-cidadãos, ou numa análise mais otimista, como cidadãos de segunda categoria. Aqui, a distribuição calculada da morte é o que se configura como a (necro)política moderna de gestão e controle de territórios e corpos vistos como violentos." (AMPARO-ALVES, 2011, p. 119)

A necropolítica possui íntima relação com a experiência da prisão, que a potencializa para corpos negros (JACKSON, 2013, p. 210). Uma necropolítica criminal brasileira (apropriando-se do termo usual) seria, portanto, "[...] resultado de um saber criminológico colonizado", no qual a academia atua como uma agência do sistema penal e leva para "[...] a produção de um saber técnico-burocrático que orienta as agências policiais e judiciais na produção do sujeito criminalizado, representado ideologicamente como 'outro'" (MIRANDA, 2017, p. 233). Evandro Duarte (2020) questiona a existência de tantos silêncios – da burocracia composta pela tríade Magistratura, Ministério Público e Defensoria Pública – como constatação do pacto narcísico da branquitude (BENTO, 2002)[9] que afeta não apenas o cotidiano da atuação do sistema de justiça criminal, como também a formação do pensamento em ciências criminais no Brasil, com a perpetuação da "violência dos juristas" (DUARTE, 2020, p. 97).

Também segundo Amparo-Alves (2010, p. 93), quem sofre com a necropolítica é aquele cuja "[...] relação com o marco jurídico das modernas democracias se dá por meio de uma posição de precariedade diante da vida". Nesse sentido, avançamos no sentido de questionar se essa precariedade tem relação com o conceito de precariedade traçado por Judith Butler, e quais seriam os aspectos que unem a biopolítica e a vida nua respectiva que a legitima de forma transversa e cruel.

3. Dimensões do poder e precariedade(s)

Entendemos que o indivíduo em posição de precariedade "[...] é aquele em relação ao qual o poder soberano pode ser exercido em sua plenitude e a sua vida é

9. Segundo Maria Aparecida Bento (2002, p. 7), pacto narcísico da branquitude é a "negação do problema [do racismo] com vistas à manutenção de privilégios raciais. O medo da perda desses privilégios e o da responsabilização pelas desigualdades raciais constituem o substrato psicológico que gera a projeção do branco sobre o negro, carregada de negatividade".

desnudada de qualquer proteção [...]" (AMPARO-ALVES, 2010, p. 93). No mesmo sentido, traz-se a ideia de Judith Butler, para quem a precariedade consiste e reside em uma "[...] distribuição diferencial da condição precária", na qual as pessoas são expostas de modos diferentes a condições de pobreza, violência, fome, entre outras vulnerabilidades (BUTLER, 2018, p. 40-41).

A noção de precariedade, por sua vez, não está afastada dos discursos punitivos tradicionais, uma vez que sua significação se aproxima das dimensões de classe. Porém, para Butler, precariedade alcança um sentido mais complexo, coligado à própria discussão dos influxos da biopolítica:

> "Chamo de biopolítica os poderes que organizam a vida, incluindo aqueles que expõem diferencialmente as vidas à condição precária como parte de uma administração maior das populações por meios governamentais e não governamentais, e que estabelece um conjunto de medidas para a valorização diferencial da vida em si." (BUTLER, 2018, p. 216)

Nessa linha, parece mais do que nunca essencial compreender de modo substancializado (a partir das relações entre biopolítica, necropolítica e precariedade) a fusão de conceitos e resultados práticos que, em meio à criminologia crítica, poder-se-ia genericamente ter como vulnerabilidade. O que sempre tomou ares de denúncia aberta (ou abstrata) bastante pautada por um quesito de classe que (sem deixar de ser essencial) igualmente se presta à difusão precisa ganhar ares de conceituação mais focalizada e de assunção política mais aguda[10].

Nesse contexto, a precariedade representa uma condição impelida por uma política de vulnerabilidade e exposição de populações à violência estatal[11]. Por esse ângulo, entende-se o papel da soberania estatal enquanto "[...] a capacidade de definir quem importa e quem não importa, quem é 'descartável' e quem não é" (MBEMBE, 2016, p. 135). Exemplo disso, é que "[...] o assassinato de negras

10. Trazemos a perspectiva de Fernanda Martins e de Ruth Gauer, que assim resume as "denúncias centrais" do campo criminológico crítico: "1. A crítica econômica da exploração capitalista através do sistema de produção e do aprisionamento; 2. A percepção da reação social aos processos de criminalização e vitimização marcados pela seletividade (de raça, de gênero, de classe, de territorialização etc.) 3. A necessidade de análises micro e macro para compreensão dos processos de controle social (formal e informal), criminalização e encarceramento [em massa]" (MARTINS; GAUER, 2020, p. 150).

11. "[...] à violência urbana ou doméstica, ou a outras formas de violência não representadas pelo Estado, mas contra as quais instrumentos judiciais do Estado não proporcionam proteção e reparação suficientes (BUTLER, 2018, p. 40-41).

e negros expõe também o exercício estatal de um necropoder racial pelo qual o Estado mata por deixar morrer" (AMPARO-ALVES, 2011, p. 109). O Estado atua de forma condescendente, tolerante (MIRANDA, 2017, p. 5), reconhecendo cada morte como um "caso isolado", aproveitando-se dos resultados da necropolítica e do contexto neoliberal, como explica Judith Butler:

> "Na moralidade neoliberal, cada um de nós é responsável apenas por si mesmo, e não pelos outros, e essa responsabilidade é principalmente e acima de tudo uma responsabilidade por nos tornarmos economicamente autossuficientes em condições em que a autossuficiência está estruturalmente comprometida. Aqueles que não têm condições de pagar por assistência médica constituem apenas uma versão de uma população considerada descartável. E todos aqueles que enxergam o abismo crescente entre ricos e pobres, que se veem como pessoas que perderam várias formas de segurança e garantia, também se consideram abandonados por um governo e por uma economia política que claramente aumenta a riqueza de poucos à custa da população em geral." (BUTLER, 2018, p. 32)

A cruzada (ou o efeito reflexo) da ambiência neoliberal cria espaços de esvaziamento ou desfazimento de laços que, por meio de critérios de encadeamento e visões de otimização produtiva em todos os aspectos da vivência, normalizam a oposição à solidariedade (BROWN, 2015, p. 65). Na transformação gradual imagética de todos em capital humano, é patente a desvalorização (não só simbólica) a que muitos terminam ocasionados ou forçados a ostentar. É traço de duas vias, tal sustentáculo de novas miradas para os elementos legitimadores do genocídio e da subjugação laboral e política etnocida, que não precisam de um regime escravocrata para se perpetuar.

Para Mbembe, a moderna ocupação colonial tem como base normativa do direito de matar, o estado de exceção e o estado de sítio, interligando as esferas disciplinar, bio e necropolítica. Assim, o conceito necropolítico de Mbembe, para Sima Shakhsari (2013, p. 340), "[...] foca mais no lugar dado à morte em relação aos corpos humanos e sua inscrição na ordem do poder"[12].

Pode-se compreender, portanto, que é por conta dessa ordem de poder que jovens negros morrem mais em confrontos com a polícia, "[...] porque as intervenções militares – e as práticas extrajudiciais – têm os jovens negros como alvos preferenciais". Além disso, as definições de "[...] 'crime', 'criminoso' e áreas

12. Tradução livre: "[…] focuses more on the place given to death in relation to human bodies and their inscription in the order of power".

'perigosas' [...]" são essenciais para definir questões importantes para a lógica racial do estado democrático de direito, isso porque "[...] nas geografías-problema o 'arbítrio' policial não representa um desvio antidemocrático porque na verdade o nosso regime racializado de cidadania depende da (e é reproduzido pela) violência policial" (AMPARO-ALVES, 2011, p. 129). Na linha do que Eugenio Raúl Zaffaroni (2004, p. 31) explica, temos duas concepções de Estado, para a análise da atuação do sistema de justiça criminal: o "Estado de direito", baseado em posições igualitárias fictícias, e o "Estado de polícia", permeado de decisões arbitrárias de poder. Esse poder policial – chamado de mandato policial por Felipe Freitas (2020) – é marcado pelo racismo e, assim, também marca a porta de entrada do sistema de justiça criminal. A visão racializada da atuação policial ganha maior complexidade quando refletimos sobre a atuação de policiais negros, associando as discussões sobre raça, classe e masculinidades, agravando os sintomas da necropolítica, da precariedade e reforçando os privilégios da branquitude. Como mostra Felipe Freitas (2020), as relações entre racismo, polícia e mandato policial são permeadas pelo sentido de masculinidades que afetam o senso comum (autoritário e racista) em torno da atuação policial e suas consequências necropolíticas ("são negros matando negros")[13].

Nessa senda, pode-se novamente interligar necropolítica e precariedade, sendo que esta última representa um cenário construído política e institucionalmente, no qual "[...] determinadas populações sofrem as consequências da deterioração de redes de apoio sociais e econômicas mais do que outras, e ficam diferencialmente expostos ao dano, à violência e à morte" (BUTLER, 2018, p. 40).

Jackson, quando discute a violência sexual em estabelecimentos prisionais, explana novamente sobre a importância da interação estatal com os corpos, dizendo que a abordagem dessa violência "requer fazer perguntas sobre como o estado interage com esses corpos" (JACKSON, 2013, p. 198)[14]. E, mais do que isso,

13. FREITAS, 2020, p. 142. O autor faz, ainda, a seguinte provocação: "as masculinidades negras constituem "um campo estratégico de produção de sentidos que sustentam a supremacia branca" e, portanto, caracterizam-se como importante componente do processo de legitimação social da violência de Estado (central para os processos de construção do mandato policial). Por isso insisto na discussão sobre masculinidades como forma de explicitar pontos importantes do argumento central da tese referente à relação entre racismo, polícia e mandato policial" (FREITAS, 2020, p. 139).

14. "[…] requires asking questions about how the state interacts with bodies. Which bodies are protected, and how is that protection offered?". Tradução livre: "[...] requer fazer perguntas sobre como o estado interage com os corpos. Quais corpos estão protegidos, e como essa proteção é oferecida?" (JACKSON, 2013, p. 198).

em que locais a proteção estatal é falha ou inexistente? A retórica dessa já antiga ponte de crítica da disfuncional intervenção jurídico-penal ganha essa nova possibilidade de leitura, pensando não apenas na falência de equanimidade da distribuição de efeitos de justiça pública, mas sim na programada distribuição desigual de precariedade, cujo escopo reside justamente no necropoder.

Há espaços em que "o abandono é, à sua maneira, uma espécie de política pública de morte"[15]. Locais não assistidos pelo estado, e que, portanto, podem ser entendidos como *dead zones*[16] – zonas mortas. Ou, melhor dizendo, zonas de morte. Butler (2018) emprega um sentido quase literal à noção de precariedade: ao se referir a uma economia de precariedades, a autora reflete, por vezes, sobre uma pauperização infraestrutural, nos mesmos moldes em que trabalha o cuidado (explícito) com o corpo e com o sentido biológico do (tentar) viver.

Refletindo sobre a realidade brasileira, podemos pensar na favela como um espaço de precariedades, que se converteu no "[...] espaço bio(necro)político absoluto do nosso tempo" (AMPARO-ALVES, 2011, p. 91). A favela, espaço de tantas potencialidades e subversões, é, também, espaço de produção de dores, de ausência de atuação do sistema de justiça[17]. O recorte criminológico comum que gravita com maior força em torno da questão econômica sobre as populações marginalizadas não há de ser negado ou virtualmente superado, mas precisa ser contextualizado a conceitos que dão conta de outros fatores – tanto sub-reptícios em termos políticos quanto flagrantes em relação ao controle dos corpos. A marginalização tem na precarização – via necropolítica – uma senda de visualização que descobre um sentido ainda mais alarmante na análise criminológico-crítica.

Achille Mbembe (2016, p. 138) assevera que "sob condições de soberania vertical e ocupação colonial fragmentada, comunidades são separadas segundo uma coordenada vertical. Isso conduz a uma proliferação dos espaços de violência". Esses espaços sofrem com a tensão das relações raciais que envolvem o estabelecimento de muros invisíveis "[...] e outros perfeitamente visíveis, mas cuja leitura de significados cotidianamente aponta a uma divisão de bairros 'ricos' e 'pobres'" (AVELAR; NOVAES, 2017, p. 5).

15. AVELAR; NOVAES, 2017, p. 4.

16. JACKSON, 2013, p. 209.

17. Para uma visão interseccional da necropolítica, por meio das vozes de duas mães que perderam seus filhos em atuações, até hoje, não investigadas pela polícia, ver BRITO, 2018.

Na medida em que essas dimensões resultantes da atuação neoliberal se tornam mais vividas, entende Mbembe (2016, p. 140) que "a própria coerção tornou-se produto do mercado", para demonstrar as relações de desigualdade e facilitar as ações estatais – fundadas em uma lógica beligerante – para decidir quem vive e quem morre. A partir dessas ações, também surge a necessidade de agir de modo performativo por meio de manifestações de massa – as quais representam "[...] uma rejeição coletiva da precariedade induzida social e economicamente" (BUTLER, 2018, p. 31). São os corpos reunidos em assembleias, em manifestações públicas, em movimentações cujo exercício dessa corporalidade é entendido de forma coletiva, em busca de uma "demanda corporal por um conjunto de vidas mais vivíveis" (BUTLER, 2018, p. 31).

Isso significa resistir aos ditames necropolíticos por meio da percepção de que os espaços públicos devem ser ocupados por todas e todos, e que essa ocupação não é fruto de uma indisposição contra o Estado, mas sim um direito humano, quase um dever de mobilização contra as práticas racistas institucionais.

Interessante a constatação de que as teorias sobre biopolítica e vida nua – ao estilo agambeniano – foram talvez um dos grandes suspiros de incremento teórico da criminologia crítica na última década: tornou-se em muitos casos um lugar comum na potencialização da matriz pautada pela crítica socioeconômica e no desvelar das incongruências de um olhar que visava um teto de propositura política atrelado a mudanças sociais, distribuição de renda e aprimoramentos nas agências do sistema jurídico-penal. Porém é possível inclusive movimentar a base argumentativa com – e para além de – Agamben e sua trágica constatação.

Se Mbembe traz uma evolução ou desdobramento do próprio conceito de biopolítica, Butler vai além e oferece, inclusive, uma proposta de pauta/luta política que não nega à massa precarizada uma inexistência ou uma morte civil instantânea pela sua condição. Não há, para a autora, antes uma eliminação física consumada[18], mas uma privação absoluta do manifestar, do resistir. Butler, nesse contexto, oferece um tipo de construção, pauta, militância e resposta a uma análise da biopolítica que nada mais é do que a constatação pessimista de que o interdito se completa com uma inevitável aceitação subjugada dos precarizados. A vivacidade dos corpos e a possibilidade de aliança exprime um existir que pode ser oposto ao biopoder até o derradeiro momento de um apagamento/eliminação literal. A existência dos que estão na linha de frente – quiçá na genuína linha de tiro – não vai, não pode (nem será) admitida de modo tão fácil.

18. BUTLER, 2018, p. 89.

Espera-se que a necropolítica faça com seus recortes para potencializar a crítica criminológica. Diante de um controle da vida que prevê o descarte (e às consequências criminológicas e político-criminais disso), desenha-se um grau mais agudo de análise que é perpassado por outros fatores e se exibe, sim, como agenda criminológico-crítica urgente: a manutenção de um estado precarizado como antessala de um descarte como plataforma principal.

Não se pode frear a análise nos matizes eurocentristas inescapáveis e inafastáveis da lógica biopolítica de ideários como os de Foucault e Agamben. Porém, é importante compreender que os marcos desses dois autores consideram conquistas / rupturas / cesuras europeias, sem abrir diálogo com perspectivas históricas de colonização – ou de decolonialidade[19]. A identidade de uma razão negra (com Mbembe) e o pensar da precarização e da luta dos corpos e sua politização (com Butler) são pautas e ferramentais mais do que necessários para um discurso criminológico crítico consciente e potente na aurora da nova década, que precisa avançar nas disputas em torno dos significantes para o sistema de justiça criminal.

4. Os lugares de precariedade e necropolítica nas Criminologias Críticas: a (re)construção da vulnerabilidade enquanto categoria

Por décadas – décadas essas importantes para a consolidação do saber criminológico na América Latina e no Brasil (LEAL, 2017) – utilizou-se, no debate criminológico crítico, a questão de classe como categoria para invisibilizar (ou absorver) outros marcos cruciais para a leitura do cenário punitivo, entre eles raça, gênero e geração. Falar sobre "criminalização da pobreza" se tornou obrigatório no debate criminológico crítico no Brasil, por influência dos estudos marxistas da *new Criminology* de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young (1980)[20].

19. "Particularmente em Michel Foucault e Giorgio Agamben, o conceito de racismo elaborado por ambos é insuficiente por se mostrar incapaz de pensar desde a Conquista, já que o limitam ao que foi experimentado pela Europa no século XX. Assim, conceitos como 'biopolítica' e 'estado de exceção' precisam ser reorientados, pois não se pode falar deles sem antes haver a compreensão da escravidão, do navio negreiro, da *plantation,* da cidade escrava e etc., como espaços da experimentação da vida pelo poder" (DUARTE, 2018, p. 209).

20. O tradutor dessa obra de referência, Juarez Cirino dos Santos, trouxe ao Brasil, em seus livros *A criminologia da repressão* (1979), *A criminologia radical* (1981) e *As raízes do crime* (1984), a base da crítica marxista ao sistema penal, inspirando toda uma geração de criminólogos críticos no Brasil.

Desde o início dos anos 2000, entretanto, as leituras realizadas no âmbito das Teorias Críticas sobre Raça, no Brasil, ganham espaço nos estudos criminológicos críticos, especialmente com a difusão do trabalho seminal de Ana Luiza Flauzina (2008). Desde então, as relações entre raça e classe, no campo criminológico, ganham contribuições de autoras e autores que ultrapassam a "fase do diagnóstico" da criminologia crítica e passam a refletir sobre o racismo como elemento fundador da seletividade do sistema de justiça criminal no Brasil[21].

Porém, um dos grandes incômodos na criminologia crítica é a constatação de seu distanciamento das categorias jurídico-penais: ao se compreender como interdisciplinar, em que pese sua produção muito mais próxima do campo jurídico do que das Ciências Sociais – que reúne pesquisas criminológicas em torno do conceito de "Sociologia da Violência"[22] –, a criminologia crítica se afasta do enfrentamento de categorias criadas com fundos autoritários, racistas e nada úteis à compreensão dos fatos sociais que são objeto de análise, cotidianamente, pelo sistema de justiça criminal.

Thula Pires reflete que, para o discurso "oficial" da criminologia crítica, "o racismo institucional não foi entendido em termos estruturais, mas como enunciação retórica de que o racismo das relações intersubjetivas extrapola as relações pessoais" (PIRES, 2017, p. 546). A mesma autora provoca o campo criminológico crítico a "tomar consciência dos silêncios reproduzidos e códigos pelos quais a branquitude operou", chamando atenção para as possibilidades de confluência entre um pensamento criminológico crítico e uma teoria escrita em pretuguês – termo de Lélia González, que expressa a necessidade de enunciação de um discurso racializado, que politize "quem fala", "quando fala" e "em que termos pode falar" (PIRES, 2017, p. 544).

Não são poucos os conceitos do Direito Penal que prescindem de longas interpretações da doutrina penal – da noção de bem jurídico, discussões sobre autoria e materialidade ao conceito tripartite de crime, como fato típico, ilícito e culpável, inúmeras são as disputas de ordem teórica que permeiam a literatura dogmática. Conceitos genéricos comportam múltiplas interpretações – e, para tanto, as diversas categorias precisam acompanhar os rumos não apenas do debate no campo jurídico-penal, mas devem ser conformados à realidade

21. Sobre esse campo, importante ressaltar os trabalhos de Evandro Piza Duarte (2002) e, posteriormente à obra de Flauzina, Luciano Góes (2016) e Naila Franklin (2017) discutiram a aproximação do racismo às bases da Criminologia brasileira.

22. Sobre tais disputas, ver VASCONCELOS, 2019, p. 349-381.

identificada pelo campo criminológico crítico e valorado pelos diversos movimentos político-criminais.

Nesse sentido, a disputa pelas categorias também pode – e deve – ser preenchida pelas criminologias críticas. Segundo Zaffaroni (2020, p. 153), "o papel da criminologia é mostrar a aberração para prevenir ou deter os massacres". É com essa perspectiva que entendemos que o conceito de vulnerabilidade, utilizado no Direito Penal como um dos elementos componentes da culpabilidade, considerando-se os seus vazios normativos e teóricos[23], precisa ser informado por necropolítica e precariedade.

Zaffaroni (2004, p. 33-34) explica que as teorias da culpabilidade, na história das ideias penais, pautaram-se em uma dimensão de "racionalidade" que instalou uma "culpabilidade de autor", baseada em presunções de periculosidade, ampliando as possibilidades de atuação do Estado policial em detrimento do Estado de direito; posteriormente, uma "culpabilidade de ato pura" domina o debate, discutindo possibilidades de "menor reprovabilidade a quem maior esforço requeresse para controlar a tensão" (ZAFFARONI, 2004, p. 36). Como terceiro cenário para a culpabilidade, com o advento do funcionalismo penal, discute-se a necessidade de correlação com o delito para a definição da conduta, o que o autor chama de "culpabilidade do ato do delito" (ZAFFARONI, 2004, p. 36), o que geraria a extensão do conceito de responsabilidade (FERRAZ, 2016, p. 45).

Em outro escrito, Zaffaroni (2001, p. 270) desenvolve mais a sua ideia sobre a imbricação entre culpabilidade e vulnerabilidade e entende que o nível de vulnerabilidade de um sujeito é composto de dois elementos: (i) a posição ou o estado de vulnerabilidade e (ii) o esforço pessoal para a vulnerabilidade. A primeira é "predominantemente social", ligada aos grupos minoritários e associados, em grande medida, à vulnerabilidade econômica, e à probabilidade de esta pessoa se "encaixar em um estereótipo" (ZAFFARONI, 2001, p. 370); já o esforço pessoal

23. Constatação, esta, feita pelo próprio Zaffaroni: "Na prática, a reprovabilidade nunca foi critério útil à quantificação da pena, e a pobreza dogmática nessa matéria é a melhor prova de que sempre se ocultou uma falência dogmática ou discursiva, dificilmente desculpável. Violaram-se freqüentemente as regras da culpabilidade de fato ou 'pelo injusto' (caindo na culpabilidade de 'caráter' ou pela 'condução da vida'), defendeu-se um conceito diferente de culpabilidade, para a quantificação penal (de 'fato' na teoria do delito, de 'caráter' na teoria da pena), as conseqüências da reincidência não podiam ser mais justificadas, etc. [...] na realidade operativa do sistema penal cada nova prisão não faz mais do que confirmar a pessoa quanto ao modelo já estereotipado, como mecanismo reprodutor de violência" (ZAFFARONI, 1991, p. 261).

é a conduta individual, consistente no "grau de perigo ou risco em que a pessoa se coloca em razão de um comportamento particular"[24].

Na análise sobre o uso do conceito de culpabilidade no direito penal, Zaffaroni constata a existência de um "estado de vulnerabilidade" ao poder punitivo, concentrado em uma determinada parcela da população em países desiguais: "imigrantes, de minorias sexuais, a maior incidência de homens jovens, desempregados, habitantes de bairros marginais" (ZAFFARONI, 2004, p. 38-39). Interessante notar que Zaffaroni não destaca a raça como fator preponderante para esse estado de vulnerabilidade, o que confirma a hipótese de que o racismo não era fator de análise pelo standard da criminologia de cunho crítico – e, muito menos, pela dogmática penal – há década e meia atrás. Em texto mais recente[25], ao revisitar as concepções alemãs que informaram a recepção do conceito de culpabilidade na América Latina, nos anos 1930 e depois da Segunda Guerra Mundial, Zaffaroni constata que as construções teóricas da época tinham por projeto a construção de um "inimigo" e, em vez de estabelecer critérios para a culpabilidade, acabaram suprimindo-a da centralidade do debate na teoria do crime[26].

Assim, é fundamental que o debate criminológico encontre, nos vazios da culpabilidade, espaços de preenchimento e de significação para a necropolítica e para a precariedade, como categorias da vulnerabilidade ali pensada por Zaffaroni e, até hoje, pouco explorada pela dogmática penal brasileira (FERRAZ, 2016). Essa ausência é a constatação desses desencontros entre os campos criminológico crítico e dogmático-penal e da ausência de reconhecimentos, pela criminologia crítica, de que a necropolítica é um dos resultados da imposição de poder da branquitude. Compreender as dimensões racistas do exercício do controle penal impõe reconhecer que "o racismo é uma questão coletiva e social que demanda

24. "A realização do 'injusto' é parte do esforço para a vulnerabilidade, na medida em que o tenha decidido com autonomia" (ZAFFARONI, 2001, p. 270).

25. ZAFFARONI, 2018, p. 25-46.

26. "Como puede verificarse históricamente, el sistema neokantiano de Mezger y otros, que fue el que llegó a nuestras tierras, por obra de las críticas racionales de varios autores, hacía agua por varias escoriaciones, de modo que Schaffstein aprovechó sagazmente estos impactos críticos previos para demolerlo, queriendo reemplazarlo por una construcción total y confusa, entre otras cosas porque se inspira en otra construcción confusa, que era la de Beling de 1930. Pero lo más interesante es que lo que pretende unitario tampoco deja de ser estratificado. Su intento de construcción procede a una subjetivización y etización total y extrema del injusto para identificar a un enemigo y, lo que en verdad hace, es suprimir la culpabilidad" (ZAFFARONI, 2018, p. 44).

rearranjos complexos no plano de compromissos societários mais profundos, inclusive acadêmicos"[27].

Com os aportes aqui trazidos, procurou-se evidenciar a similitude ou grau de atração que coliga os alvos da necropolítica com a marca da precarização e, assim, potencializar o discurso criminológico crítico que verifica usualmente os fatores de atração e vulnerabilidade a partir de consequências de uma estratificação política e social ladeada pelo critério econômico – ou tendo este como a nota mais pujante de marginalização. Não se pode permanecer procurando ou apostando na existência de pontos de subsunção das questões e efeitos da atuação do poder punitivo em suas esferas, como se houvesse uma chave ou elo que retoma sempre o ponto da questão de classe como sobrepujante. A questão perpassa esses fatores que se evidenciam quando apontada outra banda ou dimensão do poder: não se trata (apenas) de câmaras sub-reptícias da política, mas de todo um contexto que vai desvelado a partir da noção de biopolítica.

Desse modo, precisa ser estabelecido que um fator de discurso a partir de olhares não precarizados e não alvejados necropoliticamente não pode ser a tônica de uma denúncia que coloniza o conceito usual da/do vulnerável a partir de referenciais dedutíveis sempre em relação à dimensão mais evidente ou epidérmica. A chaga da questão classista não precisa de evidência ou substituição, uma vez que se mostra conjugada, paralela ou mesmo induzida e ocasionada por necropolítica e precariedade.

Um quarteto categórico de abordagem pode se decompor a partir dessa leitura: a inclusão da precariedade e da necropolítica na composição daquilo que, epistemológica e criminologicamente, vai se tomar por vulnerabilidade no debate dogmático, passa pela assunção de outros dois elementos-chave que dizem para com tanto a forma como a primeira merece ser abordada/discutida quanto a matriz para uma aproximação à segunda.

Nesse ponto, retomam-se duas categorias essenciais que precisam ter protagonismo teórico, para uma potência crítica que não se evanesça ao alocar todas suas hipóteses em um critério economicista que – ao lado de ganhos inegáveis – aloca toda sua energia em explicações (por vezes) derivadas e especulativas e (por outras) em causalidades forçosas. São elas, definitivamente, a marca da impassibilidade do luto – carregada circunstancialmente por algumas pessoas enquanto inviabilização multifatorial da vida, e a branquitude – enquanto local discursivo tanto passível de denúncia quanto de problematização.

27. DUARTE, 2018, p. 197.

O enfrentamento desses fatores (precariedade e necropolítica) não pode ser visto como nota extravagante ou acessória a um critério classista, como se esse fosse o exclusivo eixo central que tem o condão de coligar todas as conjunturas de preconceito e rebaixamento que ocasionam os déficits éticos e humanistas dos efeitos diretos e mediatos da atuação do sistema punitivo. Os acúmulos e produções da criminologia crítica, orientada pelas Teorias Críticas da Raça, não permitem mais tal silenciamento. Bem como eles próprios não podem ser tomados como vazios ou possíveis de toda e qualquer acoplagem: a leitura por meio dos outros dois elementos desdobrados – o tom da precariedade na questão da vida banhada pela impassibilidade de luto, e a dimensão da branquitude que obstaculiza certos enfrentamentos, são cruciais. Portanto, não há que se simplesmente povoar (no sentido da dimensão política) o discurso criminológico-crítico com nuances de baixa transversalidade relativos a esses fatores, mas, sim, que se dar conta (com a dimensão biopolítica) da essencialidade deles para a construção da vulnerabilidade enquanto categoria própria.

Butler (2018, p. 221) indica como prioridade a realocação da discussão teórica (e do posicionamento ético-político), levando-se em conta na própria condução da vida, em torno da consciência quanto à administração biopolítica daquilo (e daquelas pessoas) que não carregam consigo a passividade de serem legatários de luto, e que empurram um largo contingente populacional para uma vida cada vez mais próxima da impassibilidade emancipatória e dos percalços incomensuráveis relativos ao próprio existir.

A autora elenca uma série de fatores que não se cingem à questão de classe, mas se coadunam a ela em uma miríade de recortes que perpassam conjuntamente exemplos de classe, gênero, localização geográfica, e têm elementos cruciais de sua vivência marcados por um flanco sempre receptivo a atrair a atuação da face (necro)política do (bio)poder, para além de um descaso politicamente retilíneo que age distribuindo desigualmente agruras conforme o estrato socioeconômico. Da massa encarcerada sem condições de escapar do ciclo violento ocasionado por essa própria circunstância, passando por trabalhadores(as) de regimes estatutários cada vez menos protetivos e escassos, interseccionalidade de gênero ou orientação distinta da heteronormatividade padrão, até refugiados climáticos e/ou habitantes em zona de conflito, exemplos de uma precarização que não apenas se ocasiona (e termina por causar, reflexamente) um problema estrutural de classismo, mas sim desnuda uma amplitude de fatores que pressiona para uma indignidade que deságua na dita marca ou pecha da impassibilidade de luto. Os fatores da descartabilidade dessas incontáveis vidas se modulam e conectam de forma não linear e justamente por isso a primeira tarefa de um enfrentamento da vulnerabilidade na tese crimonológica é a de negar explicações simplistas.

Para tal compreensão, a categoria da branquitude se perfaz fundamental para a composição de um discurso político sobre a vulnerabilidade, uma vez que (a) tanto a corporeidade importa (BUTLER, 2018, p. 226) quanto ela (b) é fonte particularizada de ação e efeitos políticos e – frisa-se, não pode ser pensada como dado acessório de um objeto de estudo ou de um atrito desconsiderável no sujeito discursivo, como indicam Michael Hardt e Antonio Negri:

> "A ameaça e a realidade dos atos genocidas impulsionam o tema da própria vida para o centro do palco, de tal maneira que qualquer referência à produção e à reprodução econômicas não pode deixar de lado a centralidade dos corpos. Cada uma dessas perspectivas – o pensamento feminista, o pensamento antirracista e anticolonial e a consciência do genocídio força os teóricos marxistas dessa geração a reconhecer não só a mercantilização dos corpos que trabalham como também a tortura dos corpos generificados e racializados. Não é mera coincidência que a série de estudos clássicos sobre a insatisfação e a pobreza do espírito humano – de Freud a Marcuse – possa ser lida como uma enciclopédia da violência colonial-capitalista." (HARDT; NEGRI, 2016, p. 42)

Dessa forma, promove-se um *locus* de análise a partir de um dos fatores mais atrativos em relação a essa gama de tragédias particularizadas que precisa de constatação primordial: o discurso de um fator de branquitude que – também ele – não é elemento episódico tal variável a ser porventura considerada, mas um recorte estrutural da discussão sobre o que se reconhece como precariedades, lutos, etnocídios – enfim, o que seria a vulnerabilidade, em si.

A análise dessa conjuntura precisa levar criticamente em conta esse fator (justamente porque a nota da raça – e do racismo – não é um ponto formidável em que se vivifica o fator de vulnerabilidade, mas o condão quiçá mais atrativo para uma consecução de um objetivo arquitetado por essa). Conforme ponderação de Evandro Piza Duarte (2018, p. 210):

> "Somente considerando os sujeitos racializados como produtores de sua autocompreensão e transformação que se poderá pensar a raça não a partir de uma teoria das raças, mas de teorias sobre o racismo. Nesse passo é possível deslocar a branquidade, estruturante do pensamento criminológico crítico, para a crítica da branquidade como movimento necessário para a transformação das relações coloniais ainda presentes no fazer acadêmico."

A constatação é crucial para se deixar estabelecido que, longe de uma espécie de teoria geral monolítica sobre uma vulnerabilidade repleta de fatores unívocos (e vazios) da dogmática penal, é preciso pensar uma espécie de temporalidade ou contingência da vulnerabilidade que, em nosso tempo – e por

muito tempo – necessita ser pautada por uma discussão que esteja voltada para a questão do racismo, seus entremeios e seu raio de irradiação e influência para cenários contíguos, ainda que não literais. Certamente, boa parte componente do núcleo do que se pode substancialmente chamar de vulnerabilidade para os campos criminológico crítico ou dogmático-penal passa por essa composição de precariedade e necropolítica e vai imantada por uma discursividade que, não de modo desavisado, é parte constituinte de uma série de silenciamentos sobre racismo e raça, reafirmando a branquitude de quem representa as agências formais de controle penal[28].

Desse modo, propõe-se um necessário preenchimento (contingencial, ausente dos propósitos de cunho cogente ou definitivo) da noção de vulnerabilidade para, de um lado, percebê-la como espaço teórico de, em termos conclusivos: (i) o desenvolvimento de uma racionalidade neoliberal que desloca os sentidos materiais que o cunho democrático possa ter, (ii) visualizá-la, nesse próprio contexto, como um conceito que não só se exibe como necessário no panteão crítico, como segue em disputa quanto a seu preenchimento e sua constatação nuclear. Igualmente, (iii) informa-se o binômio necropolítica e precariedade componente da vulnerabilidade, enquanto ferramenta que instrumentaliza a dimensão necropolítica do poder punitivo e do maquinário jurídico-penal e que institui e se imiscui franqueado pela precariedade. Por fim, necessário ter-se em conta tanto que (iv) a precariedade não pode ser vista como resultado apenas de ausência de condições materiais (à moda de um estudo criminológico crítico "tradicional", que parte apenas da questão de classe), e os efeitos e instrumentos de sua leitura não podem se dar ao luxo de prescindir de uma (v) autocrítica a partir dos recortes de raça e da identificação da branquitude instituinte de conceitos, pautas e problemáticas científicas e políticas do campo penal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente texto, buscou-se determinar de forma não estilizada ou figurativo-hipotética quem são as populações que sofrem os efeitos do que se pode chamar de necropolítica (na perspectiva de Achille Mbembe) e em quais espaços a mesma se manifesta. Pode-se perceber que tal teoria advém da tentativa de ampliação do conceito biopolítico de Michel Foucault, sendo que ela traça contornos novos em relação ao gerenciamento político dos corpos. É importante indicar que o objetivo do texto não é, simplesmente, reconhecer o descaso com as

28. DUARTE, 2018.

vidas negras, mas apontar a gerência da morte de pessoas negras, apontando para a necropolítica que orienta a atuação do sistema de justiça criminal no Brasil. A preocupação que norteou o trabalho foi, entre outras, a indagação justamente sobre o quanto o tom genérico (ainda que de denúncia), que nubla constatações mais usuais da crítica criminológica em relação à classe (tomada de modo etéreo enquanto plataforma crítica por excelência), não faz parte desse próprio mecanismo.

Observou-se que o racismo – imantado e colateralizado pela questão da precariedade – serve como base impulsionadora de ações necropolíticas, estando estritamente ligado ao modo de diferenciação e de exclusão imposto às pessoas negras, desde a época da escravidão até os dias de hoje. Ou seja: o racismo é matriz, ponte e efeito de um tipo identificável de exercício de poder da branquitude, que traduz os conceitos dogmáticos de forma a alimentar esse mesmo sistema. Pensar criminologicamente essa base não pode ser um círculo eterno em torno dos mesmos caracteres, rubricas e diagnósticos que coligam problemas – e suas eventuais resoluções – exclusivamente em índices de oportunidade/desigualdade social, pobreza e seus efeitos colaterais: é importante enfrentar os desafios impostos à criminologia crítica e incorporar as produções sobre raça, branquitude e precariedade como categorias de análise dos conceitos jurídico-penais e, nesse texto, em especial, a vulnerabilidade como componente da culpabilidade.

A composição teórica de um conceito-chave para a criminologia crítica, como o da vulnerabilidade, que magnetiza a ação imponderada (e injusta) do sistema punitivo não pode, do mesmo passivo e ingênuo modo, ser vista como uma esfera imune a constatações de cunho material e a transições que evidenciam elementos críticos disruptivos. Essa constatação não pode ser meramente diagnóstica: ela precisa fundar novas formas de se pensar – e de se aplicar – os conceitos do Direito Penal, com fundamentos de uma criminologia crítica consciente de seu lugar de crítica. A questão da classe social precisa de deslocamento para conviver no âmago conceitual com fatores que a ela se mesclam, e que com ela disputam energia de protagonismo para aumentar o leque e o léxico de explicações políticas quanto à sua funcionalidade.

Na linha do que o próprio Zaffaroni (2004, p. 33) desenvolve, se o que compõe a base do poder punitivo é o binômio "delito-pena", essa "conexão punitiva" informa, para a população negra, com a junção de necropolítica e precariedade, o binômio "delito-morte". A (com)pulsão externa da morte – na atual face do biopoder – e o desaparecimento da solidariedade e da alteridade, estimulados pela racionalidade neoliberal dominante, não apenas sobrepujam e fundem o discurso relativo à desigualdade social e seus efeitos, como a ele conferem novas plasticidades impassíveis de retorno a uma matéria original purificada.

Estudar a criminologia crítica, pois, precisa ser tarefa que a todo instante se propõe a uma constante (e dialética) composição e decomposição discursiva, e em que se verifica, sem sombra de dúvida, a necessidade de perceber os conceitos relativos por meio de prismas ora propostos, como o da branquitude (tanto enquanto ferramenta como tema de denuncismo), e o de um combate que não visualiza as notas do corpo, em si (raça, gênero, geração, bem estar), como circunstância acessória menor, senão enquanto fonte política de fala – e de resistência valoradas.

6. Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer.* Sovereign power and bare life. Trad. Daniel Heller-Roazen. Stanford: Stanford University Press, 1998.

AKOTIRENE, Carla. *O que é interseccionalidade?* São Paulo: Pólen, 2019.

AMPARO-ALVES, Jaime. Necro-política racial: a produção espacial da morte em São Paulo. *Revista da ABPN*, v. 1, n. 3, p. 89-114, 2010. Disponível em: [www.abpnrevista.org.br/revista/index.php/revistaabpn1/article/view/276]. Acesso em: 15.09.2019.

AMPARO-ALVES, Jaime. Topografias da violência: necropoder e governamentalidade espacial em São Paulo. *Revista do Departamento de Geografia – USP*, v. 22, p. 108-134, 2011. Disponível em: [www.revistas.usp.br/rdg/article/view/47222/83830]. Acesso em: 15.09.2019.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos.* Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAÚJO, Danielle Ferreira Medeiro da Silva de; SANTOS, Walkyria Chagas da Silva. Raça como elemento central da política de morte no Brasil: visitando os ensinamentos de Roberto Esposito e Achille Mbembe. *Direito & Práxis,* Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 3.024-3.055 2019. Disponível em: [www.scielo.br/pdf/rdp/v10n4/2179-8966-rdp-10-4-3024.pdf]. Acesso em: 02.08.2020.

AVELAR, Laís da Silva; NOVAES, Bruna Portella de. Há mortes anteriores à morte: politizando o genocídio negro dos meios através do controle urbano racializado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 135, p. 343-376, set. 2017.

BENHABIB, Seyla; BUTLER, Judith; CORNELL, Drucilla; FRASER, Nancy. *Debates feministas:* um intercâmbio filosófico. Trad. Fernanda Veríssimo. São Paulo: UNESP, 2018.

BENTO, Maria Aparecida Silva. Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresariais e no poder público. Tese de Doutorado. Instituto de Psicologia. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2002. Disponível em: [https://teses.usp.br/teses/disponiveis/47/47131/tde-18062019-181514/pt-br.-php]. Acesso em: 15.08.2020.

BORGES, Juliana. *O que é encarceramento em massa?* Belo Horizonte: Letramento/Justificando, 2018.

BRITO, Maíra de Deus. *Não, ele não está.* Curitiba: Appris, 2018.

BROWN, Wendy. *Undoing the demos*. Neoliberalism stealth's revolution. New York: Zone Books, 2015.

BUTLER, Judith. *Vida precaria:* el poder del duelo y la violencia. Buenos Aires: Paidós, 2009.

BUTLER, Judith. Vida precária. *Contemporânea. Revista de Sociologia da UFSCar*, São Carlos, v. 1, n. 1, p. 13-33, 2011.

BUTLER, Judith. *Corpos em aliança e a política das ruas:* notas para uma teoria performativa da assembleia. Trad. Fernanda Siqueira Miguens. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CANDIOTTO, Cesar. Cuidado da vida e dispositivos de segurança: a atualidade da biopolítica. In: CASTELO BRANCO, Guilherme; VEIGA-NETO, Alfredo (Org.). *Michel Foucault*: Filosofia & Política. Belo Horizonte: Autêntica, 2011. v. 1.

CRENSHAW, Kimberlé. Documento para o encontro de especialistas em aspectos da discriminação racial relativos ao gênero. *Revista de Estudos Feministas,* Florianópolis, v. 10, n. 1, p. 171-188, jan. 2002. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104=026-2002000100011X&lng=en&nrm-isso]. Acesso em: 01.08.2020.

DANTAS, Luís Thiago Freire. *Crítica da razão negra:* Achille Mbembe e o devir negro da filosofia. Edição Especial n. 1. VIII Encontro Nacional de Pesquisa em Filosofia da UFPR: 2016.

DARDOT, Pierre. LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo.* Ensaio sobre a sociedade neoliberal. Trad. Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.

DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia e racismo.* Curitiba: Juruá, 2002.

DUARTE, Evandro Piza. Criminologia & Racismo (C&R): da crítica dos mortos à crítica da branquidade do poder. In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora. *Construindo as criminologias críticas:* a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

DUARTE, Evandro. Diálogos com o "realismo marginal" e a crítica à branquidade: por que a dogmática processual penal "não vê" o racismo institucional da gestão policial nas cidades brasileiras? *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade,* Canoas, n. 2, p. 95-119, 2020. Disponível em: [https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/5151/pdf]. Acesso em: 15.08.2020.

DURANTAYE, Leland de la. *Giorgio Agamben*. A critical introduction. Stanford: Stanford University Press, 2009.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. Culpabilidade pela vulnerabilidade: uma introdução a seus pressupostos, fundamentos e controvérsias. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 120, p. 41-73, 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão:* o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. O feminicídio e os embates das trincheiras feministas. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 23/24, p. 95-106, 2016.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro; FREITAS, Felipe da Silva. Do paradoxal privilégio de ser vítima: terror de Estado e a negação do sofrimento negro no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 135, p. 49-71, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martns Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2013.

FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva.* Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

FRANKLIN, Naila. *Raça, gênero e criminologia: reflexões sobre o controle social*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2017. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/handle/10482/24000]. Acesso em: 01.08.2020.

FREITAS, Felipe da Silva. Novas perguntas para a Criminologia Crítica: poder, racismo e direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS,* Salvador, n. 238, p. 488-499, 2016.

FREITAS, Felipe da Silva. *Racismo e polícia*: uma discussão sobre mandato policial. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 2020. Disponível em: [https://repositorio.unb.br/handle/10482/38911]. Acesso em: 08.08.2020.

GÓES, Luciano. *A "tradução" de Lombroso na obra de Nina Rodrigues:* o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. Trad. Inês Martins Ferreira. *Revista Crítica de Ciências Sociais,* Coimbra, Centro de Estudos Sociais, n. 80, p. 115-147, 2008. Disponível em: [https://journals.openedition.org/rccs/697#text]. Acesso em: 01.08.2020.

HARDT, Michael. NEGRI, Antonio. *Bem-estar comum.* Trad. Clóvis Marques. Record: Rio de Janeiro/São Paulo, 2016.

JACKSON, Jessi Lee. Sexual Necropolitics and Prison Rape Elimination. *Signs*, v. 39, n. 1, 2013, p. 197-220. Disponível em: [www.jstor.org/stable/10.1086/670812]. Acesso em: 14.09.2019.

LARRAURI, Elena. *La Herencia de la Criminología Crítica.* Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2000.

LEAL, Jackson da Silva. *Criminologia da libertação:* a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MARTINS, Fernanda; GAUER, Ruth M. C. Poder Punitivo e Feminismo: percursos da criminologia feminista no Brasil. *Direito & Práxis,* Rio de Janeiro, v. 11, n. 1, p. 145-178, 2020. Disponível em: [www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/37925/2980]. Acesso em: 08.08.2020.

MBEMBE, Achille. Necropolítica. *Artes & Ensaios*. Revista do PPGAV/EBA/UFRJ, n. 32, p. 123-151, 2016. Disponível em: [https://revistas.ufrj.br/index.php/ae/article/view/8993]. Acesso em: 01.08.2020.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica:* biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2019.

MIRANDA, Isabella. A necropolítica criminal brasileira: do epistemicídio criminológico ao silenciamento do genocídio racializado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 135/2017, p. 231-68, set. 2017.

PINTO NETO, Moysés da Fontoura. *O rosto do inimigo* – Um convite à desconstrução do direito penal do inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Criminologia crítica e pacto narcísico: por uma crítica criminológica apreensível em pretuguês. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 135, p. 541-562, 2017.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. A criminologia crítica e os estudos críticos sobre branquidade. *Direito & Práxis,* Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2018.

RUIZ, Castor M. M. Bartolome. Banalização biopolítica de uma violência radical. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, n. 28, p. 51-70, 2016.

SHAKHSARI, Sima. Transnational governmentality and the politics of life and death. *International Journal of Middle East Studies,* v. 45, n. 2, p. 340-342, 2013. Disponível em: [www.jstor.org/stable/43303000]. Acesso em: 14.09.2019.

SOZZO, Máximo. "Traduttore traditore". Tradución, importación cultural e histórica del presente de la criminología en America Latina. In: SOZZO, Máximo (Coord.). *Resconstruyendo las criminologías críticas*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminologia crítica.* Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Graal, 1980.

VAN DIJK, Teun A. *Discurso e poder.* São Paulo: Contexto, 2008.

VASCONCELOS, Francisco Thiago Rocha. Transições na História da Criminologia no Brasil: redes acadêmicas, circulação de ideias e problemas públicos entre 1947-1980. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 152, p. 349-281, 2019.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *A produção da vida nua no patamar de (in) distinção entre direito e violência:* a gramática dos imigrantes como "sujeitos de risco" e a necessidade de arrostar a mixofobia por meio da profanação em busca da comunidade que vem. 276 p. Tese de doutorado (Direito Público) UNISINOS. São Leopoldo, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Pedrosa e Amir Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Culpabilidade pela vulnerabilidade. *Discursos Sediciosos,* Rio de Janeiro, n. 14, p. 31-48, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La demolición de la culpabilidad y la reconstrucción del delito. In: In: PRANDO, Camila Cardoso de Mello; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira; ALVES, Marcelo Mayora. *Construindo as criminologias críticas:* a contribuição de Vera Andrade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O nascimento da criminologia crítica:* Spee e Cautio Criminalis. Trad. Augusto Jobim do Amaral. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. Série Ciências Criminais. 2 MB, *e-book*.

Legislação

BRASIL. Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Junho de 2019. Brasília, 2020. Disponível em: [https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiMTVjZDQyODUtN2FjMi00ZjFkLTlhZmItNzQ4YzYwNGMxZjQzIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9]. Acesso em: 30.07.2020.

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);
- Diálogos entre feminismo e criminologia crítica na violência doméstica: justiça restaurativa e medidas protetivas de urgência, de Ana Lucia Sabadell e Lívia de Meira Lima Paiva – *RBCCrim* 153/173-206 (DTR\2019\23904); e
- Usos e distorções do pensamento foucaultiano pela criminologia crítica brasileira, de Victor Sugamosto Romfeld e Daniel Fauth Washington Martins – *RBCCrim* 172/421-450 (DTR\2020\12767).

Las prisiones en el Brasil ochocentista: una revisión bibliográfica exhaustiva

Prisons in nineteenth century Brazil: a systematic review

Gustavo Augusto Cabral de Almeida

Mestre em "Criminología y Ejecución Penal" pela "Univeristat Pompeu Fabra" (2020). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife, UFPE (2018). Bacharel em Ciências Sociais pela UFPE (2011).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2368956319330336].
ORCID: [0000-0003-2046-1536].
declaum@hotmail.com

Recebido em: 30.09.2020
Aprovado em: 19.03.2021
Última versão do autor: 26.03.2021

Áreas do Direito: Penal; Filosofia

Resumen: Esta investigación tiene como objetivo identificar y caracterizar la producción académica sobre la prisión en Brasil durante el siglo diecinueve, según sus contenidos, enfoques, y principales aportaciones a partir de la revisión sistemática de trabajos publicados entre enero de 1998 y enero de 2020, analizándola desde una lectura criminológica. El análisis muestra que la gran mayoría de los estudios se concentran en regiones que construyeron nuevas prisiones panópticas; se centraron en las penitenciarías o nuevas prisiones "modernas" de las capitales; y no discutieron las prisiones como parte de un sistema (carcelario o penal), ya sea a nivel nacional, provincial o municipal. Por último, a partir de las tendencias y vacíos de conocimiento identificados en la literatura, se propone futuras líneas de investigación en el área.

Palabras clave: Prisión – Siglo XIX – Brasil – Revisión sistemática – Criminología.

Abstract: This research aims to identify and characterize the academic production about prisons in Brazil during the nineteenth century, based on their contents, approaches and main contributions, through a systematic review of the works published between January 1998 and January 2020, analyzing it from a criminological lens. The analysis shows that the great majority of studies had as their backgrounds regions that built new panopticon prisons; focused on the capitals' penitentiaries or new "modern" prisons; and did not discuss the prisons as part of a system (prion or criminal justice), whether at the national, provincial or municipal level. Lastly, based on the trends and knowledge gaps identified in the literature, future lines of research in the area are suggested.

Keywords: Prison – 19th century – Brazil – Systematic review – Criminology.

Almeida, Gustavo Augusto Cabral de. Las prisiones en el Brasil ochocentista: una revisión bibliográfica exhaustiva. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 265-295. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

Sumário: Lista de siglas. 1. Introducción. 2. Metodología. 3. Características de los Contenidos de la Producción Bibliográfica. 3.1. Brasil Imperial. 3.2. La Colonia Penal de Fernando de Noronha. 3.3. La Provincia de Ceará. 3.4. La Provincia de Pernambuco. 3.5. La Provincia de Bahia. 3.6. La Ciudad de Rio de Janeiro. 3.7. La Provincia de São Paulo. 3.8. La Provincia de Paraná. 3.9. La Provincia de São Pedro do Rio Grande do Sul. 4. Conclusión. 5. Lista de referencias.

Lista de siglas

Sigla	Significado	Traducción
CB	Cadeia do Barbalho	Cárcel de Barbalho
CCPOA	Casa de Correção de Porto Alegre	Casa de Corrección de Porto Alegre
CCRJ	Casa de Correção do Rio de Janeiro	Casa de Corrección de Rio de Janeiro
CCS	Cadeia de Correção de Salvador	Cárcel de Corrección de Salvador
CCSP	Cadeia da Capital de São Paulo	Cárcel de la Capital de São Paulo
CDR	Casa de Detenção de Recife	Casa de Detención de Recife
CDRJ	Casa de Detenção do Rio de Janeiro	Casa de Detención de Rio de Janeiro
CPCT	Casa de Prisão com Trabalho da Bahia	Casa de Prisión con Trabajo de Bahia
CPFN	Colonia Penal de Fernando de Noronha	Colonia Penal de Fernando de Noronha
PGAM	Prisão de Galés do Arsenal da Marinha	Prisión de Galeras del Arsenal de la Marina

1. Introducción

Esta investigación[1] fue propuesta como parte de un proyecto personal más amplio que busca comprender lo que existe de ruptura y continuidad en el actual

1. Este artículo es una versión adaptada del Trabajo Final de Máster (TFM) del máster en Criminología y Ejecución Penal de la Universitat Pompeu Fabra (UPF) defendido en 17.06.20.

sistema carcelario brasilero. Si bien existen decenas de estudios respecto de las prisiones en el Brasil ochocentista, es extremamente difícil encontrar uno que discuta esta literatura, y, todavía más en el campo de la criminología. Esta investigación, por tanto, tiene como objetivo identificar y caracterizar la producción académica sobre la prisión en Brasil durante el siglo XIX, según sus contenidos, enfoques, y principales aportaciones a partir de la revisión de trabajos publicados entre 1998 y 2020, analizándola, desde una lectura criminológica.

La relevancia de este estudio reside tanto en el hecho de que aporta conocimientos acerca del estado de importante parte de la producción académica sobre prisiones en el siglo diecinueve en Brasil, como en el de que, en la medida en que proporciona una visión global de esta producción, nos permite iluminar tendencias que de otra manera se quedarían ofuscadas y hacer evidentes los vacíos de conocimiento en el área, pudiendo funcionar como fuente de nuevos temas y enfoques. Así las cosas, la pregunta de investigación que proponemos es: ¿qué tendencias se pueden observar en la producción académica publicada entre enero de 1998 y enero 2020 sobre prisiones en el siglo diecinueve en Brasil?

Adicionalmente, los apartados que siguen discuten: la metodología empleada en esta investigación; las características de la producción bibliográfica en términos de sus contenidos; y las conclusiones a que llegamos.

Finalmente, antes de detallar las distintas fases de la revisión sistemática es importante mencionar una limitación metodológica que le es característica: la información generada por este tipo de metodología suele superar lo que nuestra capacidad individual puede asimilar, aún cuando nuestro ámbito de interés parezca bastante limitado.[2]

2. Metodología

La metodología adoptada en esta investigación fue la revisión sistemática. La búsqueda primaria fue realizada en tres bases de datos: Periódicos Capes[3],

2. La forma que esta limitación incidió en este estudio es mencionada en el siguiente apartado.

3. Es una biblioteca virtual brasilera que reúne y divulga el mejor de la producción científica internacional. La biblioteca cuenta con un fondo de más de 45 mil títulos de texto completo, 130 bases de referencia, normas técnicas, estadísticas y contenido audiovisual. Es pertinente porque recopila la producción nacional sobre el tema de interés, no siempre circulada en las bases de datos internacionales. Esta base fue consultada del 2 hasta el 13 de marzo a través de la siguiente página web: https://www.periodicos.capes.gov.br/.

Scopus,[4] y Jstor[5], mediante el uso aislado y de la combinación sistemática de términos relativos: al límite geográfico del tema investigado (Brasil); al límite temporal del tema estudiado (siglo XIX, siglo diecinueve, ochocentista); al tema definido (prisión, cárcel, penitenciaría, casa de corrección, correccional, casa de detención), y sus equivalentes en portugués e inglés.

A través de esta búsqueda, 1774 registros fueron identificados. Tras la eliminación de los duplicados quedaron 1453. Después de leer sus títulos y abstracts, fueron excluidos 1432. Con esto, quedaron 23 trabajos, que fueron extraídos y evaluados para elegibilidad. Así, inicialmente, 21 estudios fueron incluidos en esta revisión bibliográfica.

Adicionalmente, para identificar estudios que podían no figurar en las bases de datos y que cumplieran a los criterios de inclusión, fueron revisadas las referencias bibliográficas de cada trabajo incluido en la revisión y de sus respectivas referencias hasta que no se encontraran referencias adicionales que atendiesen los criterios de inclusión. Como resultado de este proceso 18 trabajos adicionales fueron evaluados e incluidos. Así, en total fueron incluidos 39 estudios (Figura 1).

El periodo de la revisión fue de enero de 1998 hasta enero de 2020, puesto que el más antiguo estudio encontrado que cumplía los criterios de inclusión es del año de 1998 y nos interesaba revisar, dentro del recorte elegido, toda la producción académica existente hasta la fecha del inicio de la escritura de este trabajo.

Los criterios de inclusión fueron: a) artículos y ensayos científicos publicados en revistas académicas, y capítulos de libros; b) qué abordaran el tema de la prisión durante el siglo XIX en Brasil[6]; c) qué fueran escritos en portugués, inglés

4. Base de datos bibliográfica que recoge resúmenes, referencias e índices de revistas revisadas por pares, ponencias, libros y capítulos de libros, de unas 5.000 editoriales internacionales. Es relevante por ser una de las principales bases de datos en el ámbito de las ciencias políticas y sociales. Esta base fue consultada del 2 hasta el 13 de marzo, por conducto de la siguiente página web: https://www-scopus-com.sare.upf.edu/search/form.uri?display=basic.
5. Base de datos de ámbito multidisciplinario que proporciona los textos completos de más de 350 revistas académicas en lengua inglesa y de libros electrónicos. Las revistas se encuentran agrupadas por diferentes campos temáticos, principalmente de las ciencias sociales y las humanidades. Es relevante por, también ser una de las principales bases de datos del ámbito de las ciencias políticas y sociales. Esta base fue consultada del 2 hasta el 13 de marzo, por medio de la siguiente página web: https://www-jstor-org.sare.upf.edu/.
6. El siglo XIX fue el marco temporal elegido por caracterizarse como un importante período de reforma carcelaria, dado que en él se implementa un régimen punitivo

o español. Se excluyeron las reseñas y todos los trabajos que no cumplieron los criterios de inclusión.[7]

La recolección de la información fue realizada de manera sistemática por conducto de Resúmenes Analíticos Especializados, lo cuales incluyeron las siguientes informaciones: 1) título; 2) autor; 3) año de publicación; 4) tipo de publicación; 5) resumen; 6) temas; 7) principales enfoques o teorías de referencia; 8) fuentes; 9) hallazgos.

Figura 1 – Resultados de la búsqueda



Además, puesto que la manutención y la reglamentación de las instituciones carcelarias eran competencias provinciales, y por tanto las unidades de diferentes provincias tenían un funcionamiento y una rutinas propias (Britto, 2015) optamos por clasificar los estudios recabados conforme un criterio espacial: a) los sobre prisiones en el ámbito provincial[8]; b) los sobre la Colonia Penal de Fernan-

institucional que buscaba no solo almacenar detenidos, sino reformar los delincuentes (Aguirre, 2009) y cuyo discurso resuena hasta el presente: la penitenciaría.

7. Se excluyeron los repositorios de las universidades porque superaban el alcance y tiempo disponible para el presente trabajo. En una etapa posterior se espera incluir los catálogos en la revisión, con el fin de incluir las tesis de maestría y doctorado en el campo de las ciencias sociales, del derecho y de las ciencias humanas.

8. Cabe esclarecer que este grupo reúne estudios que se centran apenas en una prisión de un municipio de la respectiva provincia; en algunas prisiones de un municipio de la

do de Noronha (CPFN)[9]; c) los sobre la ciudad de Rio de Janeiro[10]; y d) los sobre prisiones en el ámbito nacional. El mismo criterio fue adoptado en el análisis de las investigaciones.

3. Características de los Contenidos de la Producción Bibliográfica

3.1. Brasil Imperial[11]

Apenas tres de los estudios revisados discuten la prisión en el Brasil decimonónico de una perspectiva nacional: uno de Carlos Aguirre (2009), uno de Andrei Koerner (2001) y uno de Peter Beattie (1999). El ensayo de Aguirre (2009) pretende resumir las conexiones entre la historia de las prisiones y la evolución de las sociedades latinoamericanas entre 1800 y 1940. Su objetivo central es ofrecer un esquema tentativo de los contornos generales de esta historia, enfocándose

provincia; del conjunto de prisiones de un municipio de la provincia; y del conjunto de cárceles de la provincia.

9. Si bien la CPFN formaba parte de la provincia de Pernambuco (Beattie, 1999), era en la práctica una prisión nacional, visto que sus reclusos venían de casi todas las provincias del país, ya que el sistema carcelario nacional no lograba seguir el ritmo creciente de la población penal y Fernando aceptaba parte del exceso (Beattie, 2009). Además, su administración era compartida entre los presidentes provinciales de Pernambuco y el Ministro de la Guerra (hasta 1877) y el Ministro de la Justicia (tras 1877) (Beattie, 2011). Teniendo en cuenta todas estas particularidades, decidimos dedicarle un apartado propio.

10. La reforma a la Constitución imperial conocida como Acto Adicional de 1834, entre otras medidas, creó el municipio neutro de la Corte, formado por la ciudad de Rio de Janeiro, independiente de la provincia de Rio. Ver Ley nº 16, de 12 de agosto de 1834. Recuperado el 12 de mayo de 2020, en: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html.

11. En el período imperial (1822-1889) se promulga la primera Constitución de Brasil, que incorporó el sistema esclavista como efecto tácito del derecho de propriedad, y se aprueba su primer código criminal (Zaffaroni y Batista, 2015). El pos independencia es marcado por el proceso de organización del Estado nacional (Albuquerque Neto, 2019), y en este periodo los propietarios rurales ascienden al poder y se vuelven la fuerza política y socialmente dominadora (Zaffaroni y Batista, 2015). Al mismo tiempo la crisis económica de las regiones al norte del Imperio produjo insatisfacciones que se transformaran en diversas sediciones en los 1830 y 1840: la cabanada, setembrada, farroupilha, revuelta de los malês, sabinada, balaiada, revolución playera, entre otras. Los conflictos acentuados por la crisis harán el proyecto liberal de estado tender a un proyecto policial, en un movimiento de centralización política que se manifestará por medio del poder punitivo (Zaffaroni y Batista, 2015).

en las relaciones entre el diseño y el funcionamiento de las prisiones; las formas institucionales de castigo implementadas; los mecanismos de negociación y resistencia adoptados por los presos; y las formas específicas de relación entre Estado y sociedad que los regímenes carcelarios reflejan y revelan.

Así las cosas, el ensayo no se centra propiamente en Brasil, sino más bien, analiza el contexto latinoamericano en general, y contrasta las diferentes realidades nacionales, subrayando sus similitudes y particularidades. El texto, se destaca, pues, por ser el único que hace un análisis latinoamericano. Se destaca también por ser el único que solo echa mano de fuentes secundarias. El autor encontró diversos paralelos en la historia carcelaria decimonónica de diferentes países de América Latina[12], lo que nos sugiere la importancia de un análisis más marco para percibir determinadas tendencias.

Por su parte, el artículo, marcadamente teórico, de Koerner (2001) toma como punto de partida el informe de la Comisión de Inspección de la Casa de Correção de la Corte[13] para analizar las relaciones entre las prácticas carcelarias y la estructura de la sociedad brasilera del siglo diecinueve, y aboga por una perspectiva de análisis que combine temas y argumentos del trabajo de Foucault con los estudios que trataron de la formación de la sociedad brasileña de una perspectiva histórico-estructural[14]. En definitiva, concluye que las prácticas carcelarias del Brasil decimonónico no deben ser interpretados como tentativas frustradas de aplicación de ideales reformistas europeos y estadounidenses, sino como adaptaciones de estas doctrinas a una realidad específica.

A su vez, el ensayo de Beattie (1999) analiza la relación entre el Ejército, como una institución de reforma proto-penal y un régimen de trabajo, y tres instituciones públicas de control social: la policía, el sistema carcelario, y el poder judiciario. De esta manera, describe el impacto que tuvo la reforma del Ejército sobre el desarrollo de estas instituciones en el Brasil de la segunda mitad del siglo

12. Por ejemplo, según Aguirre (2009) la construcción, hacia mediados del siglo XIX, de penitenciarías modernas en América Latina buscaba atingir algunos objetivos, entre los cuales proyectar una imagen de modernidad.

13. Los autores usan como sinónimos "Casa de Correção da Corte" y "Casa de Correção do Rio de Janeiro".

14. El autor argumenta, por ejemplo, que, si bien Brasil adoptó como modelo de punición estatal la prisión con trabajo, propia de la sociedad disciplinaria de Foucault (1977), con ella convivían penas que eran parte de la economía de los castigos del antiguo régimen, como la pena de muerte y los latigazos. Esa aparente confusión tendría como objetivo reafirmar el orden social esclavista y no el adiestramiento disciplinario.

XIX y del siglo XX. Si bien el trabajo se centra en el Ejército, para comprender la dimensión de su rol en el trabajo policial[15] y en la justicia criminal, también examina el sistema penal civil.

En este examen subraya que a pesar de que la Constitución de 1824 exigía que los gobiernos provinciales planeasen, fundasen, y construyesen sus propias prisiones a lo largo del siglo XIX[16], tan solo cuatro de veinte provincias (São Paulo, Bahia, Rio Grande do Sul y Pernambuco) y el distrito capital del imperio (Corte) construyeron nuevas prisiones en parcial conformidad con el diseño panóptico de Bentham y los requisitos del Código Penal de 1830[17], y que, bajo condiciones ideales, estas nuevas prisiones ampliarían la capacidad por encima de los 1.300 convictos (Beattie, 1999).

Además, presenta datos tanto cuantitativos como cualitativos. Entre los primeros, aunque apenas sugestivos debido a las limitaciones de las fuentes primarias, destaca que la población reclusa nacional a fines de mil ochocientos no superaba los 10.000 individuos a la vez, bajo circunstancias normales. En cuanto a la información cualitativa menciona que la mayoría de los presos eran penados[18], y la mayor parte cumplía condena por homicidio (Beattie, 1999).

A su turno, presenta el servicio militar como una válvula de escape parcial ante la saturación de las prisiones civiles[19], puesto que las autoridades solían juzgar solo los acusados por delitos serios, mayormente por homicidio. Los jueces no obligaban al servicio militar a los sospechosos de homicidio u otros delitos considerados dignos de acusación, pero delitos reputados menos amenazadores podían ser punidos con la leva sumaria.[20] Puesto que no había juicio, es imposi-

15. El imperio brasilero no tenía una policía nacional, pero los soldados del Ejército a menudo realizaban deberes de policía en todo el país. De hecho la centralidad del Ejército en el trabajo policial y en el sistema de justicia criminal brasilero fue un factor impeditivo del reformismo militar (Beattie, 1999).
16. La Constitución de 1824 preveía en su artículo 179, ítem XXI que "las cárceles serán seguras, limpias, y bien aireadas, habiendo diversas casas para reparación de los reos, conforme sus circunstancias, y naturaleza de sus crímenes" (Gruner, 2016, p. 5).
17. El Código Penal de 1830 introdujo la "prisión con trabajo" como un tipo de pena que debería ser ejecutada en el interior de las prisiones, acarreando la construcción de nuevas prisiones correccionales (Beattie, 1999).
18. Es decir, ya habían sido condenados.
19. Aquellas destinadas a los civiles, por oposición a las destinadas a los militares.
20. Esta práctica de control premoderna era dirigida a los "desprotegidos", es decir, hombres pobres que las autoridades aprehendían en delito flagrante o sobre quienes simplemente fueron sospechosos de haberlo cometido La mayoría de los hombres obligados

ble saber cuántos de estos hombres obligados al servicio militar habían cometido realmente delitos (Beattie, 1999).

Finalmente, el autor sostiene que, en 1880, una aproximación conservadora estimaría entre 8.000 y 12.000 el total de hombres y adolescentes bajo custodia del Ejercito, tanto en prisiones militares como en colonias penales, así como quienes fueron obligados a servir al Ejercito o a participar en sus escuelas de aprendices. De esta manera, según su análisis, es posible que el Ejército solo se ocupaba de una población civil "delincuente" quizás igual o mayor que la población del sistema carcelario civil (Beattie, 1999).

La investigación de Beattie (1999) sobresale, pues, no solo por ofrecer un panorama nacional del sistema carcelario civil, sino también desde su enfoque. A diferencia de otras aproximaciones de destacados autores como Weber (1947), Foucault (1979), Thompson (1967) y Anderson (1991), que han enfatizado el rol de las instituciones burocráticas (penitenciarías, escuelas, Ejércitos, marinas, etc.) en el disciplinamiento de los individuos para las sociedades nacionalistas, o de otras propuestas como la de Eugene Weber (1996), para entender el papel de los militares en la ampliación de sus efectivos, en particular con la población rural, para asegurar prácticas doctrinarias nacionalistas, el trabajo de Beattie (1999) se centra en entender como los procesos de desarrollo de una institución de disciplinamiento influye sobre las demás.

En esta línea, el propio autor apunta que su abordaje enfatiza la importancia de tendencias nacionales para el examen de cuestiones a menudo ensombrecidas por una lectura regional y localizada. Así mismo su enfoque mira hacia diversas instituciones claves para trazar patrones con mayor comprensión que los abordajes que se limitan a un único órgano público, tal como ocurre en la mayoría de los estudios basados en archivos. En definitiva, sostiene que un análisis debe considerar la interconexión y el alcance de instituciones públicas disciplinarias en diferentes regiones y las estrategias que ellas persiguen (Beattie, 1999).

3.2. La Colonia Penal de Fernando de Noronha

Respecto a la CPFN[21] fueron encontrados tres estudios: uno de Marcos Paulo Pedro Costa (2009) y dos de Beattie (2009, 2011). El artículo de Costa (2009)

al servicio militar eran individuos que carecían de una ocupación calificada, un cargo de guardia nacional, un patrocinador influyente, un matrimonio certificable o el dinero que los pudiese eximir (Beattie, 1999).

21. Fundada por los portugueses en 1737, se situaba en la isla principal de un archipiélago que mide 18 kilómetros cuadrados, 3.5 de anchura y 10 de longitud y dista 200 millas de la costa noreste de Brasil (Beattie, 2009, 2011).

busca discutir, usando "Crime and Society" de Sykes (1969) como principal teoría de referencia, la vida de los sentenciados, los agentes del orden y de los "paisanos"[22] y las relaciones que estos grupos establecían entre sí, en la CPFN en el siglo diecinueve.

Por su parte, Beattie (2009) examina, por un lado, cómo las autoridades ejecutaban sus condenas a esclavos convictos en la CPFN en el siglo diecinueve. Explora Beattie (2011), por otro, nociones de género, sexualidad, disciplina, salud, reforma y justicia, a través del examen de cómo el Brasil del siglo diecinueve trataba de la cuestión de si el contacto íntimo con mujeres mejoraba la disciplina, y, en tal caso, cómo debería ser reglado. Específicamente, sostiene que actores sociales poderosos del Imperio[23] frecuentemente veían tanto la conyugalidad heterosexual como el matrimonio como medios de clasificar, controlar, premiar y motivar una minoría de hombres subordinados en regímenes de trabajos coercitivos.[24]

Un tema presente en los tres estudios es el proyecto de reforma del preso a través del matrimonio heterosexual. El tema fue, incluso, objeto central del último ensayo mencionado de Beattie (2011), en que compara la política penal conyugal de 1865 de la CPFN, con otras instituciones que buscaban disciplinar los "pobres intratables"[25]. La política penal mencionada estableció nuevas regulaciones que incentivaban a los penados solteros a casarse, y formalmente permitía que los condenados casados peticionasen para que sus mujeres y dependientes si juntasen a ellos. Al comparar los trabajadores cumpliendo pena a aquellos en regímenes laborales coercitivos relacionados su enfoque busca resaltar patrones menos visibles cuando examinados separadamente (Beattie, 2011).

En su análisis, Beattie (2011) parte de las instituciones avaras[26] de Lewis Coser (1974) y de la discusión de Goffman (1961) sobre la tensión entre las instituciones

22. Como era llamados, en la isla, aquellos que no cumplían condena y no eran militares (Costa, 2009).
23. Directores de la CPFN, señores de ingenios y oficiales del Ejército.
24. La prisión con trabajo forzado, la esclavitud y el servicio militar.
25. Penados, esclavos y conscriptos (Beattie, 2011).
26. "Greedy institutions" (Beattie, 2011, p.183) Instituciones que intentan monopolizar las lealtades primarias de los individuos respecto a asociaciones societarias rivales sin necesariamente segregarlos de la sociedad como las instituciones totales hacen. Un ejemplo es la familia nuclear respecto a las mujeres, puesto que las expectativas de género presionaban las amas de casa a limitar sus compromisos y contactos fuera de la familia, en deferencia a sus roles como madres y cuidadoras. Coser no discute, sin embargo, si la familia limita a maridos y padres (Beattie, 2011).

totales (en particular la vida de cuadrilla)[27] y la vida en familia, para sostener que oficiales brasileros experimentaban con instituciones penales híbridas que combinaban elementos tradicionales y modernos de la vida de cuadrilla y la vida en familia[28] a fin de promover lo que Beattie designa la institución celosa[29].

Por último, puesto que ningún de los trabajos mencionados lo discute, cabe subrayar la proximidad de las formulaciones los oficiales y amos brasileros respecto a las modernas teorías del control de Hirschi (2003), según la cual las personas tienen una tendencia natural hacia la delincuencia que se consumará salvo si la fuerza del vínculo del individuo con la sociedad lo impida, y de la persistencia delictiva y del desistimiento del crimen de Laub y Sampson (2003) en la cual el apego marital surge como fuerte predictor del desistimiento entre los hombres. Desde esta perspectiva, el cambio surge como fruto de un vínculo duradero, el crecimiento de los vínculos sociales surge como un proceso de inversión y, consecuentemente la acumulación de capital social en la relación marital inhibiría la comisión de nuevos delitos.[30]

Hasta este momento nos hemos dedicado tanto a analizar los estudios que discuten las prisiones en un ámbito nacional como los que se centran en la CPFN, considerada el depósito central de convictos civiles del Imperio[31]. A continuación nos dedicaremos a discutir aquellos trabajos que analizan las prisiones a nivel municipal (aunque, en general, no como un complejo unitario) y a nivel provincial.

3.3. La Provincia de Ceará

En el único artículo sobre la provincia de Ceará, José Ernesto Pimentel Filho, Silviana Fernandes Mariz y Francisco Linhares Fonteles Neto (2009) analizan las cifras criminales y judiciales en la provincia durante la segunda mitad del

27. Goffman (1961) entiende la vida de cuadrilla (batch living) como aquella en que se come y duerme con un grupo de compañeros, difícilmente llevando a una existencia doméstica significativa.
28. En la CPFN, por ejemplo, el ideal benthamiano del aislamiento celular apenas existía, y se limitaba al edificio llamado "Aldeia" y a la fortaleza principal, reservados para los penados "incorregibles" (Beattie, 2011).
29. "the jealous institution" (Beattie, 2011, p. 184). Esta sería el corolario masculino de la hipótesis de Coser de que la familia nuclear era una institución avara para esposas y madres: describe la menos restrictiva, pero todavía limitativa influencia "natural" que la conyugalidad, el matrimonio y la familia tenían sobre los hombres (Beattie, 2011).
30. Esta visión, además, ha encontrado apoyo empírico (Laub y Sampson, 2003).
31. Ver nota 9.

siglo diecinueve; la evolución de su complejo carcelario, con especial atención en la Cárcel Pública de Fortaleza; y el funcionamiento de la Cárcel Pública de Fortaleza en la obra de Porfirio de Lima Filho.

La lectura se destaca por ser una de las únicas que discute el sistema penitenciario a nivel provincial. De hecho, los autores (Pimentel Filho et al, 2009) encuentran que en 1859 había, en las 13 comarcas de que era formada la provincia, pocas prisiones en condiciones mínimas de manutención y seguridad. Además de la Cadeia da Capital[32] eran las siguientes: de Aracati, Sobral, Quixeramobim, Icó e Crato. Las demás eran casas particulares improvisadas. Si bien no era posible saber el número exacto de presos, los autores suministran datos acerca del máximo y mínimo de presos en algunas de estas instituciones en 1858.[33]

3.4. La Provincia de Pernambuco

Fueron nueve los trabajos encontrados sobre la provincia de Pernambuco: dos de Clarissa Nunes Maia (1998, 2009), tres de Flávio de Sá Cavalcanti de Albuquerque Neto (2009, 2013, 2017), dos de Aurélio de Moura Britto (2015, 2019), y dos de Albuquerque Neto y Maia como coautores (2009, 2011).

Maia (1998) aborda en uno de sus trabajos la experiencia de la prisión de personas esclavizadas en la Casa de Detenção de Recife (CDR)[34] y del temor de los "señores de ingenio"[35] de que las condiciones de la prisión pudieran ser consideradas más "favorables" para los esclavizados acostumbrados al trabajo hostil en las plantaciones. Concluye que para el esclavo fugarse y ser preso por la policía o cometer un delito y ser penado a galés[36] a lo mejor no era un destino peor que soportar trabajos extenuantes y castigos crueles. Así mismo, en un segundo

32. Según un informe de 1858 de la Secretaría de Policía de la Provincia de Ceará dirigida al Ministerio de Justicia, la Cadeia de Fortaleza (la capital) se distinguía de todas las demás por su tamaño, estructura, condiciones higiénicas y capacidad: podía albergar en esta época 250 presos (Pimentel Filho et al. 2009).

33. Los números máximo y mínimo de presos en las cárceles de Aracati, Vila Viçosa, S. Bernardo, Icó, São João do Príncipe, Vila de Canindé, Crato e Ipu eran respectivamente: 37 y 22; 22 y 22; 01 y 01; 36 y 36; 16 y 05; 05 y 02; 11 y 06; 08 y 08. El máximo y mínimo total, a su vez, era: 136 y 102 (Pimentel Filho et al. 2009).

34. A pesar de su nombre la Penitenciaría, construida según el sistema panóptico en su versión radial, servía también para la corrección de los "delincuentes" (Albuquerque Neto, 2009).

35. Dueños de los ingenios azucareros.

36. Prisión con trabajo forzado.

estudio (Maia, 2009) examina cómo las condiciones materiales y el personal de la CDR volvían inútil la previsión en su reglamento de diferentes técnicas disciplinarias (aislamiento, higiene, trabajo, religión), bien porque no eran aplicadas en la práctica, bien porque, aunque lo fueran, no tenían una función correccional.

El primer estudio de Albuquerque Neto (2009) analiza la disciplina y el control social en la comarca de Recife[37] en la década de 1840 como fruto de la organización del Estado nacional y de las rebeliones de la época; la situación del encarcelamiento en Recife antes de la reforma penal; y las propuestas de reforma carcelaria que surgieron en las décadas de 1830 y 1840 en esta comarca. Este artículo se destaca en la literatura sobre la provincia de Pernambuco en la medida en que es el único que discute las posturas[38] de la Câmara Municipal de Recife[39], la estructuración de un aparato policial en la ciudad (a principios de la década de 1830) y suministra un panorama del complejo carcelario de la ciudad de Recife. El autor encuentra que la CDR surge tanto como respuesta a la precaria estructura carcelaria Recifense[40] como fruto del deseo de proyectar una imagen de modernidad.

A su vez, el segundo trabajo de este autor (Albuquerque Neto, 2013) ofrece un panorama de las primeras experiencias con el trabajo penal en la provincia de Pernambuco, así como analiza los debates ocurridos en la Asamblea Provincial, en la década de 1870, cuando la cuestión de la utilidad – penal y económica – de los talleres estuvieron, diversas veces, en el orden del día. En este trabajo, sin embargo, el autor básicamente se limita a reproducir los hallazgos de artículos que había publicado anteriormente, ya a solas (Albuquerque Neto, 2009), ya como coautor (Albuquerque Neto y Maia, 2009, 2011).

Por otro lado, el tercer estudio del autor (Albuquerque Neto, 2017), discute la situación de las cárceles en el Brasil Imperial de la segunda mitad del siglo XIX basándose en el ejemplo de la CDR, inaugurada en la capital de la provincia de

37. La Comarca de Recife incluía también las ciudades de Olinda e Igarassu (Albuquerque Neto, 2009).

38. Las posturas municipales eran una práctica legislativa del Imperio portugués, y su función era regular la vida en los municipios, ocupándose de cuestiones que iban desde la edificación de nuevas casas a la creación de animales y que funcionaba como un complemento al Código Criminal en la medida en que criminalizaba y punía ciertas costumbres, hábitos y tradiciones de las clases populares, incluso los esclavizados (Maia, 2009).

39. Cámara de Consejales.

40. Relativo o perteneciente a Recife.

Pernambuco en la década de 1850. Analizando documentos del Ministerio de la Justicia y de fuentes de la provincia Pernambuco, discute las condiciones materiales de las cárceles imperiales, así como la aplicación de la pena de prisión con trabajo, que se creía ser responsable por la recuperación del delincuente y su posterior devolución a la sociedad, disciplinado. Además, analiza algunas concepciones sobre delitos y castigos que sirvieron de base para las discusiones sobre el tema empezadas en Brasil, así como en el exterior (a ejemplo de los Congresos Penitenciarios Internacionales). En resumen, concluye el autor que la prisión con trabajo en la CDR no punía, no recuperaba, y generaba ganancias limitadas.[41]

En relación con los trabajos de Aurélio Britto, el primero de sus artículos (2015) encuentra que la implementación de los talleres de trabajo colectivo en la CDR, en la década de 1860, suscitó el surgimiento de un conjunto diversificado de interacciones y sociabilidades entre los habitantes de la ciudad y la institución como tal, que concurrieron para debilitar el sentido moralizador conferido al trabajo por las élites administrativas.

El segundo estudio investiga las dinámicas del trabajo carcelario en la CDR durante el siglo XIX. Britto (2019) busca avanzar más allá de la retórica de los gestores y de los reglamentos de las prisiones y enfatizar algunos aspectos del trabajo carcelario, como la posibilidad de los presos de transitar fuera del perímetro de las instituciones carcelarias, en el marco de la ejecución de sus actividades laborales. Por lo que toca al período investigado, los dos artículos de Britto se limitan a la gestión de Rufino de Almeida[42] (1861-1875).

Maia y Albuquerque Neto (2009), por último, analizan algunos de los problemas enfrentados por los administradores de la CDR en su conducción, a partir del análisis de los reglamentos (que se volvieron inútiles en muchos casos), informes y otros documentos producidos por aquellos funcionarios. Los autores concluyen que las dificultades operacionales y de personal fueron mayores que la ganas de disciplinar y controlar a los "delincuentes", y que, si bien la función correctiva de la prisión no fue alcanzada, la CDR cumplió otro papel con primor: la represión selectiva de la criminalidad[43].

41. No punía porque no respetaba el Código Criminal vigente respecto a los sujetos a quien sería aplicada la pena; no recuperaba, en la medida en que no fue aplicado de forma sistemática y basada en principios penológicos; y producía ganancias limitadas puesto que, aunque el trabajo de los presos aliviara los gastos del Estado, no era suficiente para que la prisión se sustentara (Albuquerque Neto, 2017).

42. Director de la CDR entusiasta de la implementación de los trabajos entre los presos.

43. En esta línea, Huggins (1985) afirma, por ejemplo, que en Brasil la gran mayoría de los

En la mayoría de estos estudios (8/9) los autores se centran en una única institución: la CDR[44]. Este predominio, sin embargo, contrasta con la cantidad de cárceles en el complexo carcelario brasilero decimonónico. Las penitenciarías en la segunda mitad del siglo XIX fueron la excepción al interior de un entramado de métodos premodernos de castigo socialmente aceptados: al lado de ellas había una red de cárceles premodernas e instituciones privadas que albergaban la mayoría de los detenidos y en las cuales el continuo uso de formas de castigo tradicionales era común (Aguirre, 2009).

Según el informe anual, de 1876, del presidente provincial de Pernambuco, por ejemplo, la provincia tenía cuarenta y dos cárceles: veintidós eran propriedad privada; trece, provinciales; cinco municipales; una, nacional (Fernando de Noronha); y una, clerical. Adicionalmente, según el informe, a excepción de la CDR, las cárceles de la provincia no respetaban los preceptos constitucionales (Beattie, 1999).

Por último, el teórico más citado es Foucault, que es usado, por ejemplo, por Maia (2009) para analizar las técnicas disciplinarias establecidas en los Reglamento de 1855 y 1885 de la CDR. Sin embargo, otros teóricos importantes en el ámbito de la criminología también son citados, como, por ejemplo, George Rusche y Otto Kirchheimer, en el artículo de Britto (2019), cuando se discute el principio de la menor elegibilidad[45] en una sociedad esclavista como la brasilera decimonónica, ilustrándolo con el caso del esclavo Francisco que intentó burlar la administración de la CDR para permanecer encarcelado en ella, y, así, no volver a los dominios de su amo.[46]

---

detenidos eran afrobrasileños, los cuales, entre 1860 y 1922, constituyeron el 74% del total de detenidos en la CDR (Aguirre, 2009).

44. Además, el tema más recurrente en esta literatura es el del trabajo en esta penitenciaría.

45. La idea de estos autores marxistas es que, para funcionar en su papel de auxiliar coercitivo del mercado laboral, es fundamental que las instituciones penales, y otras instituciones auxiliares, adopten regímenes notoriamente más desfavorables que las condiciones de vida habituales del estrato más bajo de una sociedad libre (Garland, 1990). Si bien, la sociedad brasilera era esclavista, el efectivo encarcelamiento de los esclavos hasta la abolición (1888) permite una aplicación adaptada de este principio.

46. El mismo tema surge, por ejemplo, en el artículo de Maia (1998) sobre la prisión de personas esclavizadas en la CDR, cuando señala la desavenencia que surgió entre los señores de los ingenios y las autoridades policiales, en 1863, poco tiempo después de su inauguración, como consecuencia del artículo 15 del Reglamento de 1855, en el cual se establecía una gratificación para los esclavos que trabajaran en los servicios de limpieza y reparos del establecimiento, lo que llevó a los señores de ingenio a presionar por la anulación de dicho artículo. El director, preocupado con la reacción de los señores,

3.5. La Provincia de Bahia

Respecto de la provincia de Bahia encontramos seis trabajos, todos de Cláudia Trindade (2008, 2009, 2011a, 2011b, 2012, 2016). El primero, tiene por objetivo contextualizar el inicio de la reforma carcelaria baiana[47] del siglo diecinueve (Trindade, 2008), y encuentra que, aunque la primera penitenciaría de la Provincia, denominada Casa de Prisão com Trabalho (CPCT), haya anunciado una nueva era del sistema carcelario baiano, la penalidad "moderna" coexistía con prácticas del antiguo régimen penal en la Cadeia da Correção de Salvador (CCS) y en la Prisão de Galés do Arsenal da Marinha (PGAM).

Su segundo artículo (Trindade, 2009), describe las dinámicas de la comunidad carcelaria de la Bahia decimonónica, a partir de las correspondencias de los presos de la penitenciaría y de cárceles comunes de Salvador dirigidas a las autoridades baianas. A través de esta documentación busca: entender el espacio carcelario a partir de la visión de sus principales personajes, puesto que el discurso oficial tiende a omitir la voz y la acción de estos hombres y mujeres; y reconstruir parte de la vida cotidiana de los presos. Concluye que existía un orden paralelo, con igual o mayor fuerza que el oficial, que, sin embargo, no anulaba la arbitrariedad y la violencia vivida en la prisión.

A su vez, el estudio siguiente (Trindade, 2011a) presenta el perfil de los primeros presos que ocuparon la CPCT, inaugurada en el año de 1861 en la ciudad de Salvador. Primero, expone datos recogidos de la población carcelaria de la ciudad a fin de ubicar el papel de la CPCT en la dinámica del aparato carcelario local en el período de 1861 a 1865; después, analiza variables como el estado civil, la condición jurídica, el sexo, el color de piel, el origen, la edad, la profesión, la naturaleza del delito y la condena de los presos de una muestra de 111 sujetos que ingresaron en la CPCT en el mismo período[48]; y finaliza con fragmentos de historias de sus vidas.

---

solicitó oficialmente al jefe de policía que pidiera su anulación al presidente de la Provincia, puesto que concordaba en que con la gratificación "los esclavos se quedarían en mejores condiciones de que los que gozan de libertad" (Maia, 1998, p. 19).

47. Relativo o perteneciente a Bahia.

48. De estos 111 presos solo 14 eran mujeres. De los 61 que tuvieron sus edades declaradas 38 tenían entre 20 y 35 años, 22 tenían entre 40 y 55 y uno tenía 80 años. En cuanto a los motivos de la prisión a excepción de los 20 casos "no informados" todos fueron condenados, y la mayoría por homicidio (56). Respecto al color de la piel, de los 76 que lo tuvieron declarado 10 eran blancos, 3 indios y los demás negros, o una mistura de negros con personas de otros colores de piel (Trindade, 2016).

Por otra parte, Trindade (2011b) en su cuarto artículo presenta un estudio sobre las enfermedades y las condiciones de alimentación de los presos de la CPCT, Bahia, en los primeros años de su funcionamiento (1861-65); analiza las estrategias adoptadas por los presos para la búsqueda de tratamiento médico y de una alimentación digna; y, subraya también cómo los presos se apropiaban de las nuevas normas oficiales para resistir y conquistar espacios dentro del nuevo modelo de encarcelamiento pretendido por la primera penitenciaría de Bahia[49].

Posteriormente, Trindade (2012) analiza la implantación del trabajo carcelario en la penitenciaría de Bahia entre los años de 1833-1865. Concluye, aquí, que la práctica del trabajo carcelario en los talleres de la CPCT no correspondió a las expectativas de las autoridades y de los reformadores baianos; y que la reforma carcelaria en Bahia y en Brasil, de manera general, no representó una ruptura de las prácticas de punición coloniales.

Finalmente, el sexto estudio de la autora (Trindade, 2016) discute la situación carcelaria de Bahia en el siglo XIX teniendo como foco principal la CPCT. Ofrece un análisis de la reforma carcelaria en Brasil; aborda el panorama del encarcelamiento en la ciudad de Salvador del siglo XIX; relata la inauguración de la CPCT, y expone aspectos fundamentales de ella: su reglamento, su organización administrativa, su esquema de seguridad, su enfermería, su escuela de "primeras letras", sus talleres de oficio, el perfil de sus presos. Por último, discute la CCS, y el complejo carcelario de la provincia baiana.

En estos estudios, diferentemente de los de Pernambuco, no identificamos una teoría de referencia dominante. Por otro lado, al igual que los estudios sobre Pernambuco, la mayoría de las investigaciones (5/6) se centran en la penitenciaría de la capital: la CPCT. Además, si bien Trindade (2008) discute la situación del complejo carcelario a nivel municipal[50], dedica apenas dos párrafos a la situación carcelaria a nivel provincial: afirma que entre 1865 y 1880 la provincia tenía cerca de 64 cárceles, la gran mayoría fuera de la capital, y que estaban en pésimas condiciones respecto a cuestiones de higiene y seguridad.

En la misma línea, y análogamente al caso Pernambucano, según el informe anual, de 1876, del presidente de la provincia de Bahia[51], en este año esta provincia

49. La CPCT fue la primera penitenciaría de Bahia (Trindade, 2011b).

50. Las prisiones eclesiásticas y las cárceles de las órdenes religiosas, las prisiones militares, y las prisiones civiles de la ciudad de Salvador (Trindade, 2008).

51. Nunes, L. A. da S (1876). Relatório com que o excellentíssimo senhor presidente, dr. Luiz Antonio da Silva Nunes, abrio a Asembléa Legislativa Provincial da Bahia no dia

contaba con 64 cárceles. El informe añade que estas son en general insuficientes e incapaces para el fin a que se destinaban y que, fuera de la capital, son consideradas en buen estado apenas las de Santo Amaro, Maragogipe, Barra do Rio Grande, Jaguaripe, Monte Santo, Inhambupe y Minas do Rio das Contas. Las demás estarían en pésimas condiciones y necesitadas de urgentes reparos. El documento, con todo, solo presenta datos cuantitativos sobre los presos de la CPCT, la CCS, y la PGAM.

También cabe destacar que hasta Beattie (1999), en su discusión, de ámbito nacional, sobre el tamaño de la población carcelaria de las principales prisiones civiles de Brasil entre 1871 y 1923, considera, respecto a Bahia, apenas los presos de la CPCT, la CCS, y la PGAM.

Así, la ausencia de datos cuantitativos sobre cárceles no capitales en el informe de 1876, sumada a las advertencias de Beattie (1999) sobre las limitaciones de las fuentes primarias sugiere que el vacío señalado en el caso de la provincia de Bahia (y posiblemente de otras provincias también) quizás pueda ser parcialmente entendido como fruto de la mayor dificultad en acceder a datos que dicen respecto a las cárceles premodernas no capitales.

3.6. La Ciudad de Rio de Janeiro

En cuanto a la ciudad de Rio fueron encontrados el mayor número de estudios, doce: uno de Zephyr Frank (2006), uno de Paloma Siqueira Fonseca (2009), uno de Thomas Holloway (2009), uno de Carlos Eduardo M. de Araújo (2009), uno de Marilene Antunes Sant'Anna (2009), uno de Marcos Luiz Bretas (2009), dos de Amy Chazkel (2009, 2011), uno de Marilene Rosa Nogueira da Silva (2015), y tres de Jean Martine (2016, 2019a, 2019b).

El estudio de Frank (2006) examina las condiciones de vida en Rio, en el siglo diecinueve, basándose en datos antropométricos y descriptivos obtenidos en documentos de la Casa de Detenção de Rio de Janeiro (CDRJ). Su investigación muestra que hubo cambios significativos en la altura de los presos a lo largo del tiempo y en función de su color y nacionalidad. Principalmente, hubo una caída en la estatura de esclavos, a partir de los nacidos en los años 1830 y continuando hasta los años 1860, donde se interrumpe el estudio. Así, este trabajo no se centra propiamente en comprender la CDRJ, sino más bien usa los datos de su registro

1º de maio de 1876. Recuperado el 28.05.20 en: http://ddsnext.crl.edu/titles/165#?-c=0&m=65&s=0&cv=20&r=0&xywh=-78%2C823%2C2113%2C1490.

de entrada respecto a altura como una forma de aproximarse al estudio de las condiciones económicas y sociales de la ciudad de Rio en el siglo diecinueve.

Por su parte, el trabajo de Fonseca (2009) discute el uso de un barco-presidio anclado en la Isla de Las Cobras, Rio, en el contexto del proceso de independencia de Brasil. Los presos eran depositados en la presiganga[52] por básicamente tres motivos: por condenación o imposición a trabajos forzados, por el reclutamiento a la fuerza, o para recibir castigo corporal. En los trabajos incluidos en la presente revisión, se destaca este estudio como el único que se centra en un barco-prisión. Los hallazgos de este artículo dialogan con un ensayo de Beattie (2011)[53] en la medida en que Fonseca encuentra una similitud en la situación de los marineros del barco con los galés bajo su custodia: ambos eran sometidos a latigazos en casos de insubordinación o fuga.

El estudio de Holloway (2009) describe la historia de dos instituciones penales centrales: el Calabouço y el Alube. La primera de estas corresponde a la principal cárcel de esclavos, y su análisis abarca desde los primeros años de la era de la independencia, pasando por su transferencia para el sitio de la Casa de Correção de Rio de Janeiro (CCRJ) en 1837, hasta la abolición del Calabouço como una entidad separada en 1874. Por otro lado, el Aljube, fue una prisión parecida con un calabozo cedida al Estado en 1808, y usada para mantener presos criminales comunes y otros detenidos hasta su cierre en 1856.

Araújo (2009), por otro lado, analiza en su trabajo como las autoridades coloniales y metropolitanas trataron del control de la criminalidad y de la administración de las prisiones en el Rio entre 1790 y 1821. Concluye que la transferencia de la familia real de Lisboa para Brasil, en 1808, inaugura una nueva etapa en la exploración de la mano de obra esclava por el poder público y las prisiones cumplirían un importante papel en la consolidación del duplo cautiverio[54] del esclavo.

Sant'Anna (2009), a su vez, analiza en su estudio las propuestas formuladas por el Estado brasileño sobre la CCRJ y discute los problemas en su rutina a lo

52. La presiganga era un estado del barco, que podía ser retirado, pues *servía* como prisión (Fonseca, 2009).

53. En concreto la similitud señalada por el autor entre los grupos que integran lo que denominó de los pobres intratables: soldados, esclavos y presos (Beattie, 2011).

54. Según Araújo (2009) el despliegue del sistema esclavista hizo surgir, con dinámicas distintas de la esclavitud rural, la esclavitud urbana. Esta tenía en la figura del preso el mismo esclavo, pero añadiría otro señor: el poder público. Así habría nacido el duplo cautiverio, que se caracteriza por sujetar el esclavo a dos señores: el privado y el público.

largo del siglo diecinueve, concluyendo que existía una ruptura entre los proyectos y las prácticas prisionales[55]. Argumenta, sin embargo, que más que confirmar esta ruptura los historiadores de la prisión necesitan mostrar la variedad de significados que las prisiones producen en la sociedad.

Bretas (2009) hace exactamente esto cuando analiza la prisión en el ámbito del imaginario de las sociedades a través de las representaciones construidas en diferentes narrativas, encontradas en: los documentos de los directores de prisiones en el siglo XIX, los escritos de presos políticos en el inicio de la República, los escritos de los periodistas populares, y los escritos de criminales comunes y criminólogos que se convirtieron en escritores. Se destaca por ser el único de la investigación a abordar la prisión en el imaginario de la sociedad brasilera del imperio (e inicio de la República).

Por su parte, Chazkel en su primer estudio (2009), enfocándose en las décadas inmediatamente posteriores a la abolición final de la esclavitud, en 1888, y del fin del Imperio (1822-1889), encuentra que la Casa de Detenção en la capital de Brasil – y por extensión, el sistema penal a gran escala – jugó un importante rol en generar y perpetuar la lógica ilegal del sistema legal, tanto por parte del Estado como de sus ciudadanos. Ya en el segundo Chazkel (2011) explora la riqueza de los datos empíricos ofrecidos por los registros de entrada de la CDRJ. Concluye que examinar este tipo de documento a lo largo del tiempo muestra como el "record keeping" en sí cambió, y como este cambio suministra a los investigadores una excelente comprensión del funcionamiento de las sociedades latinoamericanas modernas. Cabe remarcar que este último artículo es el único de esta investigación que se centra en discutir una fuente primaria de investigación.

En cuanto a Marilene Rosa Nogueira da Silva, su trabajo (2015) analiza la utilización pionera en Brasil de la fotografía como instrumento de identificación criminal. Encuentra que, bajo la coordinación de Luis Vianna de Almeida Valle, médico que dirigió la institución entre 1868 y 1876, la CCRJ experimentó identificar presos a través de la fotografía. Adicionalmente, que este experimento estaba articulado a un proyecto de clasificación antropológica de las fichas médico-psicológicas con informaciones sobre la personalidad y herencia de los reclusos. Este estudio además de ser el único que se centra en el uso penal de la fotografía, es el único de la investigación que presenta fotografías de algunos reclusos y reclusas.

55. En esta línea ver, por ejemplo, Koerner (2001).

Martine (2016) describe en el primer estudio la construcción de la CCRJ, entre 1830 y 1906. La autora examina por qué más de 50 años tras su inauguración en 1850 la penitenciaría era percibida como un experimento en reforma penal liberal fallido por estadistas brasileros. La autora concluye que las críticas a la penitenciaría respecto a su arquitectura defectuosa y a la falta de vigilancia estaban relacionadas con el hecho de que la CCRJ fue construida, en gran parte, en base al trabajo esclavo no calificado, puesto que la prisión incorporó, muy temprano, los esclavos como población carcelaria[56] para facilitar el control de la población esclava urbana de la ciudad.

En el segundo (2019a) Martine examina la utilización entre 1834 y 1850 de un heterogéneo grupo de trabajadores (eslavos, "africanos libres"[57], convictos y trabajadores no libres) en la construcción de la primera penitenciaría de América Latina; la interacción entre ellos, y la intervención del gobierno entre 1848 y 1850 para restringir el trabajo esclavo en la prisión en pro de trabajadores libres asalariados. Concluye que la abolición de la trata de esclavos en 1850 y la subsiguiente inauguración de la penitenciaría auguró cambios profundos en el panorama laboral de Rio, al pasar de una fuerza de trabajo predominantemente no libre, a una masa de trabajadores libres.

Por otra parte, en su tercer estudio, Martine (2019b) examina opiniones abolicionistas sobre el encarcelamiento rutinario como solución al problema de la vagancia y medio de vigilar a los pobres en Rio del siglo diecinueve. La autora se centra en la cobertura de la prensa del motín de 1883 de la CDRJ, una prisión para los acusados, que custodiaba tanto presos esclavizados como libres desde su inauguración en 1856. Analizando la composición social de la población reclusa de la CDRJ, la autora encuentra que la prisión sirvió como un microcosmo intensificado de las dinámicas societarias y se volvió un sitio crucial a través del cual los abolicionistas tejían sus argumentos sobre la esclavitud y la libertad.

56. El uso de esclavos en la construcción de la CCRJ era una extensión de una práctica imperial tradicional que consistía en forzar personas no libres a realizar trabajos públicos en la ciudad de Rio (Martine, 2019).

57. El término "africanos libres" se refiere a las aproximadamente 11.000 personas africanas libertadas de la esclavitud por la comisión mixta anglo-portuguesa, y después anglo-brasilera, entre 1817 y 1845. La ley de 7 de noviembre de 1831, incluso, declaró libres todos los africanos capturados a bordo de barcos negreros dirigidos al Brasil. En la práctica, no obstante, los "africanos libres" vivían en los intersticios entre la esclavitud y la libertad que el abolicionismo británico liberó en el mundo atlántico. De hecho los "africanos libres" solo conquistaban la "libertad completa" tras completar 14 años como aprendiz bajo la tutela del Estado brasileño (Martine, 2016).

Se constata pues, que la mayoría de las investigaciones de esta provincia (así como los ya mencionados estudios sobre Pernambuco y Bahia) se centran en las cárceles modernas de la capital, a saber, la CCRJ o la CDRJ (8/12). Foucault surge aquí también como la referencia teórica más usada. Además, en estos estudios (al igual que los relativos a Pernambuco y Bahia) el sistema penitenciario no es discutido en el contexto del sistema de justicia criminal. Debido a esto y a las limitaciones que implica un análisis aislado e individual de las cárceles, nos interesa, aquí, remarcar fragmentos de algunos estudios sobre Rio que mencionan, aunque brevemente, otros agentes del sistema penal y su relación con él.

Según Holloway (2009), aunque el Código Criminal de 1830 y el Código de Proceso Criminal de 1832 representaban importantes pasos hacia la formación de un Estado moderno, el destino de los individuos que cayeron en las manos del sistema policial y judiciario en la primera mitad del siglo XIX cambió poco, en comparación con sus condiciones anteriores: el tratamiento ofrecido a las personas libres era la paliza en la calle o en el puesto de policía, seguido por un proceso sumario, en general presidido por la autoridad del mismo sistema policial que realizó la detención. No había una figura pública u oficialmente neutra en el proceso judicial y para los delitos menores, a menudo siquiera había registro del caso. Ya los esclavos recibían centenas de latigazos, tanto por orden de sus dueños como de las autoridades policiales y judiciarias.

A su turno, para Chazkel (2009) la población reclusa de la CDRJ era un reflejo de la forma que la policía actuaba fuera de la ley, aunque frecuentemente siguiendo un patrón previsible. Menciona como una violación cristalina de los más básicos principios de la jurisprudencia criminal, los arrestos realizados por la policía por "ser" algo, en vez de haber cometido un delito. Durante el periodo que su artículo cubre fueron, por ejemplo, encontrados en el registro de entrada de la CDRJ muchos casos que indicaban como motivo del ingreso de los individuos el "ser un conocido ratero", "ser un apostador", "ser un vago" (2009, p. 715). Si bien los jueces absolvían muchos de estos casos, ya que en la jurisprudencia criminal hacía falta la consumación de un acto para la constitución de los delitos menores, los reos que no podían pagar la fianza pasaban un periodo de algunos días o semanas encarcelados en la CDRJ (2009). Chazkel afirma que no costaba mucho ser arrojado en la CDRJ, y que, por la naturaleza irregular de muchas detenciones, detenidos (a menudo mantenidos en la CDRJ por largos periodo) eran frecuentemente absueltos o liberados sin cualquier acusación formal (2011).

Por último, según Chalhoub (2011), Eusébio de Queiroz, un influyente y bien conectado miembro del Partido Conservador con la élite del café, implementó una política que llevo al encarcelamiento rutinario en el Calabouço de

personas negras libres sospechosas de ser esclavos fugitivos, lo que apunta para la precariedad de la libertad de este sector de la población (Martine, 2019a).

3.7. La Provincia de São Paulo

El único artículo de la investigación sobre la provincia de São Paulo es el de Ricardo Alexandre Ferreira (2009), en el cual compara la criminalidad de los libres con las de los esclavos, y la situación de los libres encarcelados con la de los esclavos encarcelados en el Brasil decimonónico, concibiendo legislación, delito y punición como elementos indisociables, a partir de la interpretación de informes emitidos por el presidente provincial de São Paulo, de oficios administrativos, de autos de crímenes y de obras jurídicas producidas, principalmente, entre 1830 y 1888. Este artículo se destaca por ser uno de los únicos que discute, aunque brevemente y sin centrarse en el tema, el sistema penitenciario a nivel provincial.

El autor (Ferreira, 2009) cita el informe de 1865 del entonces presidente provincial, que aborda la situación de las 36 cárceles y 26 casas de prisión[58] de toda la provincia. El informe empieza por la Cadeia da Capital (CCSP), la mejor de las cárceles de la provincia, aunque sobrepoblada. Esta cárcel además compartía una característica con otras instituciones carcelarias capitales, como la penitenciaría de Bahia (Trindade, 2011) y la Cadeia de Fortaleza (Pimentel Filho et al., 2009): recibía presos de diversas comarcas de la provincia (Ferreira, 2009). Otra característica que diferenciaba esta cárcel era que en ella había la mayor convivencia entre libres, libertos y esclavos. Además de la CCSP, el informe menciona la Casa de Correção de São Paulo, el Calabouço, y una serie de cárceles de estructura precaria, y, a veces, improvisadas en casas alquiladas, en el interior de la provincia (Ferreira, 2009).

3.8. La Provincia de Paraná

En la única investigación sobre la provincia de Paraná, Clóvis Gruner (2016) acompaña parte del proceso de modernización del ordenamiento jurídico brasileño durante el Segundo Reinado a partir, principalmente, de la institución y repercusión del Código Criminal del Imperio de 1830, y especialmente en lo que se refiere a la cuestión penitenciaria. Particularmente, el autor investiga el intento

58. El autor no diferencia las cárceles de las casas de prisión. Con todo, quizás la distinción la encontremos en Cesar (2012) cuando afirma que el uso de casas particulares como cárceles era bastante común cuando no se poseía medios suficientes para construir nuevas prisiones.

de creación en la Provincia del Paraná, de su primera penitenciaría, un emprendimiento entendido como parte de una política más amplia de contención de la criminalidad. Sostiene que, en los discursos de las autoridades provinciales del periodo, el problema de la violencia criminal se mezclaba con las cuestiones principalmente inmigratorias en una provincia recién emancipada y que daba sus primeras señales de crecimiento. Encuentra el autor que el proyecto de construcción de una penitenciaría en la provincia, basado en la defensa de un nuevo proyecto penitenciario, fracasó, durante el Imperio, básicamente por dificultades financieras.

3.9. La Provincia de São Pedro do Rio Grande do Sul

Respecto de la provincia de Rio Grande do Sul, fueron hallados tres investigaciones: una de Paulo Roberto Staudt Moreira y Caiuá Cardoso Al-Alam (2009) y dos de Tiago da Silva Cesar (2011, 2015). La de Moreira y Al-Alam (2009) analiza el proceso de estructuración de esquemas de control social en las municipalidades de Pelotas y Porto Alegre, visualizando tácticas públicas de control del espacio urbano en la implantación de un, aunque débil, sistema normativo, de lo cual eran parte los sistemas carcelarios y la organización policial. Es uno de los pocos estudios que discute otro órgano del sistema justicia criminal de la época además del sistema carcelario.

A su vez, en su primer estudio Cesar (2012) analizó la red carcelaria en la provincia de Rio Grande do Sul en la mitad del siglo diecinueve, y la reforma penitenciaria en esta red. Ya en su segundo estudio (Cesar, 2015) discutió el cambio en las sensibilidades penales respecto de los cuidados médico-sanitarios dispensados a los presos de la Casa de Correção de Porto Alegre (CCPA) entre 1855 y 1888. En este estudio el autor abordó tanto cómo la reforma penitenciaria irrumpió con una nueva concepción punitiva que entrañaba, desde sus fundamentos, una sensibilización acerca del tratamiento de los reclusos, como investigó cómo este proceso de sensibilización social dependía de la absorción de conceptos como "humanidad" y "civilización" por parte de las clases gobernantes y letradas.

El primer estudio de Cesar (2012), se distingue por dos motivos. Primero por la discusión que hace sobre la historiografía de las cárceles en Brasil. Argumenta el autor que la manifiesta influencia de Foucault sobre la historiografía de las prisiones quizás explique una tendencia historiográfica hacia una historia de las prisiones en que los historiadores se volvieron presos del panóptico.[59]

59. Bravo (2004) utilizó las expresiones "preso del panóptico" o "presos de la ilusión del panoptismo" para referirse a la limitación que supone tomar como único referente el modo y la periodización establecida por Foucault (Cesar, 2012).

Según Cesar, el énfasis dedicado al dispositivo panóptico acabó por condicionar la atención a las cárceles modelo o centrales, en detrimento de las pequeñas instituciones de detención. Ilustra esto con el caso de los dos volúmenes del libro "História das prisões no Brasil" (Maia et al., 2009), en los cuales, de los diecisiete trabajos, apenas dos[60] discuten más detenidamente el estado de otras cárceles municipales o comarcales.

El estudio de Cesar (2012) también se destaca por buscar ocupar el hueco que diagnosticó y, así, ser una de las únicas lecturas de esta revisión que discute la red carcelaria a nivel provincial. El cuadro que pinta el autor se aproxima bastante del discutido por Ferreira (2009) y Pimentel Filho et al. (2009) por lo que toca a las cárceles del interior: estructuras pequeñas, frecuentemente improvisadas en casas particulares u otros edificios nos carcelarios, e inseguras (Cesar, 2012).

Por último, subráyese que de los tres estudios mencionados apenas el primer de Cesar (2012) discute la CCPOA, al contrario de la tendencia observada en los casos de los estudios de las provincias de Pernambuco, Bahia y Rio de Janeiro en que la mayoría de los trabajos se centraban en las prisiones modernas de las capitales.

4. Conclusión

En esta revisión algunas tendencias se volvieron claras. Primeramente, a nivel teórico percibimos el predominio de Foucault como referencia. Aunque para distinguirse de ella o incluso rechazarla, la referencia a Foucault es casi unánime. No obstante, otros autores importantes en el ámbito de la criminología también son referenciados, como Goffman, Rusche y Kirchheimer, Sykes, y Melossi y Pavarini.

En segundo lugar, de las veinte provincias del Imperio (Beattie, 1999), solo fueron encontrados estudios sobre siete. La gran mayoría de estos (31/39) se concentran en regiones que, conforme Beattie (1999) construyeron nuevas prisiones panópticas, en parcial conformidad con los requisitos del Código Penal de 1830. Estas regiones fueron: las provincias de São Paulo (1), Bahia (6), Rio Grande do Sul (3), Pernambuco (9) y la ciudad de Rio de Janeiro (12). Además, si bien no todos estos 31 estudios se centraron en las penitenciarías o nuevas prisiones "modernas" de las capitales, de la segunda mitad del siglo[61] se encontró que la mayoría

60. Según Cesar (2011) estos serían: Ferreira (2009) y Pimentel et al. (2009).

61. Como es el caso de la CDRJ.

de estos (22/31) sí lo hicieron. Esto significa que la mayoría de los estudios de forma general también abordaron estas "modernas" instituciones (22/39).

Los dos primeros patrones identificados, sugieren tanto una mayor dificultad relativa en acceder a datos que dicen respecto a las cárceles premodernas del interior, debido a una limitación de las fuentes primarias encontradas, como que el diagnóstico de Cesar (2011) sobre la historiografía de las prisiones continúa actual. Es decir, la influencia predominante de la perspectiva foucaultiana sobre los estudios acerca de las prisiones en el siglo diecinueve en Brasil parece ser determinante no solo en el uso de conceptos específicos[62], sino también en la propia escoja del objeto de investigación (las penitenciarías y prisiones modernas). Adicionalmente como estas prisiones solían estar en las capitales, las experiencias carcelarias en otras regiones acaban, a menudo, excluidas.

Este duplo vacío (respecto a las cárceles tradicionales y a las regiones no capitales) acarrea un importante problema. Conforme mencionado en el análisis previo, además de las penitenciarías del imperio ser una excepción en una red de cárceles premodernas, tanto las penitenciarías como algunas cárceles capitales tenían una estructura, capacidad, seguridad y condiciones de higiene significativamente diferentes de las demás cárceles. De esta manera, la escasez de estudios sobre las cárceles tradicionales de las provincias, en particular las del interior, tiene como consecuencia un cuadro no apenas incompleto, sino extremamente parcial de la realidad de la gran mayoría de las cárceles, así como de parte expresiva de los presos.

En tercer lugar, solo tres estudios discuten el sistema penitenciario como conjunto a nivel provincial y apenas cinco lo examinan a nivel municipal, mientras la mayoría se centra en una única institución. Adicionalmente, a excepción de los trabajos de Beattie (1999), Koerner (2011) y Aguirre (2009) ninguna de las investigaciones analiza el sistema penitenciario a nivel nacional, y salvo este último ningún discute el sistema penitenciario nacional en el contexto latinoamericano.

Este vació implica una seria limitación en términos de un conocimiento nacional y comparado del desarrollo de las prisiones en Brasil, puesto que una visión fragmentada de la realidad carcelaria ofusca tendencias que un análisis más macro, como el de Aguirre (2009) o el de Beattie (1999) ilumina.

62. A ejemplo de técnicas disciplinarias y adiestramiento social (Maia, 2009); circulo vicioso de ineficiencia y reincidencia (Albuquerque Neto, 2017); economía de los castigos y sociedad disciplinaria (Koerner, 2001), etc.

Finalmente, solo el ensayo de Beattie (1999) se centra en la interconexión y en el alcance de diferentes instituciones públicas disciplinarias en diferentes regiones brasileras y las estrategias que ellas persiguen.

Este último vació, por un lado, nos impide tener una visión más completa del funcionamiento da la prisión. De hecho para comprender la prisión hace falta saber no solo qué pasa dentro de ella, pero también comprender, por ejemplo, cómo se entra en ella, en función de qué criterios de va a una prisión u otra, cómo es el ingreso, cómo se da el contacto del preso con el exterior y cómo se finaliza la condena. Para entender estas cuestiones es fundamental mirar más allá de la prisión y examinar la dinámica de y las relaciones entre los diferentes agentes del sistema de justicia criminal. Por otro lado, esta laguna nos dificulta comprender la importancia o falta de importancia relativa de la prisión dentro de los esquemas punitivos implementados, ya que para estimar esta importancia hay que conocer las demás instituciones de control social (estatales o no) existentes en el contexto investigado.

Así las cosas, proponemos como línea futura de investigación estudios a) que discutan las prisiones (a nivel municipal, provincial y nacional) como parte del sistema carcelario; b) que aborden las prisiones (a nivel municipal, provincial y nacional) como parte del sistema de justicia criminal; c) que examinen como el desarrollo de las instituciones del sistema de justicia criminal influencia las demás instituciones del propio sistema; d) que analicen las instituciones carcelarias en el contexto de los esquemas punitivos implementados en general[63]; y, por último, e) que contrasten la realidad carcelaria nacional con la de otros países latinoamericanos.

5. LISTA DE REFERENCIAS

Agu[illegible], C. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. En Maia, Clarisa N. et al. (Ed). *História das prisões no Brasil. Vol.1* (pp. 35-77). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Albuquerque Neto, F. S. C. de. Da cadeia à casa de detenção: a reforma prisional no Recife em meados do século XIX. En Maia, C. N. et al. (ed). *História das Prisões no Brasil. Vol.2* (pp. 75-109.). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Albuquerque Neto, F. S. C. de. Prisões e o trabalho forçado no Brasil na segunda metade do século XIX. *Passagens*, *9*(1), 40-57, 2017. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5827627.pdf>. Acceso en: 21 set. 2020.

63. Es decir, más allá del sistema de justicia criminal, como, por ejemplo, la esclavización (legal o no) de personas negras.

Albuquerque Neto, F. S. C. de. Punir, corrigir, lucrar: o trabalho penal na casa de detenção do Recife na segunda metade do século XIX – experiências e repercussões. *Revista História & perspectivas, 26*(49), 239-266, 2013. Disponible en: <http://www.seer.ufu.br/index.php/historiaperspectivas/article/view/24986/13843>. Acceso en: 21 set. 2020.

Araújo, C. A. M. Entre dois cativeiros: escravidão urbana e sistema prisional no Rio de Janeiro 1790-1821. En Maia, Clarisa N. et al. (Ed). *História das prisões no Brasil. Vol.1* (pp. 216-252). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Beattie, P. M. "Born under the cruel rigor of captivity, the supplicant left it unexpectedly by comitting a crime": categorizing and punishing slave convicts in Brazil, 1830-1897. *The Americas, 66*(1), 11-55, 2009. https://doi.org/10.1353/tam.0.0143.

Beattie, P. M. Conscription versus penal servitude: army reform's influence on the Brazilian state's management of social control, 1870-1930. *Journal of social history, 32*(4), 847-878, 1999. https://doi.org/10.1353/jsh/32.4.847.

Beattie, Peter M. The Jealous Institution: Male Nubility, Conjugality, Sexuality, and Discipline on the Social Margins of Imperial Brazil. *Comparative studies in society and history. 53*(1), 180-209, 2011. https://doi.org/10.1017/S0010417510000678.

Bretas, M. L. O que os olhos não veem: histórias das prisões no Rio de Janeiro. En Maia, C. N. et al. (ed). *História das Prisões no Brasil. Vol.2* (pp. 185-213). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Britto, A. M. "Edificante e temerário": dimensões e ambiguidades do trabalho prisional no Recife oitocentista. *Aedos, 7*(17), 83-98, 2015. Disponible en: <https://seer.ufrgs.br/aedos/article/download/58548/36106>. Acceso en: 21 de set. 2020.

Britto, A. M. Vivências de "grades afora": rotinas e experiências disruptivas do trabalho prisional no Recife oitocentista. *Mundos do trabalho, 11*, 1-27, 2019. https://doi.org/10.5007/1984-9222.2019.e66370.

Cesar, T. S. A (in)salubridade do cárcere e outras causas mortis na Casa de Correção de Porto Alegre, 1855-1888. *História, Ciências, Saúde-Manguinhos*, *22*(3), 829-848, 2015. http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702015000300010.

Cesar, T. S. A ilusão panóptica: encarcerar e punir nas imperiais cadeias da província de São Pedro. *Encontro Estadual de História, 11*, 1112-1127, 2012. Disponible en: <http://www.eeh2012.anpuh-rs.org.br/resources/anais/18/1346375515_ARQUIVO_AilusaopanopticaANPUH.pdf>. Acceso en: 21 de set. 2020.

Chazkel, A. Research notes from the underworld: the entry logs from the Rio de Janeiro Casa de Detenção, 1860-1969. *Latin American Research Review*, *46*(2), 181-199, 2011. Disponible en: <www.jstor.org/stable/41261462>. Acceso en: 21 de set. 2020.

Chazkel, A. Social Life and Civic Education in the Rio de Janeiro City Jail. *Journal of Social History, 42*(3), 697-731, 2009. https://doi.org/10.1353/jsh/42.3.697.

Costa, M. P. P. Fernando e o mundo – o presídio de Fernando de Noronha no século XIX. En Maia, Clarisa N. et al. (Ed). *História das prisões no Brasil. Vol.1* (pp. 135-167). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Ferreira, R. A. O tronco na enxovia: escravos e livres nas prisões paulistas dos oitocentos. En Maia, Clarisa N. et al. (Ed). *História das prisões no Brasil. Vol.1* (pp. 179-215). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Fonseca, P. S. A presiganga real (1808-1831): trabalho forçado e punição corporal na Marinha. En Maia, Clarisa N. et al. (Ed). *História das prisões no Brasil. Vol.1* (pp. 109-134). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Franz, Z. Stature in nineteenth-century Rio de Janeiro: preliminary evidence from prison records. *Journal of Iberian and Latin American Economic History, 24*(3), 465-489, 2006. https://doi.org/10.1017/S0212610900000604.

Garland, D. *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*. Madrid: Siglo XXI, 1990.

Goffman, E. *Asylums: essays on the social situation of mental patients and other inmantes*. New York: Anchor Books, 1961.

Gruner, C. Un edificio diseñado para castigar: la utopía penitenciaria en Paraná, Brasil, siglo XIX. *Anuario colombiano de historia social y de la cultura, 43*(1), 235-261, 2016. https://doi.org/10.15446/achsc.v43n1.55070.

Hirschi, T. Una teoría del control de la delincuencia. *Capítulo criminológico 31* (4), octubre-diciembre, pp. 5-31, 2003.

Holloway, T. H. O Calabouço e o Aljube do Rio de Janeiro do século XIX. En Maia, C. N. et al. (Ed). *História das prisões no Brasil. Vol.1* (pp. 253-281). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Koerner, A. O impossível panóptico tropical-escravista": práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX. *Revista brasileira de ciências criminais, 35*, jul/set, 211-224, 2001. Disponible en: <https://carceropolis.org.br/static/media/publicacoes/O_imposs%C3%ADvel_panoptico_tropical_escravista_no_Brasil_do_s%C3%A9culo_XIX_Koerner_2001.pdf>. Acceso en: 21 de set. 2020.

Laub J. H. y Sampson, R. J. *Shared beginning, divergent lives: delinquent boys to age 70*. Harvard University Press, 2003.

Maia, C. N. A casa de detenção do Recife: controle e conflitos (1855-1915). En Maia, C. N. et al. (ed). *História das Prisões no Brasil. Vol.2* (pp. 111-153.). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Maia, C. N. Quando a liberdade não é um bem que pertence a todos: a condição de vida dos escravos na Casa de Detenção do Recife. *Clio: Revista de pesquisa*

histórica, 17, 19-27, 1998. Disponible en: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaclio/article/download/24792/20064>. Acceso en: 21 de set. 2020.

Maia, C. N y Albuquerque Neto, F. S. C. de. Para além do regulamentado: rotinas, rupturas e problemas no funcionamento da Casa de Detenção do Recife. *Clio: Revista de pesquisa histórica, 2*(27), 286-304, 2009. Disponible en: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/revistaclio/article/download/24155/19596>. Acceso en: 21 de set. 2020.

Maia, C. N. y Albuquerque Neto, F. S. C. de. O trabalho prisional na Casa de Detenção do Recife no século XIX. *Passagens*, *3*(2), 187-202, 2011. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4025327.pdf>. Acceso en: 21 de set. 2020.

Martine, J. "A storehouse of prisoners": Rio de Janeiro's Correction House (Casa de correção) and the birth of the penitentiary in Brazil, 1830-1906. *Atlantic studies: Global Currents, 14*(2), 216-242, 2016. https://doi.org/10.1080/14788810.2016.1240915.

Martine, J. Liberated Africans, slaves, and convict labor in the construction of Rio de Janeiro's Casa de Correção: Atlantic labor regimes and confinement in Brazil's port city. *International Review of Social History, 64*(S27), 173-204, 2019. https://doi.org/10.1017/S0020859019000105.

Martine, J. "Worthy of freedom": Abolitionist discourse on slavery, freedom, and imprisonment in late nineteenth-century Brazil. *Journal of social history, 52*(3), 677-704, 2019b. https://doi.org/10.1093/jsh/shx115.

Moreira, P. R. S. y Al-alam, C. C. Infernais sepulcros provisórios: projetos carcerários e sistemas normativos no século XIX no Rio Grande do Sul. En Maia, C. N. et al. (ed). *História das Prisões no Brasil. Vol. 2* (pp. 47-74.). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Nunes, L. A. da S. *Relatório com que o excellentíssimo senhor presidente, dr. Luiz Antonio da Silva Nunes, abrio a Asembléa Legislativa Provincial da Bahia no dia 1o de maio de 1876* [Microfilme]. Disponible en: <http://ddsnext.crl.edu/titles/165#?c=0&m=65&s=0&cv=20&r=0&xywh=-78%2C823%2C2113%2C1490>. Acceso en: 21 de set. 2020.

Pimentel Filho, J. E., Mariz, S. F. y Fonteles Neto, F. L. Cárceres, cadeias e o nascimento da prisão no Ceará. En Maia, C. N. et al. (ed). *História das Prisões no Brasil. Vol.2* (pp. 155-184.). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Sant'Anna, M. A. Trabalho e conflitos na casa de correção do Rio de Janeiro. En Maia, Clarisa N. et al. (Ed). *História das prisões no Brasil. Vol.1* (pp. 283-309). Rio de Janeiro, Brasil: Rocco, 2009.

Silva, M. R. N. da. Em foco a galeria dos condenados: diferentes modos de ver. *L'Ordinaire des Amériques, 219,* 1-18, 2015. https://doi.org/10.4000/orda.2266.

Trindade, C. M. A implantação do trabalho prisional na penitenciária da Bahia (1833-1865). En Coelho, M. T. A. D.; Carvalho Filho, M. J. de. (Org.). *Prisões numa abordagem interdisciplinar* (pp. 15-30). Salvador: EDUFBA, 2012.

Trindade, C. M. A reforma prisional na Bahia oitocentista. *Revista de História, 158*, 157-198, 2008. https://doi.org/10.11606/issn.2316-9141.v0i158p157-198.

Trindade, C. M. Doenças, alimentação e resistência na penitenciária da Bahia, 1860-1865. *História, Ciências, Saúde – Manguinhos*, *8*(4) 1073-1093, 2011b. https://doi.org/10.1590/S0104-59702011000400007.

Trindade, Claudia Moraes. Notas sobre o aprisionamento na Bahia. História: *Questões & Debates, 64*(1), 135–178, 2016. http://dx.doi.org/10.5380/his.v64i1.47678.

Trindade, C. M. O nascimento de uma penitenciária: os primeiros presos da casa de prisão com trabalho na Bahia. *Tempo*, *16*(30), 167-196, 2011a. https://doi.org/10.1590/S1413-77042011000100008.

Trindade, C. M. Para além da ordem: o cotidiano prisional da Bahia oitocentista a partir da correspondência dos presos. *História*, *28*(2), 377-420, 2009. https://doi.org/10.1590/S0101-90742009000200013.

Zaffaroni, E. R. y Batista, N. *Direito penal brasileiro: primeiro volume - teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica, de Luiz Phelipe dal Santo – *RBCCrim* 151/291-315 (DTR\2018\22758);
- Desigualdade e encarceramento no Brasil no início do século XX, de Rafael Folador Strano – *RBCCrim* 176/233-254 (DTR\2021\361); e
- La pena y su ejecución: la integración del derecho penitenciario en el sistema penal, de Ricardo M. Mata y Martin Ricardo M. Mata y Martin *RBCCrim* 145/367-394 (DTR\2018\17975).

Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal

Risk factors for femicide in the Federal District of Brazil

Thiago Pierobom de Ávila

Pós-Doutor em Criminologia, Universidade Monash, Melbourne, Austrália (2017). Doutor em Ciências Jurídico-Criminais, Universidade de Lisboa, Portugal (2015). Professor-Associado do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, DF, Brasil. Professor da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT. Investigador Integrado do Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Universidade de Lisboa, Portugal. *Research Fellow* do Monash Gender and Family Violence Prevention Centre, Melbourne, Austrália. Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, Brasil. Financiamento desta pesquisa: Escola Superior do Ministério Público da União – ESMPU.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0140889347238140].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-8163-5806].
thiago.pierobom@hotmail.com

Marcela Novais Medeiros

Doutora em Psicologia Clínica e Cultura pela Universidade de Brasília (2015). Membro do Núcleo de Estudos de Gênero e Psicologia Clínica – NEGENPSIC da Universidade de Brasília. Psicóloga do CEPAV – Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2357325410914884].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-0356-6419].
marcelanovaismedeiros@yahoo.com.br

Cátia Betânia Chagas

Mestre em Política Social pela Universidade de Brasília (2002), Especialidade Serviço Social Analista do Ministério Público da União.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9647270807159777].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0754-5778].
catia.chagas@icloud.com

Elaine Novaes Vieira

Mestre em Psicologia pela Universidade Federal do Espírito Santo (2008), Especialidade Psicologia. Analista do Ministério Público da União.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/7968129886191726].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-9854-6348].
elaine.vieira@mpdft.mp.br

Recebido em: 19.10.2020
Aprovado em: 19.03.2021
Última versão dos autores: 25.03.2021

Ávila, Thiago Pierobom de; Medeiros, Marcela Novais; Chagas, Cátia Betânia; Vieira, Elaine Novaes.
Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 180. ano 29. p. 297-328. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo apresenta resultados de pesquisa com método quantitativo e qualitativo, com o objetivo de realizar análise retrospectiva de fatores de risco presentes nos 34 feminicídios consumados, em contexto de violência doméstica e familiar, no Distrito Federal, durante os anos de 2016 e 2017. Foram utilizadas fontes documentais (processos judiciais e prontuários de saúde) e realizadas entrevistas com familiares das vítimas. Aplicou-se questionário com 23 itens de fatores de risco, dados sociodemográficos e dados processuais, seguidos de análise estatística multivariada. Os resultados evidenciaram que em 80% dos casos esteve presente seis ou mais fatores de risco. Em todos os casos foi verificado algum tipo de episódio de violência prévia, física ou psicológica. Em 80% dos casos houve comportamentos de ciúme excessivo, controle ou perseguição. Agressões físicas leves, separação efetiva ou pendente e ameaça de matar foram fatores de risco que ocorreram em pelo menos 60% dos casos. Ameaças com uso de arma branca ou de fogo ocorreram em 11,8% e 8,8% dos casos. Nenhuma vítima foi agredida com arma de fogo antes do feminicídio; 5,9% foram agredidas com faca. Conclui-se quanto à relevância de instrumentais de avaliação de risco para as políticas públicas de prevenção.

Palavras-chave: Fatores de risco – Feminicídio – Avaliação de risco – Violência doméstica contra mulher – Análise retrospectiva.

Abstract: This study presents the results of a research with a quantitative and qualitative methods. It aims to do a retrospective analysis of risk factors in the 34 cases of femicide in context of domestic violence, in the Federal District, Brazil, between 2016 and 2017. There were documental sources (judicial and health files) and interviews with victim's relatives. It applied a questionnaire with 23 risk factors, sociodemographic data and procedural information, with statistic multivariate analysis. All 34 cases had a previous history of violence, physical and/or psychological. The results show that in 80% of cases at least six risk factors were evident. Behavior of excessive jealously, control or stalking were present in 80% of cases. In at least 60% of cases there were non-serious physical aggression, separations de facto or imminent and threats to kill. There were threats with white or fire weapons in 11.8% and 8.8% of cases. None of the victims had been previously injured with fire weapon and 5.9% were injured with knife. It concludes on the ultimate importance of risk assessment to inform prevention policies.

Keywords: Risk factors – Femicide – Risk assessment – Domestic violence against women – Retrospective analysis.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Resultados: visão geral dos fatores de risco presentes em análise retrospectiva dos feminicídios. 4. Discussão sobre os fatores de risco identificados. 4.1. História de violência e escalonamento. 4.2. Separação e novo relacionamento amoroso. 4.3. Histórico de violências e seu uso para a resolução de conflitos. 4.4. Transtorno mental, ideação suicida e uso abusivo de álcool e outras drogas. 4.5. Diferença de idade. 4.6. Condição socioeconômica. 4.7. Raça/cor. 4.8. Características da relação: situação conjugal e presença de crianças. 4.9. Isolamento social e outras vulnerabilidades. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas. Legislação.

Ávila, Thiago Pierobom de; Medeiros, Marcela Novais; Chagas, Cátia Betânia; Vieira, Elaine Novaes.
Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 180. ano 29. p. 297-328. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

1. Introdução

O presente[1] artigo apresenta os resultados de pesquisa com método quantitativo e qualitativo, realizada a partir de 34 processos judiciais de feminicídio consumado em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher – VDFCM, no Distrito Federal – DF, nos anos de 2016 e 2017. Procedeu-se à análise longitudinal prospectivas de processos judiciais de feminicídios, análise longitudinal regressiva de processos judiciais anteriores de VDFCM envolvendo agressores e vítimas e de prontuários de saúde, além de entrevista semiestruturada a familiares das vítimas, com a finalidade de realizar o preenchimento de questionário relativo à presença de fatores de risco de feminicídio.

A violência doméstica contra a mulher constitui uma das principais causas de mortes violentas de mulheres no Brasil. Segundo dados do MPDFT (DISTRITO FEDERAL, 2018, p. 5), nos anos de 2016 e 2017 foram recebidos 12.837 e 13.746 inquéritos policiais, respectivamente, relativos a casos de VDFCM. A ausência de adequada intervenção preventiva nesses casos pode ensejar sua evolução ao feminicídio. Trata-se de categoria consagrada na literatura sociológica desde a década de 1970, que foi recuperada durante os anos 1990 na América Latina em razão de elevados índices de morte de mulheres relacionadas ao controle e disciplina por desafiarem os papéis de gênero (ÁVILA, 2018b, p. 182).

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS, 2013, p. 1), a violência contra a mulher é um problema de saúde global de proporções epidêmicas. Diniz (2015, p. 9-11) alerta que, no DF, no período de 2006 a 2011, 35% das mortes violentas de mulheres ocorreram em contexto de violência doméstica, além de um percentual de 17% de cifras ocultas (casos não solucionados). Em 77% dos casos de violência doméstica homicida, os autores eram maridos/companheiros ou ex-maridos/companheiros das vítimas. Esse percentual está alinhado à estimativa da OMS (2013, p. 2) de que 38% das mortes violentas de mulheres no mundo sejam resultantes de violência doméstica.

O Brasil possui elevados índices de feminicídios, com média de 4,8 mortes de mulheres para 100 mil, sendo o quinto país do mundo em maior taxa

1. *Agradecimentos:* essa pesquisa foi subsidiada pela Escola Superior do Ministério Público da União (Edital de pesquisa acadêmica 1129/2017), com o apoio logístico do Núcleo de Gênero do MPDFT e a supervisão externa do Instituto Anis. Não houve conflito de interesse a comprometer a cientificidade do trabalho. Além dos autores, integraram a equipe de pesquisa Thais Quezado Magalhães e Andrea Simoni de Zappa Passeto. Os autores agradecem às colaborações de Mariana Távora, Marcus Vinicius Teixeira Borba, René Mallet Raupp e Débora Diniz.

proporcional de mortes violentas de mulheres (WALSEFISZ, 2015, p. 12). Em 2013, o DF foi a 14ª unidade federativa com maior taxa de feminicídios, e, entre as capitais, Brasília foi a 19ª colocada no *ranking*, com a taxa de 5,6 por 100 mil (WALSEFISZ, 2015, p. 23). A morte de mulheres em razão da discriminação de gênero é uma grave violação de direitos fundamentais, que exige a construção de políticas públicas de prevenção adequadas a diminuir esses números alarmantes.

O feminicídio, enquanto categoria jurídica, foi criado no Brasil pela Lei 13.104/2015 (BRASIL, 2015), como uma qualificadora do crime de homicídio, quando praticado em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher ou mediante menosprezo ou discriminação à mulher (CP, art. 121, § 2º, inciso VI, c/c § 2º-A, incisos I e II).

Estudos indicam que a maioria dos feminicídios em contexto de VDFCM ocorrem em relacionamentos marcados por violências anteriores (CAMPBELL et al., 2009, p. 656; CASTANHO, 2013, p. 4). Trata-se de mortes que apresentam sinais preditivos e que, portanto, poderiam ser evitadas. Apesar dos esforços e avanços legislativos, institucionais e comunitários, as taxas de feminicídios associadas à violência doméstica permanecem altas, o que permite problematizar quanto às falhas no processo de proteção. Diversos países têm trabalhado com instrumentos de avaliação de risco de feminicídios ou violências físicas potencialmente letais, destinados à construção de intervenções preventivas individualizadas ao caso concreto (KROPP; HART, 2000, p. 8-9; WILLIAMS; HOUGHTON, 2004, p. 437-439; CAMPBELL et al., 2009, p. 656; HERMOSO et al., 2012, p. 1-52; NICOLLS et al., 2013, p. 76-168; MCCULLOCH et al., 2016, p. 1-152; DAWSON et al., 2017, p. 1-12; FERGUSON; MCLACHLAN, 2020, p. 1-5).

O "despertar" para a relevância da avaliação de risco no âmbito do sistema de justiça brasileiro é um fenômeno ainda recente e em fase de consolidação. Há documento da Secretaria de Políticas para as Mulheres recomendando um conjunto de 12 perguntas para avaliação clínica de situações de risco, com foco para a rede de atendimento (SOARES, 2005, p. 58-61). Estudo patrocinado pela ESMPU sinalizou a relevância dessa estratégia em países europeus (ÁVILA, 2014, passim) e, posteriormente, as "Diretrizes nacionais de investigação criminal com perspectiva de gênero" (BRASIL, 2016, p. 63) recomendaram a adoção de instrumentais de avaliação de risco como estratégia de articulação do sistema de justiça com a rede de proteção. Algumas unidades federativas, como DF, Espírito Santo e Rio Grande do Sul, possuem experiências pioneiras de questionários de avaliação de risco, utilizados como instrumentos de articulação da rede de proteção local (ÁVILA, 2018a, p. 150; GUADALUPE, 2018, p. 1-32; STREY; JARDIM, 2019,

p. 181-203). Em nível nacional, resolução conjunta dos Conselhos Nacionais do Judiciário e do Ministério Público (CNJ e CNMP) estabeleceu a utilização de um formulário nacional de avaliação de risco, a ser preenchido durante os registros policiais de VDFCM (BRASIL, 2020, passim). Essa versão unificada foi antecedida de outro modelo, então denominado FRIDA, proposto por equipe de especialistas de Portugal e Brasil ao CNMP (BRASIL, 2019, p. 1-56).

A avaliação de risco é essencial para a individualização das políticas públicas de proteção por todos os integrantes da rede de garantia de direitos, tais quais a construção de plano de segurança e a gestão dos fatores de risco do caso concreto. Essa avaliação deve ser realizada em um plano temporal de curto, médio e longo prazo. Deve-se mirar a garantia de proteção da vítima, a responsabilização do autor da agressão e a sua ressocialização caso seja possível (FERNANDES et al., 2013, p. 304). A investigação do risco deve ser executada independentemente da motivação e decisão da vítima perante o relacionamento com o autor, desejo de separação ou expectativa que ele mude o comportamento (GUERRA; GAGO, 2016, p. 45). A informação sobre o risco de a vítima ser novamente agredida, gravemente ferida ou morta facilita a tomada de consciência pela vítima sobre a violência sofrida (MEDEIROS; TAVARES; DINIZ, 2015, p. 216). É útil para subsidiar a escolha das estratégias adequadas pelos profissionais, especialmente para sinalizar quando um caso de risco elevado exige uma intervenção imediata para evitar a escalada da violência feminicida. Por outro lado, essas avaliações de risco não devem desconsiderar a necessidade de intervenções protetivas para outras formas de violência psicológica que, ainda que não tragam um risco imediato de feminicídio, possuem impactos severos na saúde das mulheres; o risco de letalidade e as necessidades para a garantia de direitos são distintos, e estas últimas também devem ser contempladas (MCCULLOCH et al., 2016, p. 88).

A compreensão e estimativa de risco de ocorrência de feminicídio em um caso concreto envolve a identificação de padrões de comportamento, características e circunstâncias que anunciam o perigo. Não existe um único perfil do autor de feminicídio no âmbito da violência doméstica. Contudo, existem características individuais do autor e da vítima que, associadas a elementos situacionais, aumentam o risco de um feminicídio (MCKENZIE et al. 2016, p. 9).

Os elementos que se repetem e precedem os casos de feminicídios são chamados de fatores de risco. Eles não causam a violência, apesar de serem importantes enquanto elementos precipitadores. A causa da violência é a discriminação de gênero contra as mulheres (MONCKTON-SMITH, 2019, p. 16; ÁVILA, 2018b, p. 188). Os fatores de risco são elementos que podem aumentar a possibilidade de vir a acontecer uma violência, especialmente quando há a manifestação de

vários fatores de risco (SANTOS, 2010, p. 53; HERMOSO et al., 2012, p. 39). É a ocorrência concomitante de fatores de risco que confere fidedignidade e validade aos processos de compreensão dos riscos (TAVARES; MEDEIROS, 2020, p. 371).

Todavia, Monckton-Smith (2019, p. 3) alerta que, embora seja relevante a quantificação de fatores para a compreensão dos riscos, grupos de fatores de risco podem ser mais preditivos em determinados casos do que sua quantidade em si; por exemplo, a combinação de comportamento controlador, violência e separação após coabitação já sinaliza extremo risco. Determinados fatores também podem sinalizar risco mesmo na ausência de muitos outros fatores de risco (KROPP et al., 1999, p. 9). Tais fatores costumam ser o uso de faca ou arma de fogo, as agressões físicas graves e ciúme excessivo (NICOLLS, et al., 2013, p. 119), e o histórico de violência física (CAMPBELL et al., 2003, p. 1091).

O estudo de indicadores de risco de feminicídios deve levar em consideração que esse fenômeno tem especificidades em relação a outras violências contra mulheres, por isso a necessidade de investigações específicas com foco nesse tema (ALMEIDA, 2012, p. 66; CAMPBELL et al., 2003, p. 1089-1097; CAMPBELL et al., 2009, p. 670; MCCULLOCH et al., 2016, p. 33-35). A necessidade de controle é motivação central nos casos de VDFCM enquanto a perda de controle do relacionamento ou ameaça dessa perda é motivação para as violências letais (MONCKTON-SMITH, 2019, p. 5). A intenção de matar e a mudança de projeto de tentativa de controle para projeto de destruição em virtude de ameaça ou perda do controle devem ser demarcadas na dinâmica de risco de feminicídio (FERGUSON; MCLACHLAN, 2020, p. 4).

Apesar de haver sugestões de elementos de risco que se repetem em diferentes países, a identificação dos riscos deve ser sensível às nuances dos diversos contextos locais. O uso de instrumentos de identificação de risco construídos em contextos culturais diversos dos quais foram construídos pode ser problemático, uma vez que as especificidades locais podem não ser contempladas. O que é risco em uma cultura, não necessariamente é risco em outra. Negar variáveis estruturais, como o contexto sociocultural no qual as mulheres estão inseridas, é uma falha comum em processos de identificação de risco (WALKLATE, 2018, p. 6).

Nessa perspectiva, é importante olhar para as especificidades dos fatores de risco no Brasil e das especificidades regionais. Por exemplo, estudos nacionais indicam uma hiper-representação de mulheres negras entre as vítimas de feminicídio, o que significa um risco mais elevado derivado da intersecção entre gênero e raça (DINIZ, 2015, p. 11; WALSEFISZ, 2015, p. 33).

Apesar da existência de diversos estudos internacionais sobre a existência de fatores de risco para a ocorrência de violência grave ou letal em contexto de

violência doméstica contra a mulher (v. MEDEIROS, 2015, p. 26-50), ainda não há pesquisas específicas no contexto nacional sobre tais fatores de risco em feminicídios consumados. Portanto, o presente estudo contribui em suprir uma lacuna na pesquisa nacional.

O artigo apresentará inicialmente a metodologia da pesquisa sobre a presença de fatores de risco nos casos de feminicídios objeto da análise. Em seguida, serão apresentados os resultados da pesquisa. Finalmente, serão discutidos aspectos específicos dos fatores de risco identificados.

2. Metodologia

O recorte temporal e institucional da pesquisa refere-se aos casos de feminicídios consumados em contexto de VDFCM ocorridos no DF nos anos de 2016 e 2017. O acesso a referido universo de pesquisa foi viabilizado por meio de pesquisa nos registros de ocorrências policiais da Polícia Civil do DF (Sistema Millenium), cruzada com as informações constantes do sistema de informática do Ministério Público (Sistema SisproWeb), relativa aos processos judiciais com a incidência penal de feminicídio consumado (Código Penal, art. 121, § 2º, inciso VI), praticados nos anos referidos. Foram localizados 44 casos[2].

Após análise inicial, dez casos foram descartados, por não se tratar de feminicídios em contexto de VDFCM[3]. Além desses 34 processos de feminicídio,

2. Os sistemas informaram, inicialmente, em junho de 2018, a existência de 40 casos. Ao final da análise desses casos, em março de 2020, realizou-se nova pesquisa e verificou-se a inclusão de mais quatro casos, que foram igualmente incluídos no universo da pesquisa e analisados.

3. Dois casos foram sumariamente excluídos do universo da pesquisa por não se enquadrarem no recorte: um era de tentativa de feminicídio, outro era de feminicídio consumado praticado fora do DF. Em dois casos, o autor era adolescente, um caso não houve esclarecimento da autoria, em três casos aparentemente não se tratava de morte violenta intencional, mas, mesmo assim, a polícia estava investigando o caso como possível feminicídio (dois suicídios e uma de morte por AVC com histórico de violências anteriores), e um caso era de morte de mulher durante um ritual religioso sem autoria esclarecida. Finalmente, um caso excluído era relativo à morte de profissional do sexo por cliente imediatamente após o programa e sem prova de prévio relacionamento, em que a polícia inicialmente capitulou como feminicídio, mas o Ministério Público não incluiu essa qualificadora da denúncia. Esclarece-se que um dos casos constante do levantamento preliminar foi de uma relação ambígua, pois o agressor argumentava que a vítima era profissional do sexo, mas amigas dela informavam que ele insistia em ter um

complementou-se o *corpus* com: (i) análise regressiva dos processos anteriores de violência doméstica e familiar envolvendo as mesmas partes (presentes em oito dos casos); (ii) 19 entrevistas semiestruturadas com 21 familiares de vítimas de feminicídio; e (iii) análise dos registros de saúde da vítima, mediante parceria com o Núcleo de Estudos, Prevenção e Atenção às Violências da Secretaria de Saúde (NEPAV/SES) do DF, para avaliar a integração das ações da rede de proteção.

Entre as 19 entrevistas realizadas, oito foram por telefone e 11 de forma presencial[4]. Realizar entrevistas por telefone foi uma estratégia para alcançar pessoas que se mostram resistentes à entrevista presencial, ou com alguma dificuldade em comparecer, e os residentes em outras localidades. As entrevistas foram gravadas e degravadas para análise. Apenas duas não foram registradas em áudio, pois os entrevistados solicitaram que não fosse feito registro. Um dos familiares referiu temer retaliações e justificou que os familiares também tiveram medo durante o curso do processo por risco de serem identificados pelo agressor.

Após a seleção do material referente a cada caso, a equipe de pesquisa realizou leitura exaustiva do material com vistas à identificação de fatores de risco. Foi utilizado um questionário dividido em duas partes: (1) uma grelha com fatores de risco subdivididos em 23 itens e 216 subitens; (2) perguntas relacionadas aos seguintes dados sociodemográficos: idade, raça/cor, estado civil, escolaridade, profissão, renda individual informada e estimativa de renda, local de moradia, situação de moradia, quantidade de filhos, vínculo com o agressor, tempo de relacionamento e naturalidade. Os 23 fatores de risco constantes do questionário de pesquisa correspondem às 20 questões principais do questionário de avaliação de risco do DF (2016, p. 1-2), além de três questões acessórias relacionadas ao

relacionamento afetivo com ela, sendo a morte praticada após a vítima ir à casa do réu e subtrair sua carteira; a denúncia considerou o caso como feminicídio na modalidade de menosprezo ou discriminação à mulher, pelo histórico de *stalking*; esse caso foi incluído no universo da pesquisa, pela proximidade com os demais casos de perseguição decorrente de prévia relação íntima.

4. Em dois casos já havia nos autos detalhado estudo psicossocial, pelo que se considerou desnecessária a entrevista. Em quatro casos não havia informações que permitissem identificar possíveis familiares. Em três casos tentou-se contato com familiares, mas estes se recusaram explicitamente a participar da entrevista. Em dois casos os familiares inicialmente aceitaram participar, mas posteriormente deixaram de atender às ligações da equipe de pesquisa, pelo que foram excluídos. Não houve tempo hábil para a realização da entrevista em relação aos quatro casos incluídos no universo da pesquisa após a última conferência, ao final da pesquisa.

risco de reiteração de violências (dependência financeira, histórico de quebrar objetos, violência na presença de testemunhas – v. Tabela 1). Esse questionário local possui paralelismo com o modelo de avaliação de risco utilizado em Portugal (ÁVILA, 2018a, p. 150-154). Os subitens do questionário da pesquisa foram além dos fatores de risco do questionário local, abrangendo circunstâncias que se inseriam na mesma categoria de risco em sentido amplo. Por exemplo, o fator de risco de ameaça com uso de faca ou arma de fogo (DISTRITO FEDERAL, 2016, item 1, p. 1) foi ampliado nos subitens para incluir ameaças de agressões graves (que abrangem queimadura, enforcamento, sufocamento, tiro, afogamento, osso quebrado, facada e paulada). E os fatores relacionados à prática de atos de violência, usualmente contabilizados apenas quando a violência é direta contra a vítima, (itens 2-7), foram ampliados para incluir a sua prática contra familiares da vítima, parceiras de relacionamentos anteriores ou terceiros. No item relativo ao fácil acesso a arma de fogo (item 15), incluiu-se também o subitem para a circunstância de o agressor ter algum poder, meio ou ajuda especial para encontrar ou monitorar a vítima (como ser profissional de segurança pública ou ter envolvimento no crime organizado).

Para cada caso, um membro da equipe de pesquisa foi designado como relator principal para preencher as informações do formulário de pesquisa. Após essa análise inicial e preenchimento dos questionários, todos os casos e informações foram discutidos durante 24 sessões pela equipe de pesquisa que atuou como revisora quanto à marcação de presença dos fatores de risco. Participaram profissionais das áreas de direito, psicologia, serviço social e saúde. Para se aferir a presença do item pesquisado, utilizou-se o método de interpretação indutiva (MARCONI; LAKATOS, 2003, p. 86-91), considerando-se cada um dos autos como um processo de reconstrução histórica, em que cada uma das provas dos processos é uma fonte autônoma de informação, que traz um fragmento interpretativo da realidade. Assim, procurou-se triangular interpretativamente as informações convergentes dentro das fontes documentais e com as entrevistas, para verificar a presença da informação pesquisada.

Os dados das grelhas de cada caso foram transcritos para um formulário eletrônico no Google Drive, que alimentou planilha Excel, a qual foi analisada com recurso ao programa livre de análise estatística *R*. A análise estatística compreendeu análise multivariada com técnicas de análise exploratória de dados como tabelas, gráficos, associações de variáveis e inferência estatística utilizando teste de hipóteses e análise de variação por regressão linear simples e múltipla (HEUBERGER; HOLLAND, 2015, *passim*). As variáveis levantadas no questionário são qualitativas nominais, qualitativas ordinais e quantitativas.

3. Resultados: visão geral dos fatores de risco presentes em análise retrospectiva dos feminicídios

Os percentuais de presença dos 23 fatores de risco investigados estão indicados na Tabela 1. As respostas foram contabilizadas conforme a presença do fator de risco a partir das informações constantes de fontes documentais (processuais judiciais de feminicídio, processos de VDFCM anteriores, prontuários médicos) ou mediante a entrevista com familiares. A falta de marcação de um fator de risco não significa certeza de ausência, mas que não houve elementos suficientes para afirmar sua presença a partir dos dados analisados.

Tabela 1 – Distribuição de frequência d fatores de risco por fonte de consulta

Modalidades	Presença em fontes documentais	Presença em entrevistas a familiares	Total
Item 1: Ameaça e/ou tentativa de matar e/ou ameaça de cometer agressão física grave	23 (67,6%)	8 (23,5%)	**25 (73,5%)**
Item 2: Agressão física grave	10 (29,4%)	3 (8,8%)	**12 (35,3%)**
Item 3: Ciúme excessivo, controle ou perseguição	27 (79,4%)	13 (38,2%)	**30 (88,2%)**
Item 4: História criminal	22 (64,7%)	2 (5,9%)	**22 (64,7%)**
Item 5: Agressão leve (tapa, soco, empurrão, puxão de cabelo)	21 (61,8%)	8 (23,5%)	**21 (61,8%)**
Item 6: Agressão ou ameaça para evitar separação	11 (32,4%)	2 (5,9%)	**13 (38,2%)**
Item 7: Violência sexual	4 (11,8%)	2 (5,9%)	**6 (17,6%)**
Item 8: Escalada da violência	8 (23,5%)	4 (11,8%)	**11 (32,4%)**
Item 9: Descumprimento de MPU	4 (11,8%)	–	**4 (11,8%)**
Item 10: Agressão doméstica (filhos, familiares ou outra vítima) e/ou colegas de trabalho ou pessoas desconhecidas	16 (47,1%)	7 (20,6%)	**19 (55,9%)**

Modalidades	Presença em fontes documentais	Presença em entrevistas a familiares	Total
Item 11: Abuso de álcool e outras drogas e violência sob efeitos destas	16 (47,1%)	4 (11,8%)	**20 (58,8%)**
Item 12: Diagnóstico de transtorno mental	3 (8,8%)	–	**3 (8,8%)**
Item 13: Ameaça ou ideação suicida com ou sem ameaça de feminicídio	6 (17,6%)	–	**6 (17,6%)**
Item 14: Desemprego e/ou dificuldades financeiras	6 (17,6%)	1 (2,9%)	**7 (20,6%)**
Item 15: Fácil acesso a arma de fogo e/ou ter poder ou meio especial para localizar a vítima	10 (29,4%)	2 (5,9%)	**11 (32,4%)**
Item 16: Outros conflitos (guarda de filhos, patrimoniais, início de novo relacionamento amoroso)	12 (35,3%)	4 (11,8%)	**13 (38,2%)**
Item 17: Isolamento social	4 (11,8%)	6 (17,6%)	**10 (29,4%)**
Item 18: Vulnerabilidades da vítima (doença física, transtorno mental, deficiências, idade avançada, criança/adolescente)	12 (35,3%)	3 (8,8%)	**13 (38,2%)**
Item 19: Separação ou tentativa	21 (61,8%)	–	**21 (61,8%)**
Item 20: Violência na gestação ou 18 meses após o parto	3 (8,8%)	1 (2,9%)	**4 (11,8%)**
Item 21: Dependência financeira	6 (17,6%)	2 (5,9%)	**8 (23,5%)**
Item 22: Violência patrimonial do tipo quebrar objetos	8 (23,5%)	3 (8,8%)	**11 (32,4%)**
Item 23: Violência na presença de testemunhas	17 (50%)	2 (5,9%)	**19 (55,9%)**

A Tabela 2 sintetiza a frequência de presença dos fatores de risco. A média de fatores de risco nos 34 casos foi de 9,62 e desvio-padrão de 8,03. O número máximo encontrado em um caso foi de 20 (n=1), e mínimo, de 3 (n=2). Em 80% dos casos (n=27), estiveram presentes seis ou mais fatores de risco.

Tabela 2 – Categorização da variável quantidade de fatores de risco por casos

Quantidade de fatores de risco	Quantidade de casos
3	2 (5,9%)
4-5	5 (14,7%)
6-7	7 (20,5%)
8-9	8 (23,5%)
10-12	5 (14,7%)
13-16	5 (14,7%)
17-20	2 (5,9%)
Total	**34 (100%)**

Nos dois casos com apenas três fatores de risco, esteve presente a separação associada a outro fator relevante, em consonância com a afirmação de Monckton-Smith (2019, p. 3) sobre a importância da combinação de comportamento controlador, violência e separação. Em um dos casos (caso 16), foi identificado ciúme excessivo, controle ou perseguição sobre a vítima (Item 3), vulnerabilidade pela vítima (Item 18) e tentativa de separação (Item 19). No segundo caso, os fatores de risco assinalados tratam de ameaça de matar a vítima (Item 1), autor ter diagnóstico de transtorno mental (Item 12) e tentativa de separação (Item 19).

O item que apareceu com maior frequência nos 34 casos foi o fator de risco representado pelo Item 3 e seus subitens que tratam de comportamentos de ciúme excessivo, controle ou perseguição com a vítima (v. Tabela 3). A marcação positiva em algum dos subitens contra a vítima ocorreu em 30 casos (88,2%). Em dois (5,9%) casos também ocorreu marcação em subitem que trata do mesmo comportamento com outra vítima de VDFCM.

Tabela 3 – Distribuição de frequência das modalidades de ciúme excessivo, comportamento controlador e persecutório sobre a vítima (Subitem do Item 3)

Modalidades	Total
O autor disse algo parecido com a frase: "se não for minha, não será mais de ninguém".	**8 (23,5%)**
O autor perturbava, perseguia ou vigiava a vítima nos locais em que frequenta.	**16 (47,1%)**

Modalidades	Total
O autor vigiava o celular da vítima, controlava suas redes sociais virtuais, vasculhava seus objetos pessoais, controlava seus horários ou amizades.	15 (44,1%)
O autor proibia a vítima de ir ao médico ou pedir ajuda a outros profissionais.	4 (11,8%)
O autor proibia a vítima de visitar familiares ou amigos.	13 (38,2%)
O autor proibia a vítima de trabalhar ou estudar.	8 (23,5%)
O autor fez telefonemas, enviou mensagens pelo celular ou *e-mails* de forma insistente à vítima.	13 (38,2%)
O autor impedia a vítima de ter acesso a dinheiro, conta bancárias ou outros bens (como documentos pessoais, carros).	4 (11,8%)
Outros comportamentos de ciúme excessivo e de controle sobre a vítima.[5]	18 (52,9%)
Total de casos com pelo menos uma marcação	30 (88,2%)

No total, 17 dos 23 fatores de risco tiveram novas informações a partir das entrevistas com familiares em ao menos um dos casos. Esses dados apontam para a importância de que durante o processo de identificação de riscos sejam consideradas múltiplas fontes para a garantia da qualidade das informações. Conforme apontam Tavares e Medeiros (2020, p. 311), realizar entrevistas com variados informantes, tais como vítimas, familiares, ofensores e a consulta a registros criminais e de saúde, é tão relevante para o aumento da validade e fidedignidade da avaliação quanto o uso de protocolos padronizados do tipo questionário, escalas e *checklists*.

O item 21 (dependência financeira da vítima) foi o mais dúbio quanto à sua presença nas fontes consultadas da pesquisa retrospectiva (sem o relato direto da vítima). Caso se considerassem apenas indícios que levantavam a hipótese da presença desse fator de risco (categoria "talvez") seria possível elevar a sua presença para 11 casos (32,4%).

5. Em três casos, houve notícia de proibição da vítima sair de casa por motivos de ciúme e em um deles o autor também instalou câmera de segurança na residência do casal a fim de vigiar a vítima. As demais marcações referem-se a comportamentos de ciúmes e controle genéricos e não especificados.

As correlações lineares entre os fatores de risco indicados na Tabela 1 consideradas mais relevantes, com frequência maior que 50%, foram: ameaça e/ou tentativa de matar (item 1) e escalada da violência (item 8) (58,3%); agressão física grave (item 2) e história criminal (item 4) (51,9%); agressão física grave (item 2) e violência na gestação ou 18 meses após o parto (item 20) (61,1%); história criminal (item 4) e violência na gestação ou 18 meses após o parto (item 20) (51,8%); história criminal (item 4) e violência na presença de testemunhas (item 23) (58,3%); agressão leve (item 5) e isolamento social (item 17) (50,8%); violência sexual (item 7) e escalada da violência (item 8) (50,4%); violência sexual (item 7) e isolamento social (item 17) (54,8%); violência sexual (item 7) e violência na presença de testemunhas (item 23) (50,4%); escalada da violência (item 8) e isolamento social (item 17) (51,9%); isolamento social (item 17) e violência patrimonial do tipo quebrar objetos (item 22) (51,9%); e violência na gestação ou 18 meses após o parto (item 20) e dependência financeira (item 21) (56,1%).

Realizou-se a análise de variância (ANOVA) mediante regressão linear múltipla de cada um dos fatores de risco com o conjunto dos demais[6]. Para todos os fatores de risco, exceto nos fatores 2, 4, 6 e 20, verificou-se significância do teste superior a 10%, o que significa que não há correção linear desses fatores de risco com os demais. Para os quatro fatores com significância inferior a 10%, calculou-se o VIF (*Variance Inflation Factor*)[7], sendo que em apenas um caso, o fator 20, o VIF foi superior a 10. Isso significa que o fator de risco 20 (gestação ou puerpério) possui alta multicolinearidade com os demais fatores de risco (v. HEUBERGER; HOLLAND, 2015, p. 291). Pesquisas posteriores devem avançar no esclarecimento dessa multicolinearidade.

4. Discussão sobre os fatores de risco identificados

4.1. História de violência e escalonamento

Conforme é reiterado na literatura (CAMPBELL et al., 2003, p. 1091, CAMPBELL et al., 2009, p. 656), violência prévia na relação íntima demonstrou ser

6. A regressão linear múltipla (RLM) utilizou-se do modelo de mínimos quadrados (MQO), com a seguinte fórmula:

   $\beta = (X^t X)^{-1} * (X^t y)$.

   O teste de hipótese é feito com a hipótese nula $\beta = 0$ (vetor) e hipótese alternativa diversa de zero (v. HEUBERGER; HOLLAND, 2015, 268).

7. O cálculo foi realizado por meio da fórmula: $VIF = \frac{1}{1 - R^2}$. Ver: HEUBERGER; HOLLAND, 2015, p. 291.

importante fator de risco. Em 33 dos 34 casos, houve marcação de ao menos um item relativo à prática de violência anterior contra a vítima (Itens 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 13, 20, 22, nos subitens relativos às vítimas). O único caso sem certeza quanto à presença de violências anteriores permitia levar a hipótese de o agressor ter quebrado objetos na residência do casal (categoria "talvez"). Os subitens de violências anteriores contra a vítima mais comuns foram: ciúme excessivo, controle ou perseguição (88,2%, n=30), ameaça de matar (64,7%, n=22), agressões físicas leves (61,8%, n=21), ameaça para evitar a separação (35,3%, n=12), escalada da frequência e intensidade da violência (38,2%, n=13), violência patrimonial (38,2%, n=13), ameaça de cometer violência física grave (23,5%, n=8), violência sexual (20,6%, n=7), agressão física grave (20,6%, n=7), tentativa de cometer violência física grave (17,6%, n=6), violência na gestação ou até 18 meses após o parto (11,8%, n=4); ameaça de homicídio seguido de suicídio (2,9%, n=1).

Vê-se que a presença de agressões físicas graves (20,6%) foi menor que a presença de agressões físicas leves (61,8%). Estudo de Johnson et al. (2019) aponta resultados semelhantes e sugere que violências graves e crescentes ou qualquer tipo de violência física podem estar ausentes do contexto de risco de feminicídios, apesar de todo o destaque que recebem no campo de avaliação de riscos.

As modalidades de violências físicas leves ocorreram nos seguintes percentuais de casos: tapas 26,5% (n=9); empurrões 26,5% (n=9); puxões de cabelo 17,6 % (n=6); socos 23,5% (n=8); chutes 23,5% (n=8); e outras violências físicas de gravidade semelhante 38,2 % (n=13).

A agressão física grave mais frequente foi o espancamento, presente em 11,8% dos casos (n=4). Enforcamento, agressão com lesão de osso, paulada, facada e outras agressões que provocaram ferimentos ocorreram cada uma em 5,9% dos casos (n=2). Nenhuma vítima foi agredida com arma de fogo (tiro) antes do feminicídio. Em um dos casos, o agressor agrediu gravemente familiar da vítima com uso de faca. Em 11,8% dos casos (n=4) houve prática de violências graves contra a parceira de relacionamento anterior ou a familiar desta e em 8,8% (n=3) contra terceiros.

A despeito dos socos, chutes e puxões de cabelo contra a vítima (Item 5, apenas para a vítima presente em 60%, n=21) terem sido mais frequentes do que as modalidades de agressões graves, em 32,4% (n=11) dos casos havia sinais de escalonamento das violências (Item 8). Em 35,3% (n=12) deles as ameaças ou violências físicas estavam se tornando mais frequentes nos últimos seis meses (Item 8, para a vítima) e em 20,6% (n=6) estavam se tornando mais graves no mesmo período (idem anterior). Além dos 20,6% (n=7) dos casos em que ocorreu agressão grave efetiva antes do feminicídio (Item 2, para a vítima), em 17,6% (n=6) ocorreram tentativas de cometer violências graves (Item 1).

A violência física é apontada pela literatura (CAMPBELL et al, 2003, p. 1091; CAMPBELL et al., 2009, p. 656; DOBASH et al., 2004, p. 111-134; DOBASH; DOBASH, 2011, p. 580; NICOLAIDES et al., 2003, p. 792) como fator de risco primário nos feminicídios, ou seja, é uma variável independente com capacidade preditiva. Por isso, a investigação desse fator recebe especial atenção nos diversos modelos de avaliação de risco. Violências físicas graves, como tentativa de enforcamento e estrangulamento, violência na gestação, violência com uso de arma branca ou de fogo e violência sexual são indicativos de que as violências estão em escalada. O aumento da intensidade e da frequência das violências físicas são prenúncio da possibilidade de a mulher ser gravemente ferida ou morta (TAVARES; MARCELA, 2020, p. 320).

A ausência de violência física prévia, contudo, não é indicativo de baixo risco de feminicídio (NICOLAIDES et al., 2003, p. 792; MCKENZIE et al., 2016, p. 54). Johnson et al. (2019, p. 19) sugerem que a ausência de violência física em situações de alto risco pode estar associada a alto controle e coerção por parte do autor, o que torna desnecessário o uso da violência física.

No total, em 35% dos casos (n=12) houve marcação em itens que tratam de violências sem a presença específica da violência física, como episódios de ameaça (Itens 1, 6 e 13), ciúme excessivo, controle ou perseguição (Item 3), quebrar objetos (Item 22) e violência sexual (Item 7)[8]. Convém que pesquisas futuras investiguem o papel do controle e sua interação com outras modalidades violentas distintas da violência física.

Os dados sugerem que as ameaças com uso de armas não são o único tipo de ameaça relevante para compreensão dos riscos. Em mais da metade dos casos (61,8%, n=21) as vítimas receberam algum tipo de ameaça de morte pelo agressor em circunstâncias anteriores ao feminicídio (Item 1). Mas ameaças com uso de arma branca ou de fogo estiveram presentes em somente em 11,8% (n=4) e 8,8% (n=3) dos casos respectivamente (Subitens do item 1). Castanho (2013, p. 26) alerta que não somente as ameaças explícitas e com armas são importantes para a compreensão dos riscos, deve-se considerar a percepção da vítima e se ela se sente ameaçada e insegura em virtude de atitudes do agressor.

O controle e a coerção estiveram presentes em 88,2% dos casos (v. Tabela 3). O uso da frase "se não for minha, não será de mais ninguém" envolve o pensamento de última chance para reestabelecer o controle e poder diante da ameaça

8. Considerou-se como violência sexual o constrangimento para a prática de relação sexual, sem o consentimento da vítima, mesmo que esse constrangimento não envolva a violência física.

ou perda de controle masculino (MONCKTON-SMITH, 2019, p. 5). Demostra que o agressor está disposto a se vingar da mulher caso ele perca o relacionamento e sinaliza menor poder da mulher para escolher quando romper a relação. Os comportamentos de controle e coerção limitaram a liberdade das vítimas, intimidaram e podem ter contribuído para o aumento de isolamento social. O uso da tecnologia esteve presente em diversos casos como facilitador para controlar e vigiar, o que sugere a importância de se atentar para o seu papel no incremento dos riscos.

Ciúme excessivo é indicativo de extremo risco, mesmo que não haja muitos outros fatores de risco no caso (NICOLLS et al., 2013, p. 119). Comportamentos controladores e ciumentos não estão necessariamente relacionados a transtornos psicopatológicos (CASTANHO, 2013, p. 10), mas com dependência emocional, baixa autoestima e concepções sexistas de amor como posse sobre a mulher (TAVARES; MEDEIROS, 2020, p. 321) e a estilo de vinculação inseguro (CASTANHO, 2013, p. 10). Quando manifestados sob a forma de assédio, perseguição, vigilância, intimidação ou monitoramento reiterados, são chamados de *stalking*. Mesmo sem outros fatores de risco presentes, o *stalking* é preocupante, pois costuma ser anúncio de outras violências, tais como violência física (MCFARLANE et al., 1999, p. 303), ameaças (MATOS et al., 2011, p. 64) e violência sexual (MCEWAN et al., 2009, p. 1469-1478).

Em mais da metade dos casos (55%, n=19) que compuseram a amostra, as violências que precederam o feminicídio ocorreram na presença de testemunhas, demostrando que a presença de terceiros não inibe o comportamento violento. Em 32,4% dos casos (n=11) os filhos presenciaram agressões (Subitem do Item 23). Em 44,1% (n=15) foram amigos ou outras pessoas conhecidas que presenciaram (idem).

4.2. Separação e novo relacionamento amoroso

Em 61,8% dos casos (n=21) as vítimas haviam se separado em momento próximo ao feminicídio ou estavam tentando se separar e em 26% (n=9) elas já haviam sofrido ameaças para não se separarem do agressor. 38,2% das vítimas (n=11) possuíam conflito relacionado ao início de novo relacionamento amoroso.

Sair de uma relação abusiva é difícil e pode aumentar o risco na medida em que representa um desafio à masculinidade e ao controle do agressor. Outros estudos (CAMPBELL et al., 2003, p. 1091; CAMPBELL et al., 2009, p. 664; CASTANHO, 2013, p. 14; MCKENZIE et al., 2016, p. 121) documentaram a separação como evento frequente nas situações de feminicídio. Pode ser evento-chave para

o escalonamento de violências ou para o início de ciclo de violência previamente inexistente.

O impacto da separação no risco é imediato. Entre os casais que haviam se separado, o tempo médio da separação ao feminicídio foi de 38 dias, com desvio-padrão de 39 dias, sendo o período mais longo de 150 dias, e o menor, o mesmo dia da separação. Segundo McKenzie e colaboradores (2016, p. 121), os seis primeiros meses após a separação são críticos, mas esse risco pode durar até anos, especialmente quando sentimentos de raiva e não aceitação permanecem. O ponto crítico costuma ocorrer no momento de percepção de que a relação não será retomada ou que o agressor perdeu totalmente o controle sobre a ex-parceira (SHEEHAN et al., 2015, p. 269-288).

O risco é especialmente aumentado quando a separação está associada a comportamentos de controle e ciúme excessivo (CASTANHO, 2013, p. 25), violência contra terceiros (SOARES, 2005, p. 58) e novo relacionamento amoroso (CAMPBELL et al., 2003, p. 1094). Em 58% dos casos ocorreu a marcação conjunta do fator de risco separação e o fator de risco ciúme excessivo, comportamento controlador ou persecutório. Em menor proporção, verificou-se a combinação dos fatores separação e violência contra terceiros e familiares (38%, n = 13) e separação e conflitos decorrentes de novo relacionamento amoroso (8,8%, n = 3).

4.3. Histórico de violências e seu uso para a resolução de conflitos

Estudos apontam que o histórico de violência doméstica contra a vítima, outras vítimas ou familiares é o fator mais relevante para a compreensão do risco de feminicídio do que de outros crimes (CAMPBELL et al., 2003, p. 1092). Na presente pesquisa, verificaram-se dados expressivos sobre esse tipo de histórico de violências. Em 41,2% (n=14) dos casos havia registro policial de VDFCM envolvendo o agressor. 26,5% (n=9) das vítimas já haviam registrado ocorrências policiais envolvendo o agressor anteriormente. Em 20,6% (n=7) dos casos o agressor tinha histórico de outras ocorrências policiais registradas por outra vítima de VDFCM.

Cabe ressaltar que crimes anteriores diversos da violência doméstica também foram expressivos: 35,3% (n=12) dos agressores tinham histórico de outras ocorrências policiais relacionadas a violência interpessoal comunitária; 26,5 % (n=9) tinham também registros relacionados a violências diversas da violência interpessoal.

Em 20% dos casos (n=7), o autor tinha algum poder, meio ou ajuda especial para encontrar ou monitorar a vítima. Em um caso este era profissional de

segurança pública, em cinco casos, estava envolvido com o crime organizado (usualmente o tráfico de drogas).

Em 29,4% (n=10) dos casos o autor tinha acesso a arma de fogo. O agressor que tem arma ou pode consegui-la facilmente tem mais chance de usá-la no momento de conflito, que pode evoluir para o episódio letal (TAVARES; MEDEIROS, 2020, p. 322). O fato de em nenhum caso haver histórico de agressão anterior mediante disparo de arma de fogo parece sinalizar que quando a arma de fogo é efetivamente utilizada, usualmente a violência terá desfecho letal.

Para além da história criminal, investigou-se a história de violência anterior por meio de itens que tratavam de violências físicas e ameaças cometidas pelo autor contra familiares, outra vítima, terceiros ou animal de estimação, a fim de identificar padrão de resolução de conflitos. Verificou-se que em 64,7% dos casos (n=22) havia notícias de outros episódios de violência contra familiares da vítima e terceiros (Itens 1, 2, 4 e 10, desagregados nos subitens respectivos); 41,2% dos casos (n=14) tiveram marcação nos itens de VDFCM com outras companheiras (Itens 1, 2, 3, 5, 6, 7, 10, 22, desagregados com esse recorte). Em relação às violências contra animais de estimação, em 2,9% (n=1) o agressor já havia agredido e no mesmo percentual havia ameaçado agredir.

Em 5,9% dos casos (n=2) o agressor havia descumprido anteriormente medida protetiva em relação à vítima e em 5,9% (n=2) houve descumprimento em relação a outra vítima de VDFCM. O descumprimento de medidas protetivas sinaliza que o agressor demonstra não ter medo da Justiça e que a possibilidade de reincidir é grande (MEDEIROS, 2015, p. 97).

4.4. Transtorno mental, ideação suicida e uso abusivo de álcool e outras drogas

Embora não haja relação direta entre o comprometimento da saúde mental e a violência, determinados comprometimentos estão mais associados a comportamentos de violência contra pessoas conhecidas, em especial contra suas companheiras, tais como transtornos com sintomas psicóticos ou características limítrofes e esquizoides (DAY et al., 2003, p. 9-21; BOGRAD; MEDEROS, 1999, p. 303; TAVARES; MEDEIROS, 2020, p. 320). Em 8,8% dos casos (n=3) o agressor tinha transtorno mental comprovado por avaliação médica. Somente em um caso o agressor apresentava sintomas psicóticos. Em dois casos, o agressor possuía comprometimento relacionado ao uso abusivo de drogas ou medicamentos. E em um caso apresentou também histórico de ideação suicida. Somente um agressor estava em acompanhamento com profissional da saúde mental.

Em 17,6% dos casos (n=6) o agressor já havia tentado ou ameaçado se suicidar. Em 14,7% dos casos (n=5) o agressor cometeu suicídio após o feminicídio. Estudos indicam que a ideação suicida, com ou sem ameaça de feminicídio e mesmo sem violência física prévia, é fator relevante para compreensão dos riscos de feminicídio (ALMEIDA, 2012, p. 86; BOSSARTE et al., 2006 p. 33-38; FERGUSON; MCLACHLAN, 2020, p. 3).

Pesquisa anterior documentou que em 12,5% dos casos de feminicídio analisados ocorreu o fenômeno do feminicídio seguido de suicídio, e que na metade desses casos o agressor era policial (DINIZ, 2015, p. 16). A presente pesquisa documentou apenas um caso de feminicídio praticado por policial militar, em que não houve o suicídio. Ainda que haja uma diminuição em relação à pesquisa anterior, esse grupo populacional pode ser considerado como de risco. A literatura tem documentado uma forte correlação entre atuação policial e machismo, e o risco mais acentuado de prática de violência doméstica, em razão do condicionamento ocupacional de exercer autoridade e possibilidade de usar a força para mantê-la (CRANK, 1998, p. 179-185). Pesquisas correlacionam a exposição do policial a eventos estressantes com uma elevação de seu envolvimento em episódios de VDFCM, o que seria mediado por representações autoritárias e emoções negativas associadas ao trabalho policial (ANDERSON; LO, 2011, p. 1176). Estudos indicam que o risco de suicídio entre policiais é quatro vezes maior do que na população em geral (MIRANDA, 2016, p. 6).

No DF, entre os anos de 2012 e 2014, foram instauradas 264 sindicâncias apenas no âmbito da Corregedoria da PMDF relacionadas ao envolvimento de policiais em episódios de violência doméstica contra a mulher (CARDOSO, 2016, p. 62). Essa situação de risco de policiais se envolverem em episódios de violência doméstica indica a necessidade de especial atenção à saúde mental desse grupo.

Em 52,9% (n=18) dos casos analisados na pesquisa, o autor fazia uso abusivo de álcool ou outras drogas. O uso dessas substâncias pode contribuir para aumento do risco de violência na medida em que especialmente comportamentos de violência física podem se tornar mais frequentes e exacerbados (BOGRAD; MEDEIROS, 1999, p. 302). Álcool e outras drogas alteram estado de consciência, cognição e humor (ABDALLA-FILHO; OLIVEIRA, 2002, p. 339; SANTOS, 2010, p. 53) e por isso interferem na capacidade de manutenção de foco de atenção e resolução de problemas de forma racional e diminuem a percepção sobre as consequências dos atos (LAURA, 2017, p. 19). Apesar desses efeitos do uso de substâncias, não se pode afirmar seu papel predominante nos casos analisados. Em 38,2% (n=13) havia histórico de praticar violências sobre efeito de álcool ou

outras drogas e em 35,3% (n=12) dos casos o agressor praticou o feminicídio sob efeito dessas substâncias.

A associação entre uso de substâncias e risco é fraca. A co-ocorrência do álcool e outras drogas com outros fatores de risco relevantes, tais como violência física, é que confere relevância (MCKENZIE et al., 2016, p. 14). Outros estudos (FERGUSON; MCLACHLAN, 2020, p. 3; TAVARES; MEDEIROS, 2020, p. 321) evidenciaram que o uso de álcool e outras drogas parece não ser bom preditor para demarcar especificamente o risco de feminicídio, apesar da sua importância para a compreensão do risco de violência doméstica. Quando apontado como elemento relevante para a compreensão do risco de feminicídio, é o uso abusivo que é tido como fator de risco, e não apenas o uso (CAMPBELL et al., 2003, p. 1090), o tipo de substância também pode influenciar no risco. Anfetaminas, por exemplo, estão associadas a maior risco que maconha (MCCULLOCH et al., 2016, p. 115).

4.5. Diferença de idade

A idade das vítimas variou entre 19 e 61 anos, com média de 35,29 anos, e a dos agressores, entre 19 e 64 anos, com média de 39,5 anos. Todavia, a idade do grupo de agressor apresentou indícios de ser, em geral, maior que a idade do grupo de vítimas.

No que se refere à disparidade etária entre vítima e agressor, houve grande variação de diferença de idade, oscilando entre 1 ano e 32 anos. A média do módulo da diferença de idade entre agressor e vítima foi 9,6 anos e o desvio-padrão foi 8,0. Em 16 dos 34 casos (47%), a diferença de idade foi igual ou maior que dez anos, sendo que em quatro casos a vítima era mais velha e em 12 o agressor era mais velho. No grupo de mulheres mais velhas que o agressor, a média foi de 7,6. No grupo de homens mais velhos que a vítima, a média foi 10,7. Verificou-se que a diferença de renda entre agressor e vítima no grupo em que o agressor era ao menos dez anos mais velho foi de cinco salários mínimos, enquanto a diferença nos demais casos foi de 1,5 salário mínimo.

Esses dados estão em consonância com a literatura (BREITMAN et al., 2004, p. 321-342; CAMPBELL et al., 2009, p. 657), que aponta a grande diferença etária como elemento de risco, embora não haja consenso sobre o que seria essa extrema diferença de idade. Resultados de estudo de Breitman et al. (2004, p. 335), por exemplo, demonstraram ser fator de risco relevante o homem ter mais de 16 anos que a mulher ou a mulher ter mais de dez anos que o homem.

Independentemente do valor absoluto da diferença de idade, a mulher ser muito mais jovem que o agressor a deixa mais vulnerável em virtude do amadurecimento

cognitivo e diferença econômica que frequentemente estão associadas à maior idade. A mulher ser mais velha a deixa vulnerável em virtude de maior dificuldade de reinserção no mercado de trabalho caso passe a depender economicamente do agressor ou pelo segredo e silêncio em torno do relacionamento, que muitas vezes é omitido de familiares e amigos em virtude do preconceito.

4.6. Condição socioeconômica

Embora o desemprego do autor receba maior destaque entre as dimensões avaliadas relativas a estressores socioeconômicos, sendo, por exemplo, apontado por Campbell et al. (2003, p. 1090) como o único elemento sociodemográfico capaz de prever risco de feminicídio, outros elementos relacionados a ocupação, escolaridade e patrimônio familiar demostraram ser mais relevantes para a compreensão dos riscos.

Os dados sugerem precária condição socioeconômica, em especial das vítimas, mensurada por meio dos dados de escolaridade, renda e ocupação. Esses dados estão em consonância com estudos anteriores que apontam a relação entre menor condições socioeconômicas e VDFCM (GARCIA et al., 2011, p. 8; RAJ et al., 2018, p. 197-203) e feminicídios (CAMPBELL et al., 2003, p. 1090).

Observou-se a predominância de baixa escolaridade: 41% das vítimas (n=14) e 61% dos agressores (n=21) estudaram até no máximo o ensino fundamental; somente 2,9% (n=1) das vítimas e 8,8% (n=3) dos agressores possuem ensino superior; 2,9 % (n=1) dos homens não foram alfabetizados.

Realizou-se a estimativa de renda dos envolvidos, a partir dos dados socioeconômicos levantados, verificando-se que a renda informada ou estimada do agressor era maior que a renda informada ou estimada da vítima, com a mediana da diferença de renda de 0,5 SM e em nove casos a diferença de renda foi superior a 2 SM.

Observou-se, de forma geral, que as mulheres exerciam atividades socialmente desvalorizadas e/ou informais, sendo que 30% (n=10) delas eram empregadas domésticas. Em somente 23,5% (n=8) dos casos havia informação de que a vítima dependia financeiramente do autor. Todavia, considerando a diferença de renda entre autores e vítimas verificada na pesquisa, pode-se sugerir que a ausência da contribuição financeira do agressor em virtude do rompimento da relação poderia comprometer significativamente a renda familiar da mulher, o que pode ser um dificultador para o rompimento da relação.

No caso dos agressores, pedreiro (14,8%, n = 5) foi a ocupação mais frequente, apesar de se verificar maior diversidade de profissões, como servidor público,

marceneiro, ambulante, empresário, entre outros. Todavia, em 14,7% (n=5) dos casos, o agressor estava sem renda e em 8,8% (n=3) estava com graves dificuldades financeiras.

Para além da precarização econômica, verificou-se que em 20,6% (n=7) dos casos havia algum conflito relacionado à partilha de bens ou questões patrimoniais que estiveram presentes independente de fatores como dependência econômica e desemprego. Tais conflitos eram relacionados à divergência quanto a imóvel comum, conflito relacionado a dívida monetária ou danos propositais a objetos da casa. Nesses casos, os conflitos eram fomentados pelo desejo de manutenção de poder e controle do homem sobre a mulher.

O desemprego, o estresse financeiro, a situação laboral instável ou baixos salários constituem condições que desafiam os estereótipos de masculinidade enquanto potência econômica e incrementam o estresse relacional, podendo levar à escalada da violência (TAVARES; MEDEIROS, 2020, p. 322). Por outro lado, a mulher ter acesso a renda isoladamente não garante sua segurança. É necessário atentar para outras variáveis como a diferença de renda entre mulher e homem e o tipo do trabalho que ela executa. Além disso, conforme apontam Raj et al. (2018, p. 8-9), o empoderamento econômico via geração de renda por meio de emprego, acesso a crédito ou programas de transferência de renda deve ser acompanhado de maior participação da mulher no controle da renda que o companheiro gera e controle de sua própria renda, bem como mudança nas relações de gênero para que tenha maior impacto na redução da violência doméstica.

4.7. Raça/cor

Os dados que sobre raça/cor apontam para a maior vulnerabilidade de mulheres negras aos feminicídios: 71% (n=24) das mulheres e 44% (n=15) dos homens eram negros (com percentual de 29% sem informação para a raça/cor dos homens).

Embora haja parcela significativa de vítimas brancas na amostra, percebe-se que essa representatividade está associada a vulnerabilidade econômica. A média de renda das mulheres brancas foi de 0,5 SM, e a das negras, de 1,1 SM. A maior renda de todas as mulheres brancas foi de 1,5 SM, sendo cinco vezes menor que a maior renda entre as negras, que foi 7,5 SM. Esse dado significa que a vulnerabilidade das mulheres brancas não se dá em razão de sua cor, mas da condição econômica.

Estudos anteriores apontam dados semelhantes quanto à vulnerabilidade de mulheres negras a violências domésticas letais e para a importância de se pensar

na relação entre gênero e raça nos processos de identificação de riscos. Dados de pesquisa sobre feminicídios no Brasil demonstram que as mulheres negras representaram 66% das vítimas em 2017 (CERQUEIRA; BUENO, 2019, p. 39). Pesquisa sobre feminicídios no DF entre os anos de 2006 e 2011 demostrou que 80% das vítimas eram negras (DINIZ, 2015, p. 11).

4.8. Características da relação: situação conjugal e presença de crianças

Apesar de não haver consenso na literatura internacional sobre a relevância de características da relação como situação conjugal e número de filhos (FERGUSON; MCLACHLAN, 2020, p. 3), esses aspectos foram investigados no questionário sociodemográfico e demonstraram ser relevantes para a compreensão dos riscos. A grande maioria das relações entre vítima e agressor no momento do feminicídio envolvia conjugalidade atual ou passada. Em 35,3% (n=12), a vítima era esposa ou companheira do agressor, em 32,4% (n=11), ex-esposa ou ex-companheira, em 17% (n=6), namorada, em 5,9% (n=2), ex-namorada, em 2,9% (n=1), mãe, em 2,9% (n=1), enteada, e em 2,9% (n=1) era conhecida. Cabe ressaltar que entre as 67% (n=23) mulheres que conviviam ou conviveram maritalmente com o agressor, apenas 17% (n=6) foram casadas formalmente com eles.

Padrões semelhantes são descritos por estudo anterior que aponta a vulnerabilidade a violências graves ou letais de mulheres que vivem relações de casamentos formais ou união não formalizada com as que estão em relações de namoro (ALMEIDA, 2012, p. 108). A maior representação de mulheres em relações de convivência não formalizada pode ter correlação com outras variáveis socioeconômicas, especialmente a vulnerabilidade econômica. Pesquisas futuras que possam comparar a média de casos de VDFCM envolvendo uniões não formalizadas podem ajudar a esclarecer seu valor preditivo de agravamento de violências no contexto brasileiro.

Em 76,5% (n=26) dos casos, a vítima possuía filhos, mas somente em 23,5% (n=8) o genitor era o agressor. Segundo Almeida (2012, p. 166), filhos de outros relacionamentos aumentam a probabilidade de sentimentos de ciúme e posse, tornando-se fonte de estresse relacional. Em 11,8% (n=4) a vítima possuía algum conflito relacionado a guarda, visita ou pensão de filhos com autor e em 8,8% (n=3) possuía conflitos relacionados a prole dela advindo de relacionamento anterior.

4.9. Isolamento social e outras vulnerabilidades

– 38,2% (n=13) das vítimas possuíam alguma vulnerabilidade que pode ter dificultado a percepção sobre o risco ou a busca de estratégias para sair da situação.

As vulnerabilidades identificadas foram: doença física (20,6%, n=7); transtorno mental (5,9%, n=2); dependência de álcool ou outras drogas (20,6%, n=7); deficiência física (2,9%, n=1); idade avançada (2,9%, n=1).

– 29,4% (n=10) estavam isoladas de amigos, familiares, pessoas da comunidade ou trabalho. Quando a mulher está isolada de amigos, familiares e comunidade, sua percepção sobre a gravidade da situação fica prejudicada (ALMEIDA, 2012, p. 174). Caso o homem também esteja isolado de sua rede de apoio, a gravidade aumenta (WALKER, 1999, p. 107-143).

5. Considerações finais

A presente pesquisa contribui para o campo de conhecimento no Brasil sobre a intervenção preventiva em casos de VDFCM. O conhecimento sobre quais são os fatores de risco presentes em casos concretos pode contribuir para o aprimoramento das estratégias de avaliação e gestão de riscos, bem como para o fortalecimento de linguagem comum sobre o tema. Conforme destacam McCulloch et al. (2016, p. 35), a linguagem de riscos oferece uma lente para os profissionais compreenderem e partilharem informações sobre casos de violência. Isso facilita o tratamento da violência como fenômeno que merece intervenção, bem como seu manejo adequado.

A compreensão de fatores de risco presentes em feminicídios ocorridos no DF constitui passo importante para o aprimoramento das estratégias de identificação e gestão de riscos individualizadas às necessidades das mulheres dessa localidade. Também serve de parâmetro para outras pesquisas no contexto nacional. A análise dos casos ofereceu indícios que podem ser úteis para se evitar falhas sistêmicas nas respostas de proteção. O estudo permitiu a reconstrução dos casos de feminicídio de forma a compreender padrões de comportamento e circunstâncias associados aos feminicídios no DF ao longo da trajetória de relacionamentos abusivos.

Evidenciou-se que vários fatores de risco são potencialmente indicativos de risco de feminicídio. Em 80% dos casos (n = 27), estiveram presentes seis ou mais fatores de risco e a média encontrada foi de nove, o que sugere que múltiplos fatores interagem no aumento do risco de feminicídio.

Controle e intimidação masculinos destacaram-se como pano de fundo nos contextos relacionais pré-feminicídio, embora o desenho de combinação de fatores de risco e outras especificidades tenha diferido. Em todos os casos foi verificado algum tipo de episódio de violência prévia, mas a violência física grave e sua escalada não foi identificada na maioria dos casos. O tipo de violência mais

frequente foi comportamentos de ciúme excessivo, controle ou perseguição. Agressões físicas leves, a separação efetiva ou iminente e ameaça de matar também foram fatores de risco que ocorreram em pelo menos 60% dos casos. Entretanto, grande parte das ameaças não envolveu uso de arma ou faca.

Violências físicas graves ocorreram em apenas um quinto dos casos. A agressão física grave mais frequente foi o espancamento (11,8%, n = 4). Nenhuma vítima foi agredida com arma de fogo antes do feminicídio e apenas em 5,9% houve prévia agressão com faca.

O estudo corroborou que o feminicídio é um fenômeno gendrado e que possui intersecção com raça/cor e condição social, sendo de fundamental importância a compreensão do contexto de desigualdades sociais, de gênero e de raça em que as mulheres estão inseridas. As vítimas eram em sua maioria negras e/ou em precária condição socioeconômica. Quando brancas, a precarização econômica era ainda maior. Grande parte daquelas que mantiveram relação conjugal com o agressor teve união não formalizada. Em aproximadamente metade dos casos, havia diferença de idade entre vítima e agressor igual ou maior do que dez anos. Nessa perspectiva, o estudo dos fatores de risco não deve obscurecer as relações de gênero e a função disciplinar subjacente aos atos de VDFCM, inclusive as violências graves ou feminicídios.

É primordial que durante o processo de identificação de riscos sejam consideradas múltiplas fontes para garantir a qualidade dos resultados das avaliações. Conforme demonstrou a pesquisa, familiares podem ter mais informação, por exemplo, sobre o isolamento da vítima.

Faz-se necessário que sejam aprimoradas as estratégias de avaliações de risco de feminicídio levando-se em conta estudos sobre fatores de risco específicos para esse contexto. Deve-se levar em consideração que controle e coerção têm papel central na dinâmica que antecede o feminicídio, contudo, outros fatores são relevantes e devem ser investigados. Profissionais com formação específica devem ser treinados para avaliar por exemplo, dimensões relacionadas à ideação suicida pelo autor.

Existem limitações metodológicas do estudo que merecem ser destacadas. O estudo tem características exploratórias e sua metodologia não permite que seja estabelecido quais fatores de risco devem receber mais peso. São necessários estudos futuros com metodologia que permita o estudo da capacidade preditiva de cada item, como por meio de estudos correlacionais prospectivos com acompanhamento longitudinal de mulheres avaliadas por meio dos itens (v. KROPP; HART, 2000, p. 1-33; WILLIAMS; HOUGHTON, 2004, p. 437-455).

Outra limitação é que, durante a análise dos dados, foram consideradas as narrativas presentes nos processos judiciais e nas entrevistas com familiares como fonte para a quantificação de fatores de risco, sem a narrativa direta pela própria mulher. A não localização de elemento que comprove sua presença não é indicativo da sua inexistência no caso concreto. Muitas vítimas de violência doméstica costumam não denunciar os abusos sofridos para autoridades, bem como esconder elementos da dinâmica abusiva de seus familiares por vergonha e culpa. Nessa perspectiva, dados anteriores de violências preexistentes podem, por exemplo, não refletir a integralidade da vitimização.

6. Referências bibliográficas

ABDALLA-FILHO, Elias; OLIVEIRA, Everardo Furtado de. Transtornos por uso de substâncias psicoativas. In: TABORDA, José. G. V.; ABDALLA-FILHO, Elias; CHALUB, Miguel (Org.). *Psiquiatria forense*. Porto Alegre: Artmed, 2002.

ALMEIDA, Iris Sofia Balbino de. *Avaliação de risco de feminicídio*: poder e controle nas dinâmicas das relações íntimas. 2012. Tese (Doutorado em Psicologia) – Departamento de Psicologia Social e das Organizações, Instituto Universitário de Lisboa, Lisboa, 2012. Disponível em: [https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/5893/4/PhD_Iris_Almeida.pdf]. Acesso em: 11.06.2020.

ANDERSON, Anita S.; LO, Celia C. Intimate partner violence within law enforcement families. *Journal of Interpersonal Violence*, Thousand Oaks, v. 26, n. 6, p. 1176-1193, 2011.

ÁVILA, Thiago Pierobom de (Org.). *Modelos europeus de enfrentamento à violência de gênero*: experiências e representações sociais. Brasília: ESMPU, 2014.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. Articulação do trabalho em rede para a proteção à mulher em situação de violência doméstica e familiar. In: BRASIL. *Violência contra a mulher*: um olhar do Ministério Público brasileiro. Brasília: CNMP, 2018a.

ÁVILA, Thiago Pierobom de. The criminalization of femicide. In: FITZ-GIBBON, Kate et al. (Org.) *Intimate partner violence, risk and security*: securing women's lives in a global world. Londres: Routledge, 2018b.

BOGRAD, Michele; MEDEROS, Fernando. Battering and couple therapy: universal screening and selections of treatment modality. *Journal of Marital and Family Therapy*, v. 25, n. 3, p. 291-312, 1999.

BOSSARTE, Robert M., SIMON, Thomas R.; BARKER, L. Characteristics of homicide followed by suicide incidents in multiple states, 2003-04. *Injury Prevention*, v. 12, n. 2, p. 33-38, 2006.

CAMPBELL, Jacquelyn C., et al. Risk factors for femicide in abuse relationships: results of a multisite case control study. *American Journal of Public Health*, v. 93, n. 7, p. 1089-1097, 2003.

CAMPBELL, Jacquelyn C., WEBSTER, Daniel W.; GLASS, Nancy. The Danger Assessment: validations of a lethality risk assessment instrument for intimate partner femicide. *Journal of Interpersonal Violence*, Thousand Oaks, v. 24, n. 4, p. 653-674, 2009.

CARDOSO, Renata Braz das Neves. *Homens autores de violência doméstica contra parceiros íntimos*: estudo com policiais militares do Distrito Federal. Dissertação de mestrado – Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília. Brasília. 2016.

CASTANHO, António (Ed.). *Análise retrospectiva de homicídios ocorridos em relações de intimidade*. Lisboa: Direção Geral de Administração Interna, 2013.

CERQUEIRA, Daniel e BUENO, Samira (Coord.). *Atlas da violência 2019*. Brasília: IPEA, FBSP, 2019.

CRANK, John P. *Understanding police culture*. Cincinnati: Anderson, 1998.

DAWSON, Myrna. Intimate femicide followed by suicide: examining the role of premeditation. *Suicide and Life-Threatening Behavior*, v. 35, n. 1, p. 76-90, 2005.

DAWSON, Myrna; PISCITELLI, Anthony Risk Factors in Domestic Homicides: Identifying Common Clusters in the Canadian Context. *Journal of Interpersonal Violence,* Thousand Oaks, s/n., p. 1-12, 2017. Disponível em: [www.violenceresearch.ca/sites/default/files/RISK%20FACTORS%20IN%20DOMESTIC%20HOMICIDES%252c%20COMMON%20CLUSTERS.pdf]. Acesso em: 11.06.2020.

DAY, Vivian Peres et al. Violência doméstica e suas diferentes manifestações. *Revista de Psiquiatria*, Rio Grande do Sul, v. 25, n. 1, p. 9-21, 2003.

DINIZ, Debora (Coord.). *Radiografia dos homicídios por violência doméstica contra a mulher no Distrito Federal*. Brasília: ANIS, 2015.

DISTRITO FEDERAL. *Questionário de avaliação de risco no Distrito Federal*. Brasília: MPDFT, 2016. Disponível em: [www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/Question%C3%A1rio_de_avalia%C3%A7%C3%A3o_de_risco_completo.pdf]. Acesso em: 09.06.2020.

DISTRITO FEDERAL. *Relatório Técnico 01/2018*. Brasília: NG/MPDFT, 2018. Disponívelem:[www.mpdft.mp.br/portal/pdf/Relat%C3%B3rio_Viol%C3%AAncia_Dom%C3%A9stica_2017_-_MPDFT.pdf]. Acesso em: 09.07.2020.

DOBASH, R. Emerson; DOBASH, Russel P. What were they thinking? Men who murder an intimate partner. *Violence Against Women*, n. 17, n. 1, p. 111-134, 2011.

DOBASH, R. Emerson; DOBASH, Russel P.; CAVANAGH, Kate; LEWIS, Ruth. Not an ordinary killer – Just an ordinary guy: when men murder an intimate woman partner. *Violence against woman*, v. 10, n. 6, p. 577-605, 2004.

FERGUSON, Claire; MCLACHLAN, Freya. *Predicting and assessing lethal risk in domestic and family violence situations in Australia*. Brisbane: QUT Centre for Justice Briefing Paper, 2020.

FERNANDES, Catarina; MONIZ, Helena; MAGALHÃES, Teresa. Avaliação e controlo do risco na violência doméstica. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n. 1, 2013.

GARCIA, Leila Posenato; Duarte, Elisabeth Carmen; Freitas, Lúcia Rolim Santana de; Silva, Gabriela Drummond Marques da. Violência doméstica e familiar contra a mulher: estudo de casos e controles com vítimas atendidas em serviços de urgência e emergência. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, n. 32, v. 4, p. 1678-4464, 2016.

GUADALUPE, Thiago de Carvalho (Org.). *A elaboração da ficha de avaliação de risco do Espírito Santo*. Vitória: Instituto Jones dos Santos Neves, 2018. Disponível em: [www.ijsn.es.gov.br/component/attachments/download/6247]. Acesso em: 15.11.2018.

GUERRA, Paulo; GAGO, Lucília (Coord.). *Violência domésticas*: implicações sociológicas, psicológicas e jurídicas do fenômeno: Manual Pluridisciplinar. Lisboa: Centro de Estudos judiciários e Comissão para Cidadania e Igualdade de Gênero, 2016. Disponível em: [www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/outros/Violencia-Domestica-CEJ_p02_rev2c-EBOOK_ver_final.pdf]. Acesso em: 22.06.2020.

HERMOSO, María del Rocio Gómez; VICENTE, José Manuel Muñoz; MEZQUITA, Blanca Gómez; MARTINS, Rebeca Gómes; DE LA CALLE, Nuria Mateos. *Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja* (VCMP). Madrid: Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, 2012.

HEUBERGER, Richard M.; HOLLAND, Burt. *Statistical analysis and data display*: an intermediate course with examples in R. 2. ed. Nova York: Springer, 2015.

JOHNSON, Holly et al. Intimate femicide: the role of coercitve control. *Feminist Criminology*, v. 14, n. 1, p. 3-23, 2019.

KROPP, P. Randall; HART, Stephen D. The spousal assault risk assessment (SARA) guide: reliability and validity in adult male offenders. *Law and Human Behavior*, v. 24, n. 1, p. 101-118, 2000.

KROPP, P. Randall; HART, Stephen D.; WEBSTER, Christopher D.; EAVES, Derek. (1999). *Spousal Assault Risk Assessment Guide* – User's manual. Toronto: Multi-Health Systems Inc. & B. C. Institute Against Family Violence, 1999.

LAURA, Ronald S. Alcohol abuse women and domestic violence (part 4). *Women Health*, v. 3, n. 3, p. e18-e20, 2017. Disponível em: [https://openventio.org/wp-content/uploads/Alcohol-Abuse-Women-and-Domestic-Violence-Part-4-WHOJ-3-e012.pdf]. Acesso em: 22.06.2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos da metodologia científica*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MATOS, Marlene; GRANGEIA, Helena; FERREIRA, Célia; AZEVEDO, Vanessa. *Inquérito de vitimização por stalking*. Braga: GISP, 2011. Disponível em: [http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/31235/1/Inque%CC%81rito%20de%20vitimac%CC%A7a%CC%83o%20por%20Stalking%20co%CC%81pia.pdf]. Acesso em: 22.06.2020.

MCCULLOCH, Jude et al. *Review of the family violence risk assessment and risk management framework (CRAF)*: final report. Melbourne: Monash University, 2016.

MCEWAN, Troy E. et al. Violence in stalking situations. *Psychological Medicine*, v. 39, n. 9, p. 1469-1478, 2009.

MCFARLANE, J, M. et al. Stalking and Intimate Partner Femicide. *Homicide Studies,* v. 3, n. 4, 1999.

MCKENZIE, Mandy; KIRKWOOD, Debora; TYSON, Danielle; BROWNYN, Naylor. *Out of character?* Legal responses to intimate partner homicides by men in Victoria 2005-2014. Melbourne: Domestic Violence Resource Centre Victoria, 2016.

MEDEIROS, Marcela Novais. *Avaliação de risco em casos de violência contra a mulher perpetrada por parceiro íntimo*. 2015. Tese (Doutoramento em psicologia clínica e cultura) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

MEDEIROS, Marcela Novais; TAVARES, Marcelo; DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling. Avaliação de risco nas relações de intimidade. In: CONCEIÇÃO, Maria Inês Gandolfo; TAFURI, Maria Isabel; CHATELARD, Daniela (Org.). *Psicologia clínica e cultura contemporânea*. Brasília: Technopolitik, 2015. v. 2.

MIRANDA, Dayse; GUIMARÃES, Tatiana. O suicídio policial: O que sabemos? *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 1-18, 2016.

MONCKTON-SMITH, Jane. Intimate Partner Femicide: using Foucauldian analysis to track an eight stage relationship progression to homicide. *Violence Against Women*, (*on-line*), p. 1-19, 2019. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1077801219863876]. Acesso em: 22.06.2020.

NICOLAIDIS, Christina et al. Could we have known? A qualitative analysis of data from women who survived an attempted homicide by an intimate partner. *Journal of General Internal Medicine*, v. 18, n. 10, p. 788-794, 2003.

NICOLLS, Tonia L.; PRITCHARD, Michelle M.; REEVES, Kim A.; HILTERMAN, Edward. Risk assessment in intimate partner violence: a systematic review of contemporary approaches. *Partner Abuse*, v. 4, n. 1, p. 76-168, 2013.

OMS (Organização Mundial de Saúde). *Global and regional estimates of violence against women*: prevalence and health effects of intimate partner violence and non-partner sexual violence. Genebra: OMS, 2013. Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf?ua=1]. Acesso em: 15.11.2018.

RAJ, Anita et al. Longitudinal analysis of the impact of economic empowerment on risk for intimate partner violence among married women in rural Maharashtra, India. *Social Science & Medicine*, v. 196, p. 197-203, 2018.

SANTOS, Maria José Mouraz Lopes dos. *A perícia médico-legal nos casos de violência nas relações de intimidade: contributo para a qualidade*. 2010. Dissertação (Mestrado em Ciências Forense) – Universidade do Porto, Porto, 2010. Disponível em: [https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/55453/2/teseMjoseMLSantos.pdf]. Acesso em: 22.06.2020.

SHEEHAN, Brynn E; MURPHY, Sharon B.; MOYNIHAN, Mary M.; DUDLEY-FENNESSEY, Erin; STAPLETON, Jane G. Intimate partner homice: new insights for understanding lethality and risk. *Violence Against Women*, v. 21, n. 2, p. 269-288, 2015.

SOARES, Barbára Sumeci. *Enfrentando a violência contra mulher*: orientações práticas para profissionais e voluntários(as). Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República, 2005.

STREY, Marlene Neves; JARDIM, Renata Teixeira. Avaliação e gestão de risco para mulheres em situação de violência doméstica e familiar: a experiência da rede de enfrentamento a violência de Canoas/RS. In: PASINATO, Wania et al. (Org.). *Políticas públicas de prevenção à violência contra a mulher*. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

TAVARES, Marcelo; MEDEIROS, Marcela Novais. Avaliação psicológica no contexto forense. In: HUTZ, Claudio Hutz et al. (Org.). *Avaliação psicológica no contexto forense*. Porto Alegre: Artmed, 2020.

WAISELFISZ, Júlio Jacob. *Mapa da Violência 2015*: homicídios de mulheres no Brasil. Brasília: Flacso, 2015.

WALKER, Leonore E. A. *The Battered woman syndrome*. 3. ed. Nova York: Spring Publishing Company, 1999.

WALKLATE, Sandra. Criminology, gender and risk: the dilemas of Northen theorising for Southern responses to intimate partner violence. *International Journal of Crime, Justice and Social Democracy*, n. 1, p. 1-14, 2018.

WALSEFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015*: homicídios de mulheres no Brasil. Brasília: Flacso, 2015.

WILLIAMS, Kirk R.; HOUGHTON, Amy Barry. Assessing the risk of domestic reoffending: a validation study. *Law and Human Behavior*, v. 28, n. 4, p. 437-455, 2004.

Legislação

BRASIL. *Lei 13.104*. Altera o Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, 2015.

BRASIL. *Diretrizes Nacionais Feminicídio* – investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília: ONU Mulheres/Brasil, 2016.

BRASIL. *Orientações para uso do formulário de avaliação de risco FRIDA*. Brasília: CNMP, 2019. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/noticias/2019/novembro/Frida_1.pdf]. Acesso em: 09.06.2020.

BRASIL. Resolução Conjunta 05, de 3 de março de 2020. Brasília: CNJ e CNMP, 2020. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-Conjunta-n-5-2020.pdf]. Acesso em: 09.06.2020.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Feminicídio e as tensões de sua criminalização em processos judiciais no Distrito Federal, de Isadora Dourado Rocha – *RBCCrim* 152/465-498 (DTR\2019\95);
- Feminicídio: uma análise da violência de gênero no Brasil, de Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas e Fabiano Porto Francisco – *RT* 999/369-404 (DTR\2018\22792);
- A proteção das mulheres e o direito penal: um estudo quantitativo sobre os casos de feminicídio no Tribunal do Júri, de Pamela Torres Villar – *RBCCrim* 151/345-381 (DTR\2018\22760); e
- Lei Maria da Penha e Lei do feminicídio: a violência de gênero no Brasil entre hostilidades, simbolismo e legitimidade, de Danler Garcia – *RBCCrim* 169/163-192 (DTR\2020\7971).

Veja também Jurisprudência relacionada ao tema

- Conteúdo exclusivo Web: JRP\2021\266153, JRP\2021\22804, JRP\2020\1147018, JRP\2020\864111, JRP\2020\756105, JRP\2020\665794.

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 121, § 2º, VI, do Código Penal (LGL\1940\2).

Direito por Quem o Faz

Parecer: semi-inimputabilidade por transtorno bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro

Opinion: Semi-inimputability due to bipolar disorder: alternativeness of the cognitive and volitional requirements of article 26, sole paragraph, of the Brazilian Penal Code

Túlio Vianna

Pós-Doutorado na Università Di Bologna. Doutor em Direito pela UFPR.
Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado.
ORCID: [0000-0002-8002-3960].
tuliovianna@tuliovianna.adv.br



Área do Direito: Penal

Resumo: Os requisitos da semi-inimputabilidade penal previstos no art. 26, parágrafo único, do Código Penal, são alternativos, como fica evidenciado pelo uso da conjunção "ou" no texto legal. O transtorno bipolar não afeta a capacidade cognitiva do agente e ele consegue entender perfeitamente o caráter ilícito de suas ações. A bipolaridade, porém, pode afetar de forma decisiva sua capacidade volitiva para determinar-se conforme esse entendimento. Dessarte, é perfeitamente possível o reconhecimento da semi-inimputabilidade penal a acusado que, no momento da ação, apesar de ser inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato, não conseguiu determinar-se de acordo com esse entendimento em virtude de transtorno bipolar.

Palavras-chave: Imputabilidade – Semi-imputabilidade – Doença mental – Transtorno bipolar – Autodeterminação.

Abstract: The requirements of criminal liability fixed in art. 26, sole paragraph, of the Penal Code are alternative, as evidenced by the use of the conjunction "or" in the legal text. The bipolar disorder does not affect the cognitive capacity of the agent and he is able to perfectly understand the illicit character of his actions. Bipolar disorder, however, can decisively affect its volitional capacity to determine itself according to this understanding. Therefore, it is perfectly possible to recognize the criminal semi-liability of the accused who, at the moment of the action, despite being entirely capable of understanding the illicit character of the fact, was not able to determine himself according to that understanding due to a bipolar disorder.

Keywords: Liability – Mens rea – Duress – Mental illness – Bipolar disorder.

Vianna, Túlio. Parecer: semi-inimputabilidade por transtorno bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 331-340. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

Sumário: 1. Consulta. 2. Considerações gerais. 3. Respostas aos quesitos. 4. Referências bibliográficas.

1. Consulta

Trata-se de consulta formulada pelos eminentes advogados Dr. L.M. e Dra. J.S., com pedido de parecer sobre o incidente de insanidade mental xxxxxxx-61.2019.8.13.0024, que tramita perante o 1º Tribunal de Júri de Belo Horizonte.

A consulta veio acompanhada de cópia integral do incidente de insanidade mental.

O laudo pericial a fls. 64-85 concluiu que o periciado, ao tempo do fato, era capaz de entender o caráter ilícito das suas ações, mas não era inteiramente capaz de determinar-se de acordo com este entendimento.

> "no exato momento da alegada Prática Delitiva, o controle da vontade e do impulso do Réu de possivelmente estar praticando uma 'Conduta Delitiva' estava reduzido (Diminuído), ou seja, verificou-se uma Redução da capacidade dele controlar sua vontade e seu impulso em se conduzir livre e voluntariamente para praticá-la." (fls. 74)

A meritíssima juíza em sentença a fls. 90-91 decidiu que: "não há que se falar inimputabilidade ou semi-imputabilidade, pois possuía o réu capacidade de compreensão que não era afetada pela patologia que lhe acomete."

A defesa interpôs embargos de declaração que foram rejeitados nos seguintes termos:

> "Nesta senda, não merece reparos a sentença, uma vez que, conforme o laudo pericial, a capacidade de entendimento do acusado não estava abolida nem reduzida no momento da prática delitiva, ou seja, mesmo padecendo dos transtornos psiquiátricos elencados no laudo de sanidade mental de ff. 64/85, o embargante possuía, no momento do delito, pleno conhecimento do caráter ilícito dos fatos.
>
> Desta forma, conforme já decidido, não há que se falar em inimputabilidade ou semi-imputabilidade do acusado."

Diante desse cenário, indagaram-me os ilustres patronos do acusado:

1º Quesito: para aferição da semi-imputabilidade, nos termos do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato

Vianna, Túlio. Parecer: semi-inimputabilidade por transtorno bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 331-340. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

e a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento devem ser consideradas cumulativa ou alternativamente?

2º Quesito: juridicamente, ao tempo da ação ou da omissão, o indivíduo pode demonstrar plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, mas reduzida capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento?

3º Quesito: a expressão "controle da vontade e do impulso do periciado" inserida na conclusão do Laudo Pericial corresponde à expressão "capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento" descrita no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal?

4º Quesito: as conclusões do Laudo Pericial que examinou D.M. descrevem o quadro de semi-imputabilidade previsto no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal?

Em síntese, é o caso.

2. Considerações gerais

O fundamento teórico da semi-inimputabilidade penal previsto no art. 26, parágrafo único, do Código Penal brasileiro é a *culpabilidade diminuída do acusado*.

A culpabilidade a partir da teoria finalista da ação passou a ser entendida como exclusivamente normativa. Para que uma pessoa possa ser considerada culpável por seus atos há que se verificar se ela cumpre *cumulativamente* estes dois requisitos: 1. *consciência potencial da ilicitude do ato*; 2. *exigibilidade de conduta diversa (autodeterminação do agente)*[1].

A *consciência potencial da ilicitude* é o entendimento intelectual de que a conduta em questão é contrária à lei.

Uma criança de 5 anos, por exemplo, ainda não tem a capacidade de compreender o que é uma lei e por que ela deve obedecê-la. A lei é um conceito demasiadamente abstrato para a idade dela.

De forma semelhante, pessoas com Transtorno de Desenvolvimento Intelectual Profundo (DSM–318.2[2]) têm uma grave deficiência intelectual que as torna incapazes de entender o que é uma lei e por que elas devem obedecê-la. Seu

1. Cf.: ROXIN, 2006, p. 819 e segs.; ZAFFARONI, 2002., p. 647 e segs.; PUIG, Santiago Mir, 2005, p. 591 e segs.
2. Cf.: AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 33 e segs. BARLOW; DURAND, 2015, p. 552 e segs.

intelecto assemelha-se ao de crianças e essa deficiência intelectual torna o indivíduo dependente de outras pessoas mesmo para questões simples do dia a dia.

A ausência de culpabilidade nesses casos se dá por incapacidade de compreensão da norma. Crianças e pessoas com deficiência intelectual profunda (baixo Q.I.) não são penalmente responsáveis por uma *limitação intelectual*.

Mas não é só a limitação intelectual que exclui ou diminui a culpabilidade. Há casos em que o indivíduo sabe perfeitamente que determinada conduta é crime, mas sua autodeterminação está tão limitada que é não é possível exigir dele uma conduta diversa.

É o caso, por exemplo, de um gerente de banco em pleno gozo de suas capacidades mentais, ameaçado por um ladrão com uma arma de fogo apontada para sua cabeça. Ninguém duvida que ele entenda perfeitamente que é crime entregar dinheiro alheio para os ladrões. Ele sabe perfeitamente disso. Ele simplesmente não consegue, naquela situação, obedecer à lei, pelo temor de tomar um tiro. Nessas situações, o Direito obviamente não pune a pessoa ameaçada de morte, pois entende-se que *não era exigível dela uma conduta diversa*, porque ela *não tinha capacidade de autodeterminar-se*.

Alguns transtornos mentais podem gerar uma incapacidade de determinar-se muito semelhante ao causado por uma arma de fogo apontada para a cabeça.

A esquizofrenia (DSM–295.90[3]), por exemplo, pode causar alucinações e delírios bastante reais para quem sofre desse transtorno. Esses sintomas podem variar desde "ouvir vozes" até casos graves de delírio persecutório em que o esquizofrênico chega a acreditar que está sendo perseguido por alienígenas. Para as pessoas em pleno gozo de suas faculdades mentais, essas vozes e visões podem parecer bobagem, mas para o esquizofrênico elas parecem tão reais quanto um revólver apontado para sua cabeça. E, na ânsia por salvarem suas vidas da ameaça imaginária, podem acabar praticando crimes.

É bom frisar que, apesar dos delírios e alucinações, há esquizofrênicos até mesmo de altíssimo Q.I. e esse não é um transtorno que afete sua capacidade intelectual. O esquizofrênico sabe perfeitamente que agredir um ser humano é crime. Em virtude dos delírios e das alucinações, porém, ele pode não ser capaz de evitar a agressão.

Tanto o gerente do banco que entrega o dinheiro ao ladrão quanto o esquizofrênico que agride alguém por acreditar que ele ameaça sua vida, agem sem

3. Cf.: AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014, p. 99 e segs. BARLOW; DURAND, 2015, p. 494 e segs.

Vianna, Túlio. Parecer: semi-inimputabilidade por transtorno bipolar:
alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 180. ano 29. p. 331-340. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

autodeterminação. Não foi uma escolha livre deles praticar o crime, mas foram forçados a isso por uma causa externa (no caso do gerente) ou interna (no caso do esquizofrênico). Nesses casos, o Direito Penal brasileiro não os pune, pois considera-se acertadamente que *não era possível exigir uma conduta diferente* deles naquele momento.

Vê-se, pois, que diferentes transtornos mentais geram a exclusão da responsabilidade penal por *fundamentos diversos*. Alguns transtornos afetam a capacidade *cognitiva* do agente (intelectual) e excluem a culpabilidade por *incapacidade de conhecer a ilicitude do ato*. Outros transtornos afetam a capacidade *volitiva* do agente (autodeterminação) e excluem a culpabilidade por *inexigibilidade de conduta diversa*.

A culpabilidade é excluída na ausência de qualquer um desses dois fatores. Não é necessário que uma criança de 5 anos seja ameaçada para uma arma de fogo para ser absolvida por ausência de culpabilidade. A idade de 5 anos, por si só, já exclui a culpabilidade pela limitação intelectual de compreensão da norma. A ameaça com a arma de fogo, por si só, já exclui a culpabilidade pela limitação da autodeterminação de agir conforme a norma.

Feitas essas breves considerações iniciais, passemos à análise dos quesitos.

3. Respostas aos quesitos

1º Quesito: para aferição da semi-imputabilidade, nos termos do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal, a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e a capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento devem ser consideradas cumulativa ou alternativamente?

Resposta: *alternativamente*.

Tanto a partir de uma interpretação puramente gramatical quanto de uma interpretação teleológica da lei, não há dúvidas de que a norma exige apenas um dos elementos para a redução da pena.

Dispõe o parágrafo único do art. 26 do Código Penal Brasileiro:

> "A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato *ou* de determinar-se de acordo com esse entendimento." (grifo nosso)

A interpretação literal da lei já leva à conclusão inequívoca do caráter alternativo dos pré-requisitos para a redução da pena. Na língua portuguesa, a

conjunção *ou* é classificada como conjunção coordenativa alternativa. Veja-se, por exemplo, a definição do consagrado gramático Luiz Antonio Sacconi[4]: "Alternativas – Exprimem ideia de alternância, ligando pensamentos que se excluem."

O Código Penal é farto de exemplos do uso da conjunção *ou* com o sentido alternativo. Veja-se, por exemplo, o art. 65, I: "Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I – ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, *ou* maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;"

Nesse exemplo, vê-se com clareza como seria inconcebível interpretar a conjunção *ou* com caráter aditivo e exigir que o réu fosse ao mesmo tempo menor de 21 (vinte e um) anos *e* maior de 70 (setenta) anos para aplicação da atenuante.

Não bastasse a clareza da interpretação literal da lei, uma interpretação teleológica leva inequivocamente à mesma conclusão.

Conforme exposto nas considerações gerais, há pacientes com transtornos psiquiátricos graves que têm a plena consciência da ilicitude de seus atos. Tome-se, por exemplo, os casos graves de esquizofrenia nos quais a pessoa tem delírios persecutórios a ponto de acreditar que esteja sendo perseguida por extraterrestres. Mesmo assim, ela entende perfeitamente que matar um ser humano é crime.

Na extensa lista de transtornos psiquiátricos trazida pelo Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM–5),[5] raríssimos são os transtornos que teriam o condão de impedir uma pessoa de entender que matar um ser humano é crime. Entre os exemplos, destaca-se o Transtorno do Desenvolvimento Intelectual. Trata-se de indivíduos de baixíssimo Q.I., cujas limitações cognitivas tornam impossível a compreensão da gravidade de matar um ser humano. Esses indivíduos têm pouca compreensão da linguagem falada e especialmente escrita. São incapazes para os atos da vida civil.

A maioria absoluta dos casos de inimputabilidade penal por transtornos psiquiátricos, porém, dá-se por limitações exclusivamente da capacidade de determinar-se de acordo com o entendimento da ilicitude do fato.

Vale frisar que nenhum dos transtornos psiquiátricos descritos no DSM-5 limita cumulativamente a capacidade *cognitiva* (compreensão da ilicitude da conduta) e ao mesmo tempo a capacidade *volitiva* (determinar-se de acordo com esse entendimento).

4. SACCONI, 1990, p. 269.

5. Cf.: AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2014.

Vianna, Túlio. Parecer: semi-inimputabilidade por transtorno bipolar:
alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 180. ano 29. p. 331-340. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

Exigir os requisitos legais cumulativamente tornaria o parágrafo único do art. 26 praticamente inaplicável, pois não haveria doença psiquiátrica conhecida que cumpriria simultaneamente com esses dois requisitos. O acusado teria que apresentar simultaneamente dois transtornos mentais diferentes – um intelectual e o outro de autodeterminação – para ser beneficiado pela lei.

Assim, tanto do ponto de vista *gramatical* (presença da conjunção alterativa) quanto do ponto de vista *teleológico* (não haveria transtorno que contemplasse a exigência cumulativa dos requisitos), não tenho dúvidas em afirmar que a exigência do art. 26, parágrafo único, do Código Penal é *alternativa*.

2º Quesito: juridicamente, ao tempo da ação ou da omissão, o indivíduo pode demonstrar plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato, mas reduzida capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento?

Resposta: *sim*.

Essa hipótese, inclusive, é a mais comum na prática. Pessoas com Deficiência Intelectual (baixo Q.I.) normalmente são bastante amáveis e raramente praticam condutas agressivas.

A maioria das condutas típicas praticadas por inimputáveis se dá justamente por pessoas que sabem que praticam uma conduta ilícita, mas, por estarem em surto psiquiátrico, não conseguem inibir seus impulsos. Isso se dá em casos de esquizofrenia (com delírios, alucinações etc.) e em alguns casos graves de bipolaridade (com graves perturbações de humor), como no caso do laudo pericial objeto deste parecer.

Nessas hipóteses, a pessoa sabe que pratica um crime, mas simplesmente não consegue inibir seus impulsos em razão do transtorno psiquiátrico.

É bastante conhecida na literatura especializada o caso de Elliot, que foi diagnosticado com um tumor no cérebro do tamanho de uma pequena laranja. Em razão disso, ele teve que se submeter a uma cirurgia para a retirada do tumor. A cirurgia foi um sucesso e o tumor foi retirado, mas Elliot passou a sofrer importantes alterações em seu comportamento.

Nas palavras de António Damásio[6], professor de neurociência na Universidade do Sul da Califórnia:

> "Para ser exato, a inteligência, a capacidade de locomoção e de falar de Elliot permaneceram ilesas. No entanto, sob muitos pontos de vista, Elliot já não era Elliot. (p. 60)

6. DAMÁSIO, 1996, p. 60-62.

> […]
>
> A tragédia desse homem, que em todo o resto era saudável e inteligente, resultava do fato de, apesar de não ser nem estúpido nem ignorante, agir frequentemente como se fosse. Seu mecanismo de tomada de decisões estava tão defeituoso que ele já não podia funcionar efetivamente como ser social." (p. 62)

A retirada do tumor cerebral de Elliot não gerou danos à sua capacidade *intelectual*, mas à sua capacidade de *tomada de decisões*. O caso Elliot ilustra muito bem como uma pessoa pode compreender intelectualmente o sentido das normas sociais, mas não conseguir tomar decisões adequadas pautando-se nesse entendimento.

Em síntese: *sim*, é perfeitamente possível que o indivíduo *entenda* o caráter ilícito do fato, mas tenha reduzida capacidade de *determinar-se* de acordo com esse entendimento.

3º Quesito: a expressão "controle da vontade e do impulso do periciado" inserida na conclusão do Laudo Pericial corresponde à expressão "capacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento" descrita no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal?

Resposta: *sim*.

O laudo pericial apresentado firmado pelo Dr. P.R. em 20 de dezembro de 2019 (fls. 64-85) conclui de forma inequívoca que:

> "no exato momento da alegada Prática Delitiva, o controle da vontade e do impulso do Réu de possivelmente estar praticando uma 'Conduta Delitiva' estava reduzido (Diminuído), ou seja, verificou-se uma Redução da capacidade dele controlar sua vontade e seu impulso em se conduzir livre e voluntariamente para praticá-la." (fls. 74)

Em síntese, o perito afirma que: no momento do crime, o controle do impulso do réu estava reduzido. Em linguagem técnica jurídica, isso equivale a dizer que ele não era capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento, nos exatos termos previstos no art. 26, parágrafo único do Código Penal Brasileiro.

A fls. 77 o perito reafirma suas conclusões expostas na página 74:

> "No exato momento da alegada Prática Delitiva, o controle da vontade e do impulso do Periciado de possivelmente estar praticando uma 'Conduta Delitiva' estava reduzido (Diminuído), ou seja, verificou-se uma Redução da capacidade dele controlar sua vontade e seu impulso em se conduzir livre e

> voluntariamente para praticá-la , de acordo com seu completo entendimento de que estava praticando uma Conduta Típica, Ilícita e Passível de Punição ('Crime'), fato, este de Origem Psicopatogênica, isto é, em consequência ao Adoecimento Psíquico que ele padece, ou seja, decorrente do citado Transtorno Mental e de Comportamento que ele padecia naquela época (A Doença Mental denominada 'Transtorno Afetivo Bipolar'/ F 31 do 'CID 10' da OMS/ ONU),·tendo-se observado uma Parcial 'Insanidade Mental Criminal' do ponto de vista do Aspecto da 'Autodeterminação Criminal'".

Mais uma vez, o que o perito expõe em linguagem médica é exatamente a hipótese prevista no parágrafo único do art. 26 do Código Penal como *a incapacidade de determinar-se de acordo com esse entendimento*.

4º Quesito: as conclusões do Laudo Pericial que examinou D. M. descrevem o quadro de semi-imputabilidade previsto no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal?

Resposta: *sim*.

O laudo pericial do Dr. p. R. descreve uma hipótese típica de semi-imputabilidade por bipolaridade.

Vale transcrever mais uma vez a conclusão do perito a fls. 77: "tendo-se observado uma Parcial 'Insanidade Mental Criminal' do ponto de vista do Aspecto da 'Autodeterminação Criminal'".

E a fls. 83 o perito é inequívoco: "O Réu, do ponto de vista Legal ('Linguagem Jurídica'), padece de uma Doença Mental que, do ponto de vista Médico ('Linguagem Científica'), é denominada de 'Transtorno Afetivo Bipolar'". (F 31 do "CID 10" da OMS/ONU)

O entendimento do médico é de que o réu padece do *Transtorno Bipolar* em um nível suficientemente grave para impedir que o réu tivesse no momento do crime a *capacidade de determinar-se* de acordo com o entendimento do caráter ilícito do seu ato.

Ou, de uma forma mais simples: o réu sabia perfeitamente que era crime agir daquela forma, mas não tinha condições psíquicas para se controlar e evitar seus impulsos.

É o meu parecer.

Belo Horizonte, 17 de agosto de 2020.

Túlio Vianna

Vianna, Túlio. Parecer: semi-inimputabilidade por transtorno bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 180. ano 29. p. 331-340. São Paulo: Ed. RT, junho 2021.

4. Referências bibliográficas

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais*: DSM-5. Porto Alegre: Artmed, 2014.

BARLOW, David H.; DURAND, Mark R. *Psicopatologia*: uma abordagem integrada. 2. ed. São Paulo: Cengage Learning, 2015.

DAMÁSIO, António R. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal*: parte general. Barcelona: Julio César Faria Editor, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal* – Parte general. Madrid: Civitas 2006. t. I.

SACCONI, Luiz Antonio. *Nossa gramática*: teoria. São Paulo: Atual, 1990.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derecho penal*: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Considerações acerca da semi-imputabilidade e inimputabilidade penais resultantes de transtornos mentais e de comportamento, de Maria Regina Rocha Ramos – *RBCCrim* 39/215-229 (DTR\2002\814); e
- Transtornos da personalidade: aspectos clínicos, jurídicos e éticos, de Thiago Fernando da Silva, Gustavo Bonini Castellana e Daniel Martins de Barros – *RDM* 4 (DTR\2019\42452).

Veja também Legislação relacionada ao tema

- Art. 26, parágrafo único, do CP (LGL\1940\2).

Índice Alfabético-remissivo

AUTORES

A

ALMEIDA, Gustavo Augusto Cabral de
– Las prisiones en el Brasil ochocentista: una revisión bibliográfica exhaustiva, p. 265

ÁVILA, Thiago Pierobom de
– Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, p. 297

B

BARROS, Fabrício Barbosa
– Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina, p. 113

BOLDT, Raphael (tradutor)
– Transformações democráticas do direito penal moderno?, p. 49

C

CHAGAS, Cátia Betânia
– Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, p. 297

CHINI, Mariana
– Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, p. 235

D

DIVAN, Gabriel Antinolfi
– Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, p. 235

F

FERREIRA, Carolina Costa
– Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, p. 235

G

GÜNTHER, Klaus
– Transformações democráticas do direito penal moderno?, p. 49

K

KASECKER, Izabele
– Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida, p. 19

L

LAURINO, Carolina González
– Paradojas en las medidas socioeducativas no privativas de libertad del sistema penal juvenil uruguayo, p. 201

M

MEDEIROS, Marcela Novais
– Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, p. 297

S

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da
– A imprescindibilidade da implementação da etapa intermediária no processo penal brasileiro, p. 137

SIMMERT, Sebastian
– Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – about a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany, p. 71

V

VIANNA, Túlio
– Parecer: Semi-inimputabilidade por transtorno bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, p. 331

VIEIRA, Elaine Novaes
– Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, p. 297

Z

ZANOTELLI, Breno
– A crítica às alternativas penais na obra de Stanley Cohen, p. 165

TEMAS

A

Alternativas penais – A crítica às alternativas penais na obra de Stanley Cohen , p. 165

Análise retrospectiva – Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, p. 297

Autocolocação em perigo – Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida , p. 19

Autodeterminação – Parecer: Semi-inimputabilidade por transtorno bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, p. 331

Autonomia individual – Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentido, p. 19

Autonomia processual constitucional do *habeas corpus* – Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina, p. 113

Avaliação de risco – Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, p. 297

B

Branquidade – Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, p. 235

Brasil – Las prisiones en el Brasil ochocentista: una revisión bibliográfica exhaustiva , p. 265

C

Criminologia – Las prisiones en el Brasil ochocentista: una revisión bibliográfica exhaustiva , p. 265

Criminologia crítica – Dimensões do (bio) poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, p. 235

D

Debates – Paradojas en las medidas socioeducativas no privativas de libertad del sistema penal juvenil uruguayo, p. 201

Democracia – Transformações democráticas do direito penal moderno?, p. 49

Direito penal – Transformações democráticas do direito penal moderno?, p. 49

Direito processo penal – A imprescindibilidade da implementação da etapa intermediária no processo penal brasileiro, p. 137

Doença mental – Parecer: Semi-inimputabilidade por Transtorno Bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, p. 331

E

Etapa intermediária – A imprescindibilidade da implementação da etapa intermediária no processo penal brasileiro, p. 137

Experiência do amparo nacional na Argentina – Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina, p. 113

F

Fatores de risco – Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, p. 297

Feminicídio – Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, p. 297

H

Hermeneutics – Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – About a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany, p. 71

Heterocolocação em perigo consentida – Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida, p. 19

I

Imputabilidade – Parecer: Semi-inimputabilidade por transtorno bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, p. 331

Imputação objetiva – Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida, p. 19

Infracción adolescente – Paradojas en las medidas socioeducativas no privativas de libertad del sistema penal juvenil uruguayo, p. 201

Interaction – Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – About a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany, p. 71

J

Juiz de garantias – A imprescindibilidade da implementação da etapa intermediária no processo penal brasileiro, p. 137

M

Meaning – Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – About a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany, p. 71

Medidas judiciales en medio abierto – Paradojas en las medidas socioeducativas no privativas de libertad del sistema penal juvenil uruguayo, p. 201

Metodologia comparativa – A imprescindibilidade da implementação da etapa intermediária no processo penal brasileiro, p. 137

Multinormatividade – Transformações democráticas do direito penal moderno?, p. 49

N

Necessidade de flexibilidade e adaptabilidade – Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina, p. 113

Necropolítica – Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, p. 235

P

Potenciais efeitos negativos – Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina, p. 113

Precariedade – Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, p. 235

Princípio da autorresponsabilidade – Autonomia e autorresponsabilidade da vítima nos delitos culposos: uma análise sobre a autocolocação em perigo e a heterocolocação em perigo consentida, p. 19

Prisión – Las prisiones en el Brasil ochocentista: una revisión bibliográfica exhaustiva p. 265

Probability – Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – About a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany, p. 71

Prognostic assessment – Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – About a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany, p. 71

R

Reforma legislativa – A imprescindibilidade da implementação da etapa intermediária no processo penal brasileiro, p. 137

Regulamentação do *habeas corpus* em lei específica – Considerações jurídicas para uma regulamentação do *habeas corpus* no Brasil: a observância da autonomia processual constitucional do *habeas corpus* e a experiência do amparo nacional na Argentina, p. 113

Revisión sistemática – Las prisiones en el Brasil ochocentista: una revisión bibliográfica exhaustiva , p. 265

Risk assessment – Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – About a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany, p. 71

S

Semi-imputabilidade – Parecer: Semi-inimputabilidade por Transtorno Bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, p. 331

Siglo XIX – Las prisiones en el Brasil ochocentista: una revisión bibliográfica exhaustiva , p. 265

Sistema penal juvenil – Paradojas en las medidas socioeducativas no privativas de libertad del sistema penal juvenil uruguayo, p. 201

Stanley Cohen – A crítica às alternativas penais na obra de Stanley Cohen, p. 165

Substitutivos penais – A crítica às alternativas penais na obra de Stanley Cohen, p. 165

T

Teoria crítica – A crítica às alternativas penais na obra de Stanley Cohen, p. 165

Teorias comunicativas da pena – Transformações democráticas do direito penal moderno?, p. 49

Transtorno bipolar – Parecer: Semi-inimputabilidade por Transtorno Bipolar: alternatividade dos requisitos cognitivo e volitivo do artigo 26, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro, p. 331

U

Uruguay – Paradojas en las medidas socioeducativas no privativas de libertad del sistema penal juvenil uruguayo, p. 201

V

Validity – Approaches and problems in risk assessment for the prevention of violent extremist offending – About a philosophical-hermeneutical approach of risk assessment in Germany, p. 71

Violência doméstica contra mulher – Fatores de risco de feminicídio no Distrito Federal, p. 297

Vulnerabilidade – Dimensões do (bio)poder e discurso criminológico crítico: necropolítica e precarização na construção categórica da vulnerabilidade, p. 235

Vulnerabilidade – Transformações democráticas do direito penal moderno?, p. 49

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. Dados gerais do periódico

- **Nome**: Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável**: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato**: impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação**: 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade**: mensal
- **Recebimento de manuscritos**: fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN**: 1415-5400
- ***Qualis***: A1

2. Linha editorial:

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes **seções**:

a) *Direito Penal*: abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;

b) *Processo Penal;*

c) *Crime e Sociedade.*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* – Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concernente ao escopo do periódico.

3. Regras para submissão

O envio dos trabalhos deverá ser feito por correio eletrônico da RBCCrim, para o endereço revista@ibccrim.org.br e mediante o preenchimento do formulário http://bit.ly/30JjvSo. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

3.1. Condições para submissão

a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.

b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações.

c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.

d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.

e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando

necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano.

g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

4. Elementos formais obrigatórios

a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.

b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.

c) Como fonte, **usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm**. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.

e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, **deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.**

f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).

g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:

> Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

   Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). <u>As referências bibliográficas completas</u> deverão constar <u>apenas</u> da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé <u>não se inclui</u> referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

   – Citações diretas de <u>até três linhas</u> devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35)

descreve: "O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]". OU: "Não se mova, faça de conta que está morta." (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

– Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão "Disponível em:" e a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:". As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.

q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

5. Cientificidade

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, sumarizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

5.1. Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa

a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua critica intelectual

importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.[1]

b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.

c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.

d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.

e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.

f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.

g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.

h) Responsabilidade com Dados

- Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
- Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
- Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. Acta boT. bras. 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf

5.2. Responsabilidade editorial

a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.

b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.

c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.

d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

5.3. Política de Privacidade

a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.

b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.

c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.

d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

6. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).

b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.

c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.

d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:

- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
- Contribui para a popularização do conhecimento científico?
- Apresenta inovações significativas?
- Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
- Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
- Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço.
- Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol.
- Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista.
- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros.

- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

7. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review)*: Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
4. O trabalho é inédito?
5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última

hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.

e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

8. DIREITOS AUTORAIS

a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

9. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor (obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser "meras correções ortográficas". Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

10. Critérios de espera e preferência para publicação

a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.

b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância.

c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterá entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação.

d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada.

e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras.

f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro.

g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).

h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

10.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares *(double blind peer review)* e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

10.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares *(double blind peer review)*.

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação**.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastra por meio do seguinte link: https://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/viewform?edit_requested=true.

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer,* sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terão direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de **determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista**, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;

b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);

b) Possui número de registro ORCID;

c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;

d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;

e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar

que existem **limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista**, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao.

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos "critérios de exclusão" (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os "critérios de avaliação" (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. Regras sobre disponibilidade e prazos de resposta

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir **até dois pareceres por bimestre** no **prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação**.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc*,** tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. Pressupostos de integridade ética aos avaliadores

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: [https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies]. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas **devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais**.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial **conflito de interesse**, quando manter colaboração cientifica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. "Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade"

6. Princípios para uma boa avaliação[1]

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma "autovigilância" constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível on-line.

subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(às) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

(I) **Comece ressaltando os pontos positivos**: iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.

(II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como "muito bom", "muito ruim", "terrível" etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

(III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela "avaliação cega" não pode nos fazer esquecer de que, "do outro lado" do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.

(IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado argumento é "ruim" ou "frágil" é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.

(V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou "como evitar uma rejeição preliminar")

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

- ✓ **O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista?** Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O formulário de submissão foi preenchido em sua integralidade? http://bit.ly/30JjvSo
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de **título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?**
- ✓ O artigo é divido em tópicos e apresenta **itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências**?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ **Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?**
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza **referências** atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

modelo

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. Introdução e delimitação do tema

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.[1]

Seja como for, é induvidoso que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, abr.-jun. 2005.

CALAMANDREI, Piero. *Procedure and democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu,* n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.

modelo

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