USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 173 • novembro/2020

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 28 • vol. 173 • novembro/2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação
Leandro Ayres França

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor-chefe – Leandro Ayres França

Editores-assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Beatriz Corrêa Camargo, Daniel Leonhardt, Guilherme Ceolin, Gustavo Noronha de Ávila, Italo Rabello, José de Assis Santiago Neto e Laura Gigante Albuquerque.

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) – 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) – 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) – Iasevoli Clelia (Universita' Degli Studi di Napoli – Itália) – Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universi-dad 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) – 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) – 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) – Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – 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) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR) – Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália) – Stella Maris Martinez (Universidad de Buenos Aires – Argentina) – Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha) – Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Ana Carolina Filippon Stein (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Antonio E. Ramies Santoro (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Aury Lopes Jr. (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Betina Warmling Barros (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Bruno Shimizu (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Bruno Silveira Rigon (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Carolina Costa Ferreira (Centro Universitário de Brasília – UniCEUB – Brasília/DF) – Clara Moura Masiero (UNISINOS – São Leopoldo/RS) – Claudia Barrilari (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Clecio Lemos (Instituto Carioca de Criminologia – Rio de Janeiro/RJ) – Debora Regina Pastana (Universidade Federal de Uberlândia – UFU – Uberlândia/MG) – Denise Hammerschmidt (UENP – Jacarezinho/PR) – Diogo Flora (OABRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Douglas Sena Bello (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ellen Cristina Carmo Rodrigues (UFJF – Juiz de Fora/MG) – Emília Klein Malacarne (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Evandro Piza Duarte (UnB – Brasília/DF) – Fabiano da Silveira Pignata (CEUNIFAMETRO – Manaus/AM) – Felipe Abal (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS) – Felipe da Costa De-Lorenzi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Felipe Faoro Bertoni (Faculdade Dom Bosco – Porto Alegre/RS) – Flávio Bortolozzi Junior (Universidade Positivo – Curitiba/PR) – Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS) – Hugo Leonardo Santos (UFAL – Maceió/AL) – Jardel Luís da Silva (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – June Cirino dos Santos (ICPC – Curitiba/PR) – Karine Shamash Szuchman (Universidade Federal de Pelotas – Pelotas/RS) – Klelia Canabrava Aleixo (PUCMG – Belo Horizonte/MG) – Leonardo Costa de Paula (UFPR – Curitiba/PR) – Lucas e Silva Batista Pilau (UFRGS – Porto Alegre/RS) – Luciano Goes (Universidade de Brasília – Brasília/DF) – Manuela Abath Valença (UFPE/ UNICAP – Recife/PE) – Marcos Eugênio Vieira Melo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marilia de Nardin Budó (Universidade Federal de Santa Catarina – Florianópolis/SC) – Mário Lúcio Garcez Calil (UEMS – Paranaíba/MS) – Maurício Sant'Anna dos Reis (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Milene Maria Xavier Veloso (UFPR – Curitiba/PR) – Nathalia Beduhn Schneider (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Patricia Manente Melhem (Faculdade Campo Real – Guarapuava/PR) – Pedro Jorge Costa (UFPE – Recife/PE) – Pedro Paulo Gastalho de Bicalho (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Priscilla Placha Sá (PUCPR e UFPR – Curitiba/PR) – Rafaela Caldeira Gonçalves (TJSP – São Paulo/SP) – Renata da Silva Athayde Barbosa (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Rodrigo Duque Estrada Roig Soares (DPGERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Ruy Celso Barbosa Florence (UNIDERP – Campo Grande/MS) – Taysa Matos do Amparo (UFBA – Salvador/BA) – Thadeu Augimeri de Goes Lima (USP – São Paulo/SP) – Thais Lemos Duarte (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Thiago Miranda Minagé (UFRJ/FND – Rio de janeiro/RJ) – Tomás Grings Machado (Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS) – Vanessa Cerezer de Medeiros (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa – Portugal).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Ana Flávia Azevedo Pereira (Instituto de Direito Público – IDP – Brasília/DF) – Ana Maria Félix da Silva (Universidade Federal Rural do Semi-Árido – Ufersa – Mossoró/RN) – Bruna Amanda Ascher Razera (UFPR – Curitiba/PR) – César Chaves Pedrón (Universidad de Valencia – España) – Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC) – Clara Maria Roman Borges (UFPR – Curitiba/PR) – Daniel Leonhardt dos Santos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Emetério Silva de Oliveira Neto (Universidade Regional do Cariri – URCA – Crato/CE) – Felipe Araújo Castro (Universidade Federal Rural do Semi-Árido – Ufersa – Mossoró/RN) – Frederico Augusto Barbosa da Silva (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA – Centro – Rio de Janeiro/RJ) – Giovanna Praça Sardeiro (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC) – Gustavo César Machado Cabral (Universidade Federal do Ceará – Fortaleza/CE) – Isabella Cristina Lunelli (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA – Centro – Rio de Janeiro/RJ) – José Francisco Dias da Costa Lyra (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Santiago/RS) – Júlia Schneider Krimberg (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Juliana Vinuto (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Lilian M. Stein (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Manuel Monteiro Guedes Valente (Universidade Autónoma de Lisboa – Portugal) – Marcelo Buttelli Ramos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Marcelo Mayora Alves (Universidade Federal do Pampa – Bagé/RS) – Mariana Chies Santiago Santos (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Mariana Dutra de Oliveira Garcia (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC) – Marília Silva Scriboni (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP) – Péricles Sthehmann Nunes (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Santiago/RS) – Sabrina Schmidt (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS).

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

IBCCRIM

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

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 173 • novembro/2020

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 173 • novembro/2020

Presidência
Eleonora Rangel Nacif

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

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 e revista@ibccrim.org.br

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

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

Impresso no Brasil: [11-2020]
Profissional
Fechamento desta edição: [22.09.2020]

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

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

IBCCRIM

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2019/2020

Diretoria Executiva

PRESIDENTA
Eleonora Rangel Nacif
1º VICE-PRESIDENTE
Bruno Shimizu
2º VICE-PRESIDENTE
Helios Alejandro Nogués Moyano
1º SECRETÁRIA
Andrea D'Angelo
2º SECRETÁRIO
Luís Carlos Valois
1º TESOUREIRO
Gabriel Queiroz
2º TESOUREIRO
Yuri Felix
DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS REGIONAIS E ESTADUAIS
Carla Silene Gomes
ASSESSORA DA PRESIDÊNCIA
Jacqueline Sinhoretto

Conselho Consultivo

MEMBROS
Cristiano Maronna
Sérgio Salomão Shecaira
Ela Wiecko
Geraldo Prado
OUVIDORA
Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores-Chefes dos Departamentos

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS
Thayná Yaredy
AMICUS CURIAE
Maurício Stegmann Dieter
ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO
Roberto Portugal de Biazi
BIBLIOTECA
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
BOLETIM
Luigi Barbieri Ferrarini
COMUNICAÇÃO
Roberto Tardelli
CONCESSÃO DE BOLSAS DE ESTUDOS E DESENVOLVIMENTO ACADÊMICO
Juliana Souza Pereira
CONVÊNIOS
Gustavo Brito
COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL
Ilana Müller
CURSOS
Clara Masiero
CURSOS IBCCRIM – COIMBRA
Claudia Barrilari
DIREITO PENAL ECONÔMICO E COMPLIANCE
Priscila Beltrame

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS
Carolina Costa Ferreira
ESTUDOS SOBRE HABEAS CORPUS
Alberto Zacharias Toron
INFÂNCIA E JUVENTUDE
Mariana Chies Santiago Santos
INICIAÇÃO CIENTÍFICA
André Lozano
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA
Dina Alves
MESAS DE ESTUDOS E DEBATES
Renato Watanabe
MONOGRAFIAS
Eduardo Saad Diniz
NÚCLEO DE PESQUISAS
Riccardo Cappi
POLÍTICA NACIONAL DE DROGAS
Luciana Boiteux
RELAÇÕES INTERNACIONAIS
Silvio Luiz de Almeida
REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS
Leandro Ayres França
SISTEMA PRISIONAL
Patrick Lemos Cacicedo
23º CONCURSO DE MONOGRAFIAS DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM
Eduardo Saad Diniz
26º SEMINÁRIO INTERNACIONAL
Marcela Diório

Grupo de Estudos

GRUPOS DE ESTUDO SOBRE CIÊNCIAS CRIMINAIS E DIREITOS HUMANOS
Manoel Alves Jr
GRUPO DE ESTUDOS SOBRE ESCOLAS PENAIS
Alice Quintela

Equipe do IBCCRIM

SUPERVISÃO GERAL E NÚCLEO DE ATUAÇÃO POLÍTICA
SUPERVISÃO
Paulo Cesar Malvezzi Filho
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 Biblioteca e Publicações

SUPERVISÃO
Willians Meneses
EQUIPE
Anderson Fernandes Campos
Helen Christo
Natalí de Lima Santos

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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
Andreia da Silva Rocha
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

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 173 • novembro/2020

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 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

Estagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

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 e Patrícia Melhado Navarra

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

Designer Editorial: Lucas Kfouri

Estagiárias: 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

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Sumário

Direito Penal

Algunas consideraciones sobre la mediación penal en España
Considerations on criminal mediation in Spain
César Chaves Pedrón 19

Novos espaços de proteção do Direito Penal no mundo tecnológico: a definição e caracterização dos crimes de informática
New areas of criminal law protection in the technological world: the definition and characterization of cybercrimes
Daniel Leonhardt dos Santos 61

A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista
Culpability as a political-criminal humanist principle
Manuel Monteiro Guedes Valente 103

Processo Penal

Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado
Eficiency v. garantism in the Car Wash Operation: The Federal Regional Court of the 4th Region and the tactics of defendant's annihilation
Ana Flávia Azevedo Pereira e Marília Silva Scriboni 125

Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial
Imprisonment, proportionality in its application and the new paradigm of consensual criminal justice
Emetério Silva de Oliveira Neto e Gustavo César Machado Cabral 169

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas

Magistrates' knowledge of memory processes in witness testimony and people recognition

Sabrina Schmidt, Júlia Schneider Krimberg e Lilian M. Stein 201

Crime e Sociedade

Grupos reflexivos para autores de violência doméstica contra a mulher: uma proposta para além do punitivismo penal

Reflexive groups for authors of domestic violence against women: a proposal beyond criminal punitivism

Chiavelli Facenda Falavigno e Giovanna Praça Sardeiro..... 247

Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil

A critical review of the possibility of normative implementation of restorative justice in Brazil

Clara Maria Roman Borges e Bruna Amanda Ascher Razera..... 279

"Maconha em pito faz negro sem vergonha": o discurso médico profissional e a criminalização da maconha no Brasil no início do século XX

Professional medical discourse over marijuana criminalization in early 20th century Brazil

Felipe Araújo Castro e Ana Maria Félix da Silva..... 317

Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro

Indigenous incarceration: an analysis on indigenous prisoners in Brazilian prison system

Frederico Augusto Barbosa da Silva e Isabella Cristina Lunelli 351

A reificação como patologia social da sociedade moderna e o atuarismo criminológico: uma análise crítica a partir da criminologia do reconhecimento

Reification as a social pathology of modern society and criminological actuarialism: a critical analysis from the criminology of recognition

José Francisco Dias da Costa Lyra e Péricles Sthehmann Nunes..... 393

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Para além de qual criminologia? Limitações e possíveis contribuições relacionadas à abordagem dos danos sociais

Beyond which criminology? The limits and the possible contributions related to the social harm approach

Marcelo Buttelli Ramos 433

As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal

Women and penalists: representations about moral and sex roles in criminal law books

Marcelo Mayora Alves e Mariana Dutra de Oliveira Garcia 467

Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação

Punishing Court-Involved Youth in France and Brazil: legislations, institutions and the balance between sanction and education

Mariana Chies Santiago Santos e Juliana Vinuto 487

Índice Alfabético-remissivo

Autores 519

Temas 523

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 527

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 539

Condições para Submissão (*Check List*) 545

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2020 547

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Direito Penal

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Algunas consideraciones sobre la mediación penal en España

Considerations on criminal mediation in Spain

César Chaves Pedrón
Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal. Abogado y mediador.
Universidad de Valencia (España).
Cesar.Chaves@uv.es

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 20.07.2020
Última versão do autor: 29.07.2020

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumen: La mediación penal en la justicia de adultos no se encuentra regulada, aun así es de vital importancia su existencia para una sociedad moderna que apueste por una justicia restaurativa en lugar de una retributiva. Los mediadores deben actuar con neutralidad, imparcialidad y confidencialidad. A través de la mediación se resuelve un conflicto personal que no será posible en el proceso penal común. No existe una regulación procesal en España y es de vital importancia que haga. Mientras se regula la mediación penal existen diversos programas en España que tratan de suplir esta carencia.

Palabras clave: Mediación – Justicia restaurativa – Reparación del daño – Regulación – Programas de mediación.

Abstract: Criminal mediation in adult justice is not regulated, even so its existence is vital for a modern society that is committed to restorative justice instead of a retributive one. Mediators must act with neutrality, impartiality and confidentiality. Through mediation a personal conflict is resolved that will not be possible in the common criminal process. There is no procedural regulation in Spain and it is of vital importance that it does. While criminal mediation is regulated there are several programs in Spain that try to replace this lack.

Keywords: Mediation – Restorative justice Damage repair Regulation – Mediation program.

Sumário: 1. Introducción. 2. Mediación penal. 2.1. Principios. 2.1.1. Voluntariedad. 2.1.2. Confidencialidad. 2.1.3. Neutralidad. 3. Reflejo legal de la mediación penal. 3.1. Directiva. 3.2. Estatuto de la víctima. 3.3. Código Penal. 4. Fases de la mediación. 5. Consecuencias jurídicas de la mediación penal. 6. Diferencias entre conformidad y mediación en el ámbito penal. 7. La imperativa necesidad de la mediación penal. 8. Programas de mediación penal en España. 8.1. El programa de Valencia. 8.2. Otros programas. 9. Conclusiones. Bibliografía.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

1. Introducción

La pretensión de este artículo no es otra que la de realizar una aproximación a una vía alternativa de resolución de conflictos en una jurisdicción tan compleja y determinante como la penal. Para acometer ese reto hay que incidir en diversos aspectos. Por un lado, la precisión del concepto de mediación penal, y los principios fundamentales que la inspiran. Todo ello, sin dejar de lado las referencias legales, es decir, aquellas normas que, de alguna manera, reflejen o referencien el contenido de este tipo de mediación. También, deben ser objeto de tratamiento una serie de cuestiones como las fases del proceso, las consecuencias jurídicas y, necesariamente, la diferencia entre una sentencia condenatoria de conformidad y una mediación que pueda terminar en el mismo sentido, es decir, los aspectos que diferencian, ante una misma resolución, las dos vías: una simple conformidad y una sentencia de conformidad tras un proceso de mediación penal. Respecto de las consecuencias jurídicas, se pondrá de relieve las diversas opciones con las que cuentan los tribunales españoles. Éstas pasan por la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación del daño (art. 21.5 Cp), incluso su aplicación como muy cualificada, como las atenuantes específicas de algunos delitos en concreto. También, la incidencia en la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad para evitar el ingreso en prisión del victimario. Y por último, la extinción de la responsabilidad criminal en aquellos delitos en los que opera el perdón del ofendido.

Por otro lado, no podemos dejar de poner de manifiestos referencias a los distintos programas de mediación penal existentes en España. Una mayor profundidad merece el programa de Valencia, no por importancia respecto al resto, sino, porque, quien elabora el presente texto participa en el citado programa, y parece apropiado explicarlo con profundidad al conocerlo muy bien.

2. Mediación penal

La mediación penal es un sistema de gestión de conflictos en el que los mediadores, neutrales e imparciales, ayudan a las personas implicadas, por la comisión de un delito, a que comprendan el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, y a que puedan confrontar sus puntos de vista y a llegar a un acuerdo sobre la reparación, ya sea económico o simbólico[1]. Se busca la verdad y una responsabilización, particularmente, del infractor[2].

1. Así lo define, González Cano, Mª I.: "La mediación penal en España" en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, VV. AA. directora: Barona Vilar, S., Tirant lo Blanch Valencia 2009, p. 25.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Ya no podemos tratar el delito, únicamente, como una infracción de la norma, sino, como un conflicto social en el que se cruzan intereses[3].

En la mediación se puede obtener determinada información por la presunta víctima, más allá de la que, en principio puede obtenerse en el proceso penal. Y ello, básicamente derivado de la propia esencia de la mediación penal y de sus características de sus principios (principalmente voluntariedad y confidencialidad como luego se detallará).

Aunque no debemos olvidar que el ofendido por el delito puede constituirse en acusación particular, por lo que es conveniente fijar hasta qué momento puede darse esta circunstancia (en caso de fracaso de la mediación, existe el riesgo de que el conocimiento adquirido se introduzca, no tanto directamente, sino de una forma indirecta en perjuicio del acusado) y en segundo lugar que en el ámbito del derecho penal español, la culpabilidad es por el hecho individual.

En todo caso, las virtudes de la mediación penal son muchas, aunque solo se podrán de manifiesto las más relevantes.

En primer lugar supone una mayor eficacia de la Administración de Justicia. Se crea un espacio de dialogo donde las partes puedan tratar el hecho delictivo y sus consecuencias, lo que es sumamente positivo para alcanzar una solución pacífica. Ya que el Derecho Penal moderno no parece inclinarse por la despenalización sino más bien al contrario por la mayor punición, una solución intermedia a esta expansión sobre todo si se une a la crisis de la prisión y de sus fines resocializadores, es la desjudicialización a través de los programas de mediación y conciliación. El proceso de mediación es una solución al conflicto pactada entre las partes con la intervención de un tercero neutro, por eso las notas que la caracterizan son la neutralidad y la voluntad de favorecer un acuerdo voluntario y pacificador.

Incluso puede suponer una mayor celeridad en la terminación de los procesos penales. Como ejemplo, sirva el caso en el que yo mismo participé como mediador en el que el juicio estaba señalado para noviembre de 2014, después del proceso de mediación que finalizó con acuerdo, hubo una sentencia de conformidad

2. Véase, Ríos Martín, J. C.: "La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal" en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, VV.AA. directores: Sáez Valcárcel, R. y Ortuño Muñoz, Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, pp. 152 y 153.
3. Así lo expresa Cervelló Donderis, V.: "Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico" en *Revista Penal*, nº 31 enero 2013, Tirant lo Blanch, p. 25.

USO EXCLUSIVO RBCRIM

con una pena de multa que se pagó y la ejecutoria se cerró y archivó en septiembre de 2014, es decir, dos meses ates de cuando estaba señalado el juicio.

También debemos considerarla como una mejora la asistencia a la víctima. La neutralización de la víctima como consecuencia del carácter público del Derecho Penal moderno ha dado paso a una recuperación del papel de ésta que no tiene porqué cuestionar el monopolio punitivo estatal. La mediación como medio de resolución de conflictos permite que la víctima sea escuchada y pueda manifestar sus inquietudes, lo que frena el olvido en el que ha estado la víctima en el Derecho Penal hasta la llegada de la Victimología. Entre los avances que ha conseguido este sector de la Criminología se puede destacar el protagonismo que está alcanzado la víctima porque se conoce su opinión, se le compensa, se le protege… y con ello se reducen los efectos de la victimización primaria (derivados directamente del delito: miedo, indignación, ansiedad…) y se evita la victimización secundaria (derivada del funcionamiento de las instituciones: sensación de impunidad, de desprotección, de pérdida de tiempo).

Otro de los aspectos positivos es que se potencia la responsabilidad del agresor. El responsable asume su responsabilidad y se compromete para el futuro, el objetivo prioritario de la prevención especial es la reinserción social y en ella tan importante es que el responsable vuelva a integrarse en la sociedad como que reconozca su delito y asuma las responsabilidades con la persona ofendida, por eso encaja perfectamente en la finalidad resocializadora del Derecho Penal. Con estos acuerdos mediadores se están consiguiendo objetivos propios de la prevención especial sin que necesariamente se tenga que pasar por los efectos negativos del encarcelamiento, por ello se presenta como una alternativa a las sanciones tradicionales que puede reducir el uso de la prisión[4].

Se trata de un medio pacificador del conflicto. El acuerdo debe satisfacer a las dos partes situando un centro imparcial en el que ambos resulten satisfechos ya que si la balanza se inclina hacia uno de ellos el resultado no es adecuado, de esta manera ni la víctima desarrolla un sentimiento de impunidad hacia el agresor ni éste de injusticia hacia su persona. Por eso en la mediación penal no hay que pensar que la prioridad es la compensación a la víctima ni los beneficios penológicos para el agresor, ambos son igual de importantes, sin olvidar que la finalidad preventiva del Derecho Penal exige situar el conflicto concreto de esas dos partes

4. Vid. Cervelló Donderis, V.: "La mediación penal: un instrumento para la humanización del Derecho Penal" en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad,* VV.AA., coordinadores: Ortega Giménez, A. y Cobas Cobiella, Mª E., Econimist & Jurist, Madrid 2013, p. 292.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

dentro del arco más amplio de la sociedad que aspira a prevenir delitos futuros. Esta ventaja unida a las dos anteriores nos muestra a la mediación como una solución jurídica al delito que conviene a todas las partes implicadas: infractor, víctima y sociedad, lo que es ciertamente infrecuente en cualquier otra sanción, y le dota a ésta de una gran eficacia en términos generales.

La comunidad participa de la Justicia penal, refuerza el sentimiento de Justicia en la medida en que a través del acuerdo mediador el responsable asume los hechos y compensa a la víctima lo que refuerza la vigencia de las normas y por tanto a la prevención general positiva. Para que la convivencia sea pacífica es fundamental que haya confianza en la vigencia y aplicación de las normas penales, por ello cualquier figura que contribuya a esta satisfacción va a ser positiva siempre que no conculque los principios y garantías constitucionales de todos los ciudadanos, ya que la defensa de los derechos y libertades fundamentales está por encima de cualquier figura simbólica que quiera reforzar la confianza en el Derecho Penal, por eso si la mediación nace con esa finalidad ha de respetar todos los principios penales que limitan la potestad punitiva estatal[5].

Por último, se cumplen todos los fines del Derecho Penal. Por un lado, sirve a la retribución porque repara a la víctima, sirve a la prevención general positiva porque supone aceptar públicamente la vigencia de las normas ante la comunidad, contribuyendo al restablecimiento de la paz a través del respeto de las normas y sirve a la prevención especial porque el autor reconoce y se hace responsable del delito sin producir las desventajas de la privación de libertad; en este sentido hay que tener en cuenta que la asunción del delito necesaria para la mediación no puede confundirse con un arrepentimiento de tipo ético, ya que ello supondría admitir una resocialización interna inadmisible en un Estado de Derecho. Uno de los fines que se suele apuntar que queda desprotegido es la disuasión frente a futuros delitos a través de la intimidación ya que se esfuerza en la víctima actual sacrificando a las víctimas futuras[6].

A todo lo dicho cabe concluir que la mediación penal humanizará la justicia[7]. Por ello, se trata de una herramienta necesaria en una sociedad moderna

5. Vid. Cervelló Donderis, V.: "La mediación en el sistema penal español" en *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, VV.AA. directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2017, p. 72.
6. Vid. Cervelló Donderis, V.: "La mediación penal: un instrumento…." *op. cit*, p. 292.
7. Véase, Sánchez Álvarez, Mª P.: "Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde" en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación,* VV.AA. Estudios de Derecho Judicial III-2006, Consejo General del Poder Judicial Madrid 2007, p. 33.

USO EXCLUSIVO DO RBCRIM

que debe apostar por una justicia restaurativa en lugar de una, exclusivamente, retributiva.

2.1. Principios

Los principios básicos que queremos poner de manifiesto en la mediación penal son los siguientes:

– Voluntariedad. Como puede imaginarse, una vía alternativa a la resolución de conflictos al propio juicio penal, no puede comprenderse de otro modo, que, de un modo voluntario.

– Confidencialidad. Al tratarse de algo diferente al juicio, las partes realizan manifestaciones que de otro modo no harían; por ello se hace tan preciso que todo lo dicho en las sesiones de mediación sea confidencial.

– Neutralidad. Respecto de los mediadores que deben llevar a cabo el proceso, se debe esperar que su cometido sea el de tratar de resolver un conflicto, pero para ambas partes, por ello deben mantener una posición de neutralidad en todo momento.

Ahora llega el momento de analizarlos con mayor profundidad y de manera individual.

2.1.1. Voluntariedad

La mediación no puede realizarse a menos que los participantes quieran intervenir en ella, la participación voluntaria es un requisito previo para todas las formas de mediación. Esto distingue la mediación del proceso penal.

Así pues, debe ser posible solamente si los participantes consienten libremente. Además una vez prestado el consentimiento, éste no debe entenderse irrevocable, sino que los participantes del proceso extrajudicial de mediación deben poder revocarlo en cualquier momento del mismo. Esta circunstancia debe ser conocida por todos los participantes desde el inicio.

Antes de prestar dicho consentimiento, los participantes deberían ser convenientemente informados de sus derechos, de la naturaleza del proceso de mediación y de las posibles consecuencias de su decisión. En ese sentido no procede la mediación si cualquiera de los participantes no es capaz de entender su significado.

Los mediadores deben cuidar que la aproximación entre infractor y víctima se produzca en condiciones tales que no supongan un factor de victimización secundaria o de agravación del conflicto.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

También debería evitarse que en aquellos supuestos en los que el autor no ha conseguido reducir el daño o en las cuales no existe una víctima susceptible de prestar su consentimiento a un procedimiento mediador no haya la posibilidad de conseguir unos beneficios similares. Por ello, para evitar tratamientos desiguales, podrían establecerse mecanismos de reparación simbólica.

2.1.2. Confidencialidad

Todo los requisitos que expresamos son importantes y, también, esenciales, pues en caso contrario perdería su sentido la mediación. Ahora bien, como ya hemos expuesto anteriormente la información obtenida en dicho proceso extrajudicial, tanto de la víctima como del victimario, en caso de no llegar a buen puerto dicho proceso, supone que las partes tienen una información más allá de la que aparece en el propio expediente. Esta información obtenida en el proceso de mediación no podrá ser utilizada posteriormente en el proceso penal[8].

Se ha dicho que la mediación penal no puede hacerse sin respetar el que se podría denominar principio del secreto por dos razones principales:

Por un lado, es un requisito previo para un intercambio fructífero y un posible resultado constructivo. Facilita un ambiente donde los participantes pueden decir más cosas que en el proceso penal. Esa información adicional puede ser, además, la base para llegar al acuerdo.

Por otra parte, el secreto protege los intereses de los participantes. Sus intervenciones durante la mediación no deben, por tanto, hacerse públicas. Lo cual contrasta con el presupuesto de audiencia pública del proceso penal y acentúa el que podríamos denominar "carácter privado" de la mediación. El secreto se aplica no solamente en relación al público en general sino también en lo referente al sistema procesal penal.

También debería reconocerse como excepción, aquellos supuestos en los que el mediador tiene conocimiento en el transcurso de la mediación de informaciones relativas a delitos graves de inminente ejecución, supuestos en los cuales deberá ser trasladada esa información a la autoridad competente.

En cualquier caso, el investigado debe tener la seguridad de que el mediador es un agente independiente y que su trabajo está sometido a estrictas condiciones de confidencialidad y reserva.

8. Vid. González Cano, Mª I.: op. cit. p. 33.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Debido a la posibilidad de que la presunta víctima se constituya en acusación particular, se debe ser especialmente precavido en la posibilidad de utilización de esa información en caso de fracaso de la mediación, no directamente, sino conociendo donde se quiere llegar, utilizar otros medios en el proceso penal.

En distintas normas se regula el principio de confidencialidad en la mediación.

Recordemos que en el ámbito civil y mercantil la Directiva 2008/52 CE de 21 de mayo establece:

"Artículo 7. Confidencialidad de la mediación.

1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

a) Cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro

de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo."

La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula la confidencialidad en su artículo 9:

"1. El procedimiento de mediación y la documentación utilizada en el mismo es confidencial. La obligación de confidencialidad se extiende al mediador, que quedará protegido por el secreto profesional, a las instituciones de mediación y a las partes intervinientes de modo que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento.

2. La confidencialidad de la mediación y de su contenido impide que los mediadores o las personas que participen en el procedimiento de mediación estén obligados a declarar o aportar documentación en un procedimiento judicial o en un arbitraje sobre la información y documentación derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con el mismo, excepto:

a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad.

b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

3. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

También quiero poner de manifiesto la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de mediación de la Comunitat Valenciana que regula la confidencialidad en su artículo 8:

1. El procedimiento de mediación, así como toda la información y documentación que se utilice o se derive de la misma, tienen carácter confidencial. El deber de confidencialidad se extiende a todas las personas e instituciones públicas o privadas que intervengan en la mediación, incluyendo a la persona mediadora y a las partes intervinientes.

2. La confidencialidad de la mediación y su contenido implica que las personas que hayan participado en el procedimiento no pueden ser obligadas a declarar o aportar documentación en un proceso judicial o en un arbitraje sobre la información o documentación que hubieran podido obtener o utilizar durante el transcurso de la mediación.

3. El deber de confidencialidad podrá excepcionarse, total o parcialmente, en los siguientes supuestos:

a) Cuando las partes en conflicto lo excusen de forma expresa y por escrito.

b) Cuando una resolución judicial dictada en un proceso penal, de forma motivada, solicite información a la persona mediadora.

c) Cuando nos encontremos en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 38.2.a, a efectos de la comunicación de los hechos ante las autoridades competentes.

4. Las sesiones de mediación podrán ser grabadas en beneficio de la propia mediación, con fines de formación, investigación o divulgación científica, previa autorización escrita de las partes en la que quede constancia expresa del fin o fines para cuyo uso se autorizan.

5. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

6. No se consideran datos confidenciales los que no contengan datos de carácter personal destinados, de manera exclusiva, a fines estadísticos.

1.º El procedimiento de mediación, así como toda la información y documentación que se utilice o se derive de la misma, tienen carácter confidencial. El deber de confidencialidad se extiende a todas las personas e instituciones públicas o privadas que intervengan en la mediación, incluyendo a la persona mediadora y a las partes intervinientes.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

2. La confidencialidad de la mediación y su contenido implica que las personas que hayan participado en el procedimiento no pueden ser obligadas a declarar o aportar documentación en un proceso judicial o en un arbitraje sobre la información o documentación que hubieran podido obtener o utilizar durante el transcurso de la mediación.

3. El deber de confidencialidad podrá excepcionarse, total o parcialmente, en los siguientes supuestos:

a) Cuando las partes en conflicto lo excusen de forma expresa y por escrito.

b) Cuando una resolución judicial dictada en un proceso penal, de forma motivada, solicite información a la persona mediadora.

c) Cuando nos encontremos en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 38.2.a, a efectos de la comunicación de los hechos ante las autoridades competentes.

4. Las sesiones de mediación podrán ser grabadas en beneficio de la propia mediación, con fines de formación, investigación o divulgación científica, previa autorización escrita de las partes en la que quede constancia expresa del fin o fines para cuyo uso se autorizan.

5. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

6. No se consideran datos confidenciales los que no contengan datos de carácter personal destinados, de manera exclusiva, a fines estadísticos.

1. El procedimiento de mediación, así como toda la información y documentación que se utilice o se derive de la misma, tienen carácter confidencial. El deber de confidencialidad se extiende a todas las personas e instituciones públicas o privadas que intervengan en la mediación, incluyendo a la persona mediadora y a las partes intervinientes.

2. La confidencialidad de la mediación y su contenido implica que las personas que hayan participado en el procedimiento no pueden ser obligadas a declarar o aportar documentación en un proceso judicial o en un arbitraje sobre la información o documentación que hubieran podido obtener o utilizar durante el transcurso de la mediación.

3. El deber de confidencialidad podrá excepcionarse, total o parcialmente, en los siguientes supuestos:

a) Cuando las partes en conflicto lo excusen de forma expresa y por escrito.

b) Cuando una resolución judicial dictada en un proceso penal, de forma motivada, solicite información a la persona mediadora.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

c) Cuando nos encontremos en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 38.2.a, a efectos de la comunicación de los hechos ante las autoridades competentes.

4. Las sesiones de mediación podrán ser grabadas en beneficio de la propia mediación, con fines de formación, investigación o divulgación científica, previa autorización escrita de las partes en la que quede constancia expresa del fin o fines para cuyo uso se autorizan.

5. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

6. No se consideran datos confidenciales los que no contengan datos de carácter personal destinados, de manera exclusiva, a fines estadísticos.

1. El procedimiento de mediación, así como toda la información y documentación que se utilice o se derive de la misma, tienen carácter confidencial. El deber de confidencialidad se extiende a todas las personas e instituciones públicas o privadas que intervengan en la mediación, incluyendo a la persona mediadora y a las partes intervinientes.

2. La confidencialidad de la mediación y su contenido implica que las personas que hayan participado en el procedimiento no pueden ser obligadas a declarar o aportar documentación en un proceso judicial o en un arbitraje sobre la información o documentación que hubieran podido obtener o utilizar durante el transcurso de la mediación.

3. El deber de confidencialidad podrá excepcionarse, total o parcialmente, en los siguientes supuestos:

a) Cuando las partes en conflicto lo excusen de forma expresa y por escrito.

b) Cuando una resolución judicial dictada en un proceso penal, de forma motivada, solicite información a la persona mediadora.

c) Cuando nos encontremos en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 38.2.a, a efectos de la comunicación de los hechos ante las autoridades competentes.

4. Las sesiones de mediación podrán ser grabadas en beneficio de la propia mediación, con fines de formación, investigación o divulgación científica, previa autorización escrita de las partes en la que quede constancia expresa del fin o fines para cuyo uso se autorizan.

5. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

6. No se consideran datos confidenciales los que no contengan datos de carácter personal destinados, de manera exclusiva, a fines estadísticos.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

1. El procedimiento de mediación, así como toda la información y documentación que se utilice o se derive de la misma, tienen carácter confidencial. El deber de confidencialidad se extiende a todas las personas e instituciones públicas o privadas que intervengan en la mediación, incluyendo a la persona mediadora y a las partes intervinientes.

2. La confidencialidad de la mediación y su contenido implica que las personas que hayan participado en el procedimiento no pueden ser obligadas a declarar o aportar documentación en un proceso judicial o en un arbitraje sobre la información o documentación que hubieran podido obtener o utilizar durante el transcurso de la mediación.

3. El deber de confidencialidad podrá excepcionarse, total o parcialmente, en los siguientes supuestos:

a) Cuando las partes en conflicto lo excusen de forma expresa y por escrito.

b) Cuando una resolución judicial dictada en un proceso penal, de forma motivada, solicite información a la persona mediadora.

c) Cuando nos encontremos en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 38.2.a, a efectos de la comunicación de los hechos ante las autoridades competentes.

4. Las sesiones de mediación podrán ser grabadas en beneficio de la propia mediación, con fines de formación, investigación o divulgación científica, previa autorización escrita de las partes en la que quede constancia expresa del fin o fines para cuyo uso se autorizan.

5. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

6. No se consideran datos confidenciales los que no contengan datos de carácter personal destinados, de manera exclusiva, a fines estadísticos.

1. El procedimiento de mediación, así como toda la información y documentación que se utilice o se derive de la misma, tienen carácter confidencial. El deber de confidencialidad se extiende a todas las personas e instituciones públicas o privadas que intervengan en la mediación, incluyendo a la persona mediadora y a las partes intervinientes.

2. La confidencialidad de la mediación y su contenido implica que las personas que hayan participado en el procedimiento no pueden ser obligadas a declarar o aportar documentación en un proceso judicial o en un arbitraje sobre la información o documentación que hubieran podido obtener o utilizar durante el transcurso de la mediación.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

3. El deber de confidencialidad podrá excepcionarse, total o parcialmente, en los siguientes supuestos:

a) Cuando las partes en conflicto lo excusen de forma expresa y por escrito.

b) Cuando una resolución judicial dictada en un proceso penal, de forma motivada, solicite información a la persona mediadora.

c) Cuando nos encontremos en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 38.2.a, a efectos de la comunicación de los hechos ante las autoridades competentes.

4. Las sesiones de mediación podrán ser grabadas en beneficio de la propia mediación, con fines de formación, investigación o divulgación científica, previa autorización escrita de las partes en la que quede constancia expresa del fin o fines para cuyo uso se autorizan.

5. La infracción del deber de confidencialidad generará responsabilidad en los términos previstos en el ordenamiento jurídico.

6. No se consideran datos confidenciales los que no contengan datos de carácter personal destinados, de manera exclusiva, a fines estadísticos".

Respecto de la confidencialidad, cabe destacar la STS de 2 de marzo de 2011, que establece: "De la lectura de dicha norma se desprende que el deber de secreto que alcanza a la persona mediadora y a las propias partes se refiere a "informaciones confidenciales", que lógicamente quedan reservadas al estricto conocimiento de la partes y del mediador, pero no puede extenderse al caso presente en que se pretende traer a un proceso judicial lo que una de las partes considera que es un acuerdo libremente adoptado y referido a las consecuencias de la ruptura matrimonial. Esta Sala ha declarado en sentencia núm. 839/2009 de 29 diciembre, que dicho artículo 287 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como, con carácter más general, el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que trata de prevenir es la posibilidad de que se obtengan pruebas mediante procedimientos ilícitos que vulneren derechos fundamentales y que dichas pruebas logren efectividad en el proceso. La proclamada inefectividad de las mismas queda determinada legalmente por el hecho de que se haya obtenido la prueba con infracción de un derecho fundamental de rango igual o superior al del propio derecho a la prueba; supuesto que no es el del presente caso. TERCERO.- La estimación del recurso determina que, por aplicación de lo establecido".

Como podemos observar, la confidencialidad de los mediadores es una realidad reconocida jurisprudencialmente.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

2.1.3. Neutralidad

Uno de los aspectos en los que mayor hincapié se hace al hablar de la función del mediador es la necesaria neutralidad, imparcialidad y equidistancia, así como la necesidad de situar a las partes en plano de igualdad, pues efectivamente sin dicho presupuesto no estarán en condiciones de entablar nuevas vías de diálogo que posibiliten la solución de sus problemas. El mediador debe ser un tercero imparcial, y ello significa que no debe tomar partido por una u otra parte del conflicto y no debe tener ningún interés personal en la modalidad o en el contenido del acuerdo al que se llegue a través de su intervención. Su función es la de ayudar a las partes a que éstas resuelvan el conflicto por sí mismas[9].

Si bien el tratamiento de la neutralidad se ha hecho de forma conjunta en sus distintos aspectos, se podría distinguir entre imparcialidad como ausencia de vinculación previa a ninguna de las partes ni a los intereses que representan, neutralidad como búsqueda activa del equilibrio real entre las partes durante el proceso de negociación, para que ninguna de ellas pueda hacer prevalecer una posición de fuerza; y objetividad ha de entenderse como la ausencia de prejuicios subjetivos[10].

La mediación debe realizarse de una manera imparcial, basada en los hechos del caso y en las necesidades y voluntad de los participantes. El mediador debe respetar la dignidad de los participantes y asegurarse siempre que los participantes actúan con respeto el uno hacia el otro, También debería tener en cuenta la mayor o menor vulnerabilidad de los mismos. El mediador también debe procurar efectuar la mediación eficazmente, pero al mismo tiempo que el procedimiento sea comprensible y manejable, para los participantes.

Todo esto hace necesario que los mediadores tengan una serie de características y de preparación para poder lograr todos esos objetivos.

3. Reflejo legal de la mediación penal

La mediación penal en adultos no tiene el debido reflejo legal. Si bien es cierto que tanto una Directiva[11] como el Estatuto de la Víctima del Delito[12]. Algo bien

9. Vid. Montesinos García, A.: "Una breve aproximación a la justicia restaurativa" en *Tratado de mediación*, Tomo II, editora: Montesinos García, A., Tirant lo Blanch Valencia 2017, p. 32.
10. Vid. Martínez Camps, M.: "Formación y habilidades de los mediadores" en *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, VV.AA. directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2017, p. 230.
11. Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012.
12. Ley 4/2015 de 27 de abril.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

distinto es el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Respecto de ambos cuerpos legales solo hay una mínima referencia en el Código Penal[13], como veremos en su momento.

No obstante, como marco legal primordial encontramos la Constitución española. La exigencia de una legitimación democrática (art. 1.1 CE), se añade la legitimación del Estado para el cumplimiento de un papel integrador de resolución adecuada de problemas y de conflictos sociales, dando participación activa a los interesados para lograr una mayor y más pronta satisfacción de los conflictos (art. 9.2 CE). Así la STC 11/1981, de 8 de abril, se refiere a la armonización en la mutua acción Estado-Sociedad que supone el Estado social, tiene la significación de legitimar medios de defensa a los intereses y grupos de población socialmente dependientes, y si el Estado social no excluye los conflictos, sí puede y debe proporcionar los cauces para resolverlos. Además, y a pesar de lo que pueda pensarse, la garantía constitucional al principio de legalidad del artículo 9.3 de la CE, no impide la práctica de la mediación penal en nuestro sistema judicial sino que contribuye a un mejor ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (art. 24 CE), al obtener (la víctima) una rápida y favorable reparación, así como un lugar donde se le escuche y atienda en las necesidades surgidas a consecuencia del delito, sin perjuicio de que en cualquier momento del procedimiento de mediación, cualquiera de los participantes puedan revocar su consentimiento y continuar o iniciar, en su caso, el proceso penal correspondiente. También la mediación penal, de una manera indirecta, contribuye al restablecimiento de la paz social (art. 10 CE) perturbada por el delito, al reconocimiento de la norma infringida por parte del infractor y a la potenciación del diálogo y la escucha activa, como forma de resolver "conflictos". Por último, la justicia restaurativa en general y la mediación, en particular, contribuyen significativamente con lo establecido en el art. 25.2 en cuanto a la orientación de las penas y medidas privativas de libertad: "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social"[14].

13. Tras la reforma de LO 1/2015 de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

14. Véase, más ampliamente, Aranda Jurado, M.: "Mediación en el orden penal" en *La mediación en el sistema jurídico español. Análisis y nuevas propuestas,* Tirant lo Blanch Valencia 2018, pp. 29 y 30.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

3.1. Directiva

La Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, de obligada trasposición a la legislación española, establece en su artículo 12 sobre derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora:

"1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;

b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;

c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;

d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación".

Al no haber regulación específica ni en el Código Penal ni en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debemos acudir a los programas que obedecen a convenios y acuerdos entre distintos entes y la Administración de Justicia para atender un cometido tan importante como la mediación penal de adultos.

Entrando en lo dispuesto en la citada Directiva, se articulan estos mecanismos para evitar la victimización secundaria de la víctima, a la vez que determinan una serie de garantías como son: seguridad de la víctima, participación libre e informada y actuación imparcial de los mediadores.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Otro aspecto importante y, que, necesariamente debe ser comentado es el recogido en la letra c) del punto primero del artículo 12, es decir, que "el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso". A la hora de trasponer en cada derecho interno de los estados miembros de la Unión Europea, habrá que analizar si le dotan de una mayor profundidad descriptiva a este requisito, para determinar si necesariamente es un reconocimiento de un delito o no.

3.2. Estatuto de la víctima

El Estatuto de la Víctima del Delito en su artículo 15, sobre servicios de justicia restaurativa, dispone:

"1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;

b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;

c) el infractor haya prestado su consentimiento;

d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y

e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento".

Como puede observarse, se establecen una serie de garantías para la víctima que son coincidentes con los principios que se han comentado en este temario.

El Real Decreto 1109/2015 de 11 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, y se regulan las

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Oficinas de Asistencia a las Víctimas del Delito, dispone en su artículo 37, sobre las funciones de las Oficinas de Asistencia a las Víctimas en materia de justicia restaurativa:

"Las Oficinas de Asistencia a las Víctimas podrán realizar las siguientes actuaciones de justicia restaurativa:

a) Informar, en su caso, a la víctima de las diferentes medidas de justicia restaurativa.

b) Proponer al órgano judicial la aplicación de la mediación penal cuando lo considere beneficioso para la víctima.

c) Realizar actuaciones de apoyo a los servicios de mediación extrajudicial".

Así pues, se atribuye a las oficinas de asistencia a las víctimas la obligación de informar de los programas de justicia restaurativa, lo que no supone es que los componentes de las citadas oficinas hagan una sesión informativa sobre el programa de mediación penal.

Por último, hay que comentar la referencia del estatuto de la Víctima a que "el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad", que deriva de lo dispuesto en la Directiva 2012/29/UE que "el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso". ¿Se trata de un reconocimiento de un hecho delictivo? Entiendo que no necesariamente, un reconocimiento del hecho esencial del que deriva su responsabilidad puede ser la asunción de un hecho que pudiera ser un ilícito civil, únicamente. Por ello, entiendo que no implica per se un reconocimiento de un hecho delictivo, cuando el responsable sea un hecho que finalmente no es incardinable en un tipo penal, aunque en un principio así pudiera parecerlo.

Pensemos que la culpabilidad en el Derecho penal español está referido a la culpabilidad por el hecho individual, es decir, que se trata de un Derecho penal del hecho y no del autor. No se trata de juzgar el estilo de vida de la persona, sino, si es reprochable, jurídicamente, la comisión de un hecho concreto, o una determinada omisión. Además la culpabilidad individual es la que mejor se corresponde con la idea de una pena retributiva del hecho que, por motivos derivados del Estado de Derecho, se refiere a un aspecto estrechamente delimitado de la vida del autor y no está pensada como un intento de rendición global de cuentas.

La mediación en el ámbito penal se configura como una opción flexible, comprensible, participante, complementaria o alternativa a los procedimientos penales tradicionales.

La ausencia de regulación genera estos problemas interpretativos, y no se alcanza a comprender muy bien el motivo por el cual aún no la tenemos. Solo

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

destacar que nuestro legislador ha desoído el mandato europeo de legislar sobre la mediación penal[15]. No obstante, entiendo que lo expresado en las referidas normas no implica per se un reconocimiento de un hecho delictivo. Existen supuestos en los que los límites entre un ilícito civil y penal son tan difusos que no siempre está clara una responsabilidad penal. La esencia de la mediación consiste en reconocer la parte de responsabilidad que se tiene en un conflicto y empatizar con la otra parte para poder superarlo de una forma dialoga y pacífica, pero esto no significa, necesariamente, reconocer un hecho delictivo. Por tanto, hasta que no tengamos una regulación concreta sobre la mediación penal considero la interpretación expuesta como la más apropiada.

3.3. Código Penal

A la hora de regular la suspensión de la ejecución de la pena, el artículo 84 establece:

"1. El juez o tribunal también podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas:

1.ª El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación".

Es decir, que sin una mayor referencia ni procesal ni sustantiva, se puede condicionar algo tan importante como la suspensión de la ejecución de la pena, y, por tanto, la de ingresar o no en prisión después de una sentencia firme condenatoria.

No puede acabar esta parte sin una breve referencia a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues, tiene importancia la posibilidad de recoger acuerdos en el proceso penal. Así el artículo 787 LECRIM dispone: "El Juez puede proceder con el acuerdo de ambas partes a dictar una sentencia de conformidad, con el escrito de acusación o con el que se presentare en el acto". Precisamente, se puede hacer una interpretación de la parte final del precepto y entender por "el que se presentare en el acto", a un acuerdo previo de conciliación entre acusación y defensa. Aunque en este sentido el precepto no dice nada sobre la mediación, de tal manera que una conformidad puede darse sin la presencia y acuerdo de la víctima[16].

15. Así lo expresa Martínez Arrieta, A.: "La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal" en *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, VV. AA. Madrid 2010, p. 57.

16. Vid. Aranda Jurado, M.: *op. cit*. pp. 33 y 34.

USO EXCLUSIVO DO RBCRIM

4. Fases de la mediación

Las fases de la mediación penal no van a cambiar respecto de las mediaciones en otros ámbitos; sin perjuicio de las mayores dificultades de hacer sesiones conjuntas, desde el inicio, debido a la peculiaridad de proceder de un hecho delictivo. Las fases las podemos resumir de la siguiente forma:

En primer lugar, es necesaria una primera fase de acogida e información en la cual no solo se informa a las partes de cómo es un proceso de mediación (voluntario, para que ellos alcancen un acuerdo y solucionen, así, el conflicto y cómo es la figura del mediador), también recabar información sobre dicho conflicto y generar confianza en el proceso[17]. Todo esto debe ir acompañado necesariamente de una escucha activa, por parte del mediador, para que las personas implicadas se sientan apoyadas emocionalmente. En este momento se debe elegir a quién convocar primero a la sesión informativa. La mejor opción, al menos en mi opinión, es citar primero al victimario por si no acepta la mediación no generar una desilusión en la víctima y, por tan, volver a victimizarla. A la sesión informativa hay que citar a los letrados de las partes por si quisieran asistir, pero se les debe dejar claro que no se trata de un juicio y que su intervención se limitará a dar información – si los mediadores la necesitan – y explicar las consecuencias jurídicas, aunque esto último también sea función de los mediadores.

Posteriormente se pasa a una fase de aceptación y compromiso del proceso de mediación. En el momento en el que las partes aceptan participar en él, deben firmar un documento de aceptación.

Luego se llevan a cabo sesiones individuales o conjuntas según los criterios de los mediadores donde las partes expresan los motivos del conflicto, y dependiendo de cómo se encuentren las partes a lo largo del proceso, es decir, si están preparados para verse y sentarse juntos a hablar. Los mediadores deberán valorar esta cuestión en cada asunto.

El proceso finalizará con un encuentro dialogado y negociación del acuerdo. En este momento las partes tratan de entender la conducta del otro, siempre ayudadas por los mediadores, y llegan a un acuerdo que firman tras redactarlo los mediadores o ellos mismos o sus respectivos abogados. El encuentro, generalmente, se produce después de algunas sesiones individuales, cuando el mediador considera que están en disposición de hablar y poder

17. Vid. Manzanares Samaniego, J. L.: *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada 2007, pp. 52 y 53.

USO EXCLUSIVO BOLETO RBCCRIM

alcanzarlo[18]. Hay quien divide las fases en presentación y contextualización del proceso; identificación del problema; análisis y negociación; concreción del acuerdo y, finalmente, redacción del mismo[19].

Por último, los mediadores remiten el acuerdo a las Unidades de Mediación Penal si las hubiere, a la Fiscalía o al Juzgado que conozca la causa, para que se proceda a valorar las consecuencias jurídicas.

5. Consecuencias jurídicas de la mediación penal

Para hablar de las consecuencias jurídicas de la mediación, hay que partir de los diferentes supuesto que pueden darse.

En primer lugar, cabe plantearse si podrá haber una paralización del proceso penal. Si bien es cierto que la mediación no está regulada en la LECRIM, se puede producir una suspensión temporal del proceso. Esta posibilidad apuntada puede darse por una doble vía, o bien porque se ha acordado así en el programa de mediación sin que se dicte una resolución por parte del juez; o dictando una resolución para que tenga una mayor formalidad procesal, que en ese caso deberá revestir la forma de auto. En este supuesto deberá ser una resolución motivada, tal y como exigen los artículos 245.1 b) de la LOPJ: "1. Las resoluciones de los Jueces y Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán:

Autos, cuando decidan recursos contra providencias, cuestiones incidentales, presupuestos procesales, nulidad del procedimiento o cuando, a tenor de las leyes de enjuiciamiento, deban revestir esta forma".

Y el artículo 248.2 del mismo texto legal: "Los autos serán siempre fundados y contendrán en párrafos separados y numerados los hechos y los razonamientos jurídicos y, por último, la parte dispositiva. Serán firmados por el Juez, Magistrado o Magistrados que los dicten".

En estos casos, el auto deberá identificar a los sujetos interesados, así como el hecho que será objeto de mediación[20].

18. No siempre tiene que producirse el encuentro después de varias sesiones individuales, pues, a criterio del mediador pueden llevarse a cabo sesiones conjuntas hasta alcanzar un acuerdo.

19. Véase, más ampliamente Magro Servet, V. y otros: *Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera,* Alicante 2011, pp. 20 y ss.

20. Véase, más ampliamente, Armengot Vilaplana, A.: "Mediación penal y proceso judicial" en *Tratado de mediación*, Tomo II, VV.AA. editora: Montesinos García, A., Tirant lo Blanch Valencia 2017, pp. 95 y 96.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

En los casos en los que se llega a firmar un acuerdo de reparación, y ante la ausencia de una regulación específica de la mediación penal en el Derecho Penal español, las únicas posibilidades legales que permiten dar eficacia a los acuerdos de reparación o conciliación con la víctima en la misma sentencia son la apreciación de la atenuante 21.5 del Código Penal o las específicas de determinados delitos de la Parte Especial del Código Penal o la suspensión de la ejecución de la pena de prisión prevista en el art. 80 del Código Penal. Veamos cada una de esas posibilidades de manera específica.

La circunstancia atenuante regulada en el art.21.5 del Código Penal tiene la finalidad de reducir la penalidad en atención a la conducta del autor por haber procedido a reparar y, por tanto, disminuir los efectos perjudiciales que el delito ha producido en la víctima. Esta reparación puede ser realizada por propia iniciativa del agresor o bien ser consecuencia de un programa de mediación, en ambos casos si se consigue un acuerdo satisfactorio entre víctima y agresor puede dar lugar a la apreciación de la citada atenuante genérica de reparación del art. 21.5 CP cuyo contenido es el siguiente:

Haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral.

Para la aplicación de esta atenuante se han de dar los siguientes requisitos:

a) Fundamento

La atenuante de reparación tiene una clara vocación de proteger los intereses de la víctima incentivando la reparación del daño por el delincuente o la disminución de sus efectos, aunque también arrastra una preferencia por la necesidad de pena, más que por el merecimiento de pena. El merecimiento de pena viene determinado por una desvaloración jurídica de la conducta delictiva realizada, atendiendo al bien jurídico lesionado, a la gravedad del hecho y a la culpabilidad del responsable, mientras que la necesidad de pena valora los mismos criterios señalados pero enfocados hacia la prevención, para evitar penas innecesarias, ineficaces y desocializadoras.

Algún sector de la doctrina penal ha criticado esta atenuante por entender que es contradictorio atenuar la pena por el cumplimiento de una obligación legal como es la reparación de los daños causados por el delito, que su aplicación puede rebajar el efecto preventivo de la pena y que puede presentar problemas con el principio de igualdad ante las diferencias económicas de los delincuentes, sin embargo tales críticas parten de un concepto de la reparación meramente civilista y económico olvidando su contenido de encuentro con la víctima y de

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

reparación moral o simbólica lo que es mucho más importante tanto para la víctima, como para el delincuente y la sociedad[21].

La Jurisprudencia viene manteniendo de forma general que la reparación que se produce como consecuencia del cumplimiento de sus deberes contractuales por parte de las compañías aseguradoras, máxime cuando se trata de un seguro obligatorio, no puede configurar la atenuante 5ª del art. 21, porque no es el culpable el que repara, sino un tercero, la empresa de seguros, aunque ésta lo haga como contraprestación a las primas que pagó el acusado. Así lo ha entendido la STS de 20 de noviembre de 2000 y la STS 23 de marzo de 2004 que señalan que no es meritorio el hecho de haber cumplido con el deber de tener asegurados los riesgos derivados de la circulación del vehículo de motor que impone el Estado en aras de una mayor protección a las víctimas ante la frecuencia de esta clase de eventos, y que por tanto no merecen la aplicación de la circunstancia atenuante de reparación que debe ser realizada personalmente por el autor del hecho delictivo.

Sin embargo, al no exigir ningún elemento subjetivo, se podría admitir como reparación el pago de la responsabilidad civil por la aseguradora contratada previamente por el sujeto (si su póliza alcanza daños derivados de hechos delictivos) por demostrar una voluntad de resarcimiento de potenciales víctimas, lo mismo sucedería si el pago lo facilita un familiar del responsable del delito, siempre que la voluntad o mínima iniciativa del pago proceda del culpable como señala la dicción literal del art.21.5 del Código Penal.

En este sentido la SAP Asturias 25 de Enero de 2003 entiende que al no exigirse móvil o elemento subjetivo alguno, se puede admitir que sea un familiar o un amigo del culpable o un tercero (por ejemplo una Compañía de Seguros) el que facilite los medios económicos para hacer la reparación, siempre que la reparación sea a consecuencia de la voluntad del culpable, como sucede también en el caso de autos, en que el pago por la Compañía de seguros es consecuencia de que el acusado concertó un seguro de responsabilidad civil que cubría la que pudiera derivarse del uso de la grúa y pagó en su momento la prima correspondiente, y una vez producidos los hechos dio parte del siniestro el mismo día a la aseguradora y, ante las objeciones de ésta, insistió por vía notarial en que la misma debía responder del siniestro, luego su voluntad decidida de pagar a través de la aseguradora no puede cuestionarse.

También la STS de 10 de mayo de 2006 recuerda que por su carácter objetivo no es impedimento que la entrega dineraria reparadora sea realizada por

21. Así lo expone, Cervelló Donderis, V.: "La mediación en el ….." *op. cit*. pp. 84 y 85.

USO EXCLUSIVO DO PROPRIM

la familia a instancias del imputado aconsejado por su abogado defensor "los propósitos o finalidades que mueven al culpable a reparar el daño carecen de relevancia, por cuanto la atenuación se produce con caracteres marcadamente objetivos, más pendientes del hecho efectivo de aliviar la situación de la víctima, la gran olvidada del derecho penal. Tampoco importaría el origen de la indemnización que se realiza, si no fuera porque así lo impone la mención legal. Ésta debe entenderse en el sentido de que la actividad reparadora dineraria, si no procede exactamente del culpable (es usual que éste sea insolvente), cuando menos será preciso que de su parte medie una intervención o gestión tendente a que tal reparación se produzca, recurriendo a terceros (familiares, amigos, entidades bancarias) de donde obtener los caudales necesarios para efectuar la reparación hasta donde sea posible. Es pues suficiente con la participación activa del culpable, aunque la fuente última de la reparación no provenga de él mismo".

En cuanto a la víctima es un término amplio, más criminológico que dogmático, por eso no se debe ceñir sólo al sujeto pasivo ofendido o agraviado del delito sino también a los perjudicados. Por ejemplo en un homicidio la atenuante de reparación nunca podrá dirigirse a compensar al sujeto pasivo ya fallecido pero sí a sus familiares más cercanos por la pérdida de un ser querido[22].

Respecto a la reparación, ésta puede ser total o parcial del daño o en disminuir sus efectos, si bien no tiene una coincidencia plena con la responsabilidad civil derivada del delito pues abarca más contenidos.

En primer lugar puede consistir en cualquiera de los contenidos de la responsabilidad civil del art.110 del Código Penal, es decir reparación, restitución e indemnización por los daños y perjuicios causados. En concreto el art.112 del Código Penal define la reparación del daño como las obligaciones de dar, hacer o no hacer establecidas por el Juez atendiendo a la naturaleza del daño y a las condiciones personales y patrimoniales del culpable…" entre todos estos contenidos, en un acuerdo mediador serán las partes y la propia naturaleza del delito las que determinen lo más apropiado.

Puede consistir en restituir lo sustraído (sin importar si el perjudicado renuncia a ser indemnizado) o reparar el daño causado. En este sentido lo más importante es el esfuerzo realizado por el responsable, por eso la reparación parcial no basta si el sujeto está en condiciones de llevarla a cabo totalmente, ya que se valora lo reparado en función de su propia capacidad, pero si es acorde a sus posibilidades puede ser suficiente la reparación parcial siempre que sea relevante o sustancial. Si se da en el curso de un proceso de mediación, son las partes quienes

22. Vid. Cervelló Donderis, V.: "La mediación en el…." *op. cit*. pp. 86 y 87.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

han de fijar los contenidos concretos de la reparación con sus respectivos asesores y el mediador, por eso se subjetiviza pudiendo ser diferente de la responsabilidad civil, bien por exceso aceptado por el agresor que repara o por defecto aceptado por la víctima. Puede consistir también en encuentros de reconciliación y en prestación de servicios a la comunidad, así los delitos que no tienen resultado por ser de mera actividad no quedan fuera de la aplicación de esta atenuante, por eso en delitos de tráfico de drogas se puede entender como reparación del daño la colaboración en el tratamiento de drogodependientes y en el de seguridad del tráfico la ayuda asistencia o ayuda a víctimas de accidentes de tráfico.

La SAP Valencia de 20 de junio de 2000 respalda la apreciación de la atenuante de reparación en un delito contra la seguridad del tráfico con los siguientes argumentos: "la pena tiene una finalidad primordial de reinserción o de recuperación del infractor para la sociedad. Desde esta perspectiva tiene plena razón de ser la decisión de la juzgadora, al aplicar esta atenuante en un caso en el que aparece constatada por un organismo público -o al menos dependiente del Ayuntamiento–, una clara y continuada acción recuperadora del culpable, que se ha internado en una comunidad de tratamiento para alcohólicos, ha mostrado desde el principio su intención de colaborar ayudando a pacientes tetrapléjicos –a causa de accidentes de tráfico la gran mayoría- o en otro tipo de servicio social, colaboración que no se le ha permitido hasta estar en condiciones de abandonar el tratamiento en condición de interno y entrar en fase de inserción social".

No es necesario que sea de contenido económico ya que puede ser simbólica o testimonial, en este sentido la STS de 6 de octubre de 1998 y más recientemente la STS de 3 de noviembre de 2009 señalan que se puede apreciar no solo en los casos de una reparación material, sino también cuando tal reparación es simbólica, como cuando el autor realiza un actus contrarius de reconocimiento de la norma vulnerada y contribuye activamente al restablecimiento de la confianza en la vigencia de la misma. En tales casos se dará una reparación simbólica, que, por regla general debería ser admitida en todos los delitos. Un tipo de reparación simbólica puede ser la petición de perdón, donación de sangre, la prestación voluntaria de asistencia a personas necesitadas o la colaboración con la Justicia en la persecución del delito. Suele ser la más efectiva en los programas de mediación y tiene mucha importancia como factor preventivo del delito cuando consiste en un pacto de comportamiento futuro.

La SAP Cáceres de 7 de noviembre de 2001 aprecia la atenuante por las disculpas transmitidas en una carta "el procesado ha intentado reparar el daño ocasionado a la víctima, no sólo de una manera afectiva (escribiéndole una carta disculpándose de su proceder), sino también poniendo a su disposición las

USO EXCLUSIVO DO PDBCRIM

cantidades consignadas judicialmente para indemnizar los perjuicios ocasionados por las lesiones padecidas y reintegrar el dinero sustraído, todo ello realizado con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral".

Sin embargo la STS de 20 de octubre de 2006 realiza una interpretación restrictiva de la petición de disculpas como atenuante analógica de reparación del daño en un delito de lesiones graves con los siguientes argumentos:

– es predominantemente objetiva ya que su finalidad es proteger a la víctima, ha de hacerse antes de la celebración del juicio y ha de ser de naturaleza material, excluyendo los aspectos subjetivos de arrepentimiento – exige una conducta personal del culpable, excluyendo los pagos hechos por compañías aseguradoras en cumplimiento del seguro obligatorio, las fianzas exigidas por el Juzgado, las conductas impuestas por la Administración y la comunicación de la existencia de objetos buscados cuando hubieran sido descubiertos necesariamente. – la reparación ha de ser significativa y relevante, lo meramente aparente o reducido, teniendo medios adecuados no deber ser reconocida; la insolvencia no puede crear un privilegio atenuatorio. – las reparaciones parciales significativas cuando supongan un esfuerzo reparador auténtico, deben ser reconocidas porque contribuyen a disminuir los efectos perjudiciales del delito.

Lo más decepcionante de esta sentencia es que acaba afirmando que la mera participación del responsable en un programa voluntario de mediación penal, aun con resultado positivo, no implica efectiva reparación, ya que al haber renuncia del perjudicado a cualquier indemnización nada había que reparar; por ello sin reparación real y efectiva, total o parcial no puede haber atenuación.

Tal pronunciamiento debe ser duramente criticado por asociar la reparación solo a los aspectos materiales sin extenderlo a los simbólicos, porque atribuye las disculpas a la "exclusiva generosidad de la víctima" y porque ignora la intervención voluntaria en un programa de mediación penal, y todo ello pese a que en el fallo al justificar la individualización de la pena por la aplicación de la atenuante muy cualificada de embriaguez exprese que "la conciliación entre la víctima y el agresor haga que la pena se acerque más al mínimo que al máximo de la pena"[23].

Puede lograrse en cualquier momento del procedimiento pero necesariamente antes de la celebración del juicio oral, esto significa que no ha de ser sólo al inicio, sino que puede producirse durante las sesiones siempre que sean antes de finalizar la celebración del mismo[24].

23. Véase, Cervelló Donderis, V.: "La mediación en el…." *op.cit.*, pp. 83 a 90.

24. Véase, Cervelló Donderis, V.: "La mediación en el…." *op.cit.*, pp. 89 y 90.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

En algunas ocasiones si se consigue después de este momento se aprecia como atenuante analógica del art. 21.6 del Código Penal. La exigencia de que sea antes del juicio oral se debe a que la víctima obtendrá la ventaja de no esperar a la ejecución de la sentencia para ver resarcidas sus peticiones, lo que reducirá sus perjuicios.

Si se aprecia como atenuante simple según señala el art.66.2 del Código Penal los Jueces o Tribunales no podrán rebasar en la aplicación de la pena la mitad inferior de la que fije la ley para el delito.

Si se aprecia muy cualificada puede bajar uno o dos grados, la diferencia entre ambas opciones depende de la entidad del delito, la magnitud de la reparación y el criterio judicial.

La STS de 5 de abril de 2004 aprecia muy cualificada la atenuante de reparación del daño en un delito de malversación de caudales públicos por procederse a la devolución del dinero sustraído no durante el procedimiento judicial y antes del acto del Juicio oral, sino, incluso muchos meses antes de incoadas las actuaciones.

La STS de 29 de enero de 2008 también la aprecia como muy cualificada en un asunto en el que además de reparar económicamente se solicitó expresamente perdón, "lo que refleja una actitud de reconocimiento del orden jurídico y supone al tiempo una reparación moral, indicativa del esfuerzo por expresar el retorno al orden jurídico".

También cabe destacar la SAP Valladolid de 30 de abril de 2012. En un supuesto de estafa en concurso con falsedad documental donde el perjudicado fue un Ayuntamiento, se llevó a cabo una mediación, consistiendo, el acuerdo reparador, en realizar gratuitamente las obras de acondicionamiento de una calle del municipio perjudicado. Por esta reparación, se aplicó la circunstancia atenuante de reparación del daño (art. 21.5 Cp) rebajando la pena en dos grados.

En todo caso, el criterio de alguna Fiscalía es que se haya satisfecho toda la responsabilidad civil para aplicar la atenuante de reparación del daño como muy cualificada, pues, si se pacta un pago aplazado, la atenuante ya se ha considerado en la sentencia – con la oportuna reducción de pena – y podría incumplir los plazos después, no dándose, por tanto, las condiciones de una verdadera reparación.

Además de la atenuante genérica (art. 21.5 Cp) hay que tener en cuenta que en algunos delitos la reparación se presenta como atenuante específica que permite rebajar las penas, como ocurre en los siguientes ejemplos:

Si el culpable de los delitos de ordenación del territorio (art. 319), patrimonio histórico (art. 321), recursos naturales y medio ambiente (art. 325), protección

USO EXCLUSIVO DO RBCRIM

de la flora, fauna y animales domésticos (art. 332) hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado se impondrá la pena inferior en un grado, según señala el art. 340 en las Disposiciones Comunes del Título XVI del Código Penal.

En los delitos de calumnias e injurias si el acusado reconoce ante el Juez la falsedad o falta de certeza de las imputaciones y se retracta de ellas, se le impone la pena inferior en grado y no se impone la inhabilitación especial, art. 214 del Código Penal En este caso se trata de una especie de reconocimiento de la responsabilidad y con ello una disminución del año y una colaboración con la Justicia a modo de confesión. Se puede realizar a los largo de todo el procedimiento hasta que haya sentencia firme, porque deja de ser acusado para pasar a ser condenado. Sin olvidar que en estos delitos tiene plena operatividad, como extinción de la responsabilidad criminal, el perdón del ofendido (art. 215.3 Cp).

En el art.163.2 del Código Penal se permite rebajar la pena un grado en los delitos de detenciones ilegales si el culpable diera libertad al encerrado o detenido dentro de los tres primeros días de su detención, sin haber conseguido el objetivo que se había propuesto. Se trata en realidad de una menor afección al bien jurídico protegido que repercute en una disminución de los efectos del delito sobre el sujeto pasivo ya que al durar poco tiempo la detención, el daño para la libertad de movimientos es menor, por eso se puede decir que está a medio camino entre el desistimiento del delito (interrupción voluntaria de la ejecución del delito) y la reparación del daño.

En el art. 225 del Código Penal se recoge una pena reducida en los delitos de quebrantamiento de los deberes de custodia y de la inducción de menores al abandono del domicilio en los siguientes términos: "cuando el responsable de los delitos previstos en los dos artículos anteriores restituya al menor de edad o al incapaz a su domicilio o residencia, o lo deposite en lugar conocido y seguro, sin haberle hecho objeto de vejaciones, sevicia o acto delictivo alguno, ni haber puesto en peligro su vida, salud, integridad física o libertad sexual, el hecho será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses, siempre y cuando el lugar de estancia del menor de edad o el incapaz haya sido comunicado a sus padres, tutores o guardadores, o al ausencia no hubiera sido superior a veinticuatro horas"[25].

Otra de las consecuencias jurídicas de la mediación penal puede ser la suspensión de le ejecución de la pena. Tras la reforma de Código Penal operada en 2015, la figura de la suspensión ha cambiado.

25. Véase, Cervelló Donderis, V.: "Principios y garantías…" *op, cit*. p. 34.

Uso Exclusivo RBCCRIM

En primer lugar, se establece un criterio valorativo que gravita sobre la idea de peligrosidad – aunque no lo diga expresamente en el art. 80 –. Anteriormente se hablaba de peligrosidad criminal sin acotar criterios, y para ello se utilizó la expresión de otros procedimientos abiertos – algo que fue muy criticado –, ahora se utiliza la siguiente expresión:

"…cuando se razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos". Para esta valoración se establecen criterios que van más acorde con un análisis individualizado propio de un informe criminológico. Una de las cuestiones a valorar que expresa recoge el texto legal es: "conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado".

Actualmente el Código Penal hace una referencia expresa a la mediación penal:

Cumplir el acuerdo de mediación si hubiere (art. 84.1 Cp).

Después de lo expuesto, y considerando los requisitos objetivos y subjetivos para suspender la ejecución de la pena, y a la hora de valorar la posible frustración de la suspensión, es lógico valorar positivamente que el victimario haya participado en una mediación y, por tanto, haya sido capaz de sentarse delante de la víctima y repararla tanto económica como moralmente. Quizá sea el momento de depositar la confianza en alguien que ha dado un paso al frente para reparar a la víctima y empatizar con ella.

Por último, veamos los casos en que el victimario ha ingresado en prisión y está cumpliendo la condena. En esos casos en los que se lleva a cabo una mediación penal pero en fase de ejecución de sentencia. La consecuencia que podría tener sería penitenciaria. Esto es, una valoración positiva por parte de la Junta de Tratamiento a la hora de conceder permisos ordinarios de salida o progresión de grado. Respecto a esto último, la progresión a un tercer grado – régimen de vida de semilibertad –, además de la valoración del citado órgano penitenciario, debe cumplir con un requisito más objetivo, como es haber satisfecho la responsabilidad civil. Ahora bien, no todos los internos de un centro penitenciario pueden satisfacer la responsabilidad civil. Esta situación ha adquirido una nueva perspectiva con la STS 59/2018 de 2 de febrero, que establece:

"…la satisfacción de las deudas contraídas por razón de delito y que el tribunal ha fijado en el fallo de la sentencia condenatoria constituyen un crédito en favor del acreedor que el obligado por la sentencia condenatoria debe satisfacer y a cuyo efecto dispone el ordenamiento procesal civil los embargos y medidas cautelares en el caso de que fuera preciso una ejecución obligatoria, por no haber sido asumida de forma voluntaria. En la fijación de esta forma de satisfacción y de ejecución judicial el propio ordenamiento señala las pautas a seguir, bajo la

USO EXCLUSIVO DOUBLECRIM

rúbrica del embargo de bienes en los arts. 584 y siguientes de la LEC, regulando el modo de proceder para el aseguramiento de la deuda declarada. Es el propio ordenamiento civil el que señala en el art. 607 la procedencia del embargo de sueldos y pensiones y considera inembargables los sueldos, jornales y retribuciones que sean superiores al salario mínimo interprofesional, conforme a la escala que relaciona estableciendo distintos niveles en función de los ingresos y de las cargas familiares. A su vez establece una excepción a la inembargabilidad respecto a pensiones alimentarias. (...) Si por ministerio de la ley son bienes inembargables, sobre ellos no puede actuarse, desde la coacción del Estado, el cumplimiento de la obligación. Por tanto, quedan al margen de la ejecución y, consecuentemente, no puede ser considerados como parte del esfuerzo reparador que el deudor de la responsabilidad civil debe realizar para satisfacer la deuda los ingresos inferiores a lo declarado inembargable. (...) es llano afirmar que el juez de vigilancia penitenciaria ha de valorar la situación del penado, o del liberado, e imponer medidas tendentes a la satisfacción de la responsabilidad civil o en la adopción de medidas tendentes a la realización de un esfuerzo reparador que satisfaga la exigencia del art. 90 CP. Consecuentemente, con estimación del recurso consideramos que la interpretación procedente del art. 90 CP en cuanto a las medidas que pueden ser impuestas y referidas a la responsabilidad civil no permiten imponer obligaciones de reparación sobre ingresos inferiores a los límites establecidos en el artículo 607 LEC».”

Según la citada sentencia el salario mínimo interprofesional y los parámetros del art. 607 LEC. se establecen como límite y criterio único para la exigencia de la responsabilidad civil derivada del delito a efectos del acceso a mayores cotas de libertad[26].

Para concluir este apartado hay que hacer mención a los encuentros restaurativos que se realizaron entre víctimas y ex miembros de ETA[27]. Si en un tema tan sensible en España como es el del terrorismo de ETA, se pudo llevar a cabo una experiencia de encuentros restaurativos, de manera positiva, quiere decir que todo ámbito, para la justicia restaurativa, es posible. Hay que resaltar que dichos encuentros restaurativos no supusieron ninguna consecuencia jurídica, más allá

26. Vid. Solar Calvo, P.: “La exigencia de la RC en el medio penitenciario. La necesaria aplicación de la STS 59/2018, de 2 de febrero, de unificación de la doctrina” en *Diario La Ley*, Nº 9347, Sección Tribuna, 29 de Enero de 2019, Editorial Wolters Kluwer, p. 5.

27. Se describe toda esta experiencia en Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA, VV.AA. coordinadora Pascual Rodríguez, E., Sal Terrae Santander 2013.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

de la valoración positiva que pudiera hacerse en el ámbito penitenciario por participar en una actividad que puede favorecer la reinserción.

6. Diferencias entre conformidad y mediación en el ámbito penal

En este apartado pretendo poner de manifiesto que la conformidad propia del proceso penal es diferente a la mediación. Si bien es cierto que una de las consecuencias de la mediación penal puede ser, en la mayoría de los casos, una sentencia condenatoria de conformidad, no es menos cierto que su finalidad no es llegar, simplemente, a ese resultado. La diferencia fundamental prefiero explicarla con un ejemplo.

Si partimos de la base de la configuración e todo conflicto como una figura poliédrica, el ejemplo comienza a tomar cuerpo. Las personas que se hallan involucradas en un conflicto, particularmente si es penal, tienen una visión distinta, esto es, por cada una de las caras del poliedro. Así pues, voy a profundizar en este ejemplo con un caso ideado para este apartado, pero que seguro han vivido algunas personas de manera muy real.

Pensemos en un supuesto en el que una persona quiere entrar a robar en una casa. Observa una en la que en ese momento no hay nadie, escala y fractura una ventana que tenía aspecto endeble, y así resultó ser. Después de entrar busca entre las pertenencias de los moradores y se lleva dinero y objetos por valor de mil euros[28]. Este hecho – valorado en abstracto – conlleva una pena de prisión de dos a cinco años.

Cuando el propietario de la vivienda llega a su casa, se encuentra con sus cosas desordenadas, la pérdida de dinero y objetos, así como la invasión, por parte de un extraño, en el lugar más privado que haya para ella y su familia, como es su domicilio.

A partir de este momento entran en escena las distintas caras del poliedro. El victimario (una vez detenido e investigado) considera que para mil euros que ha sustraído le parece excesivo enfrentarse a una pena de dos a cinco años de prisión, pues, considera que hay supuestos más graves – como se está viendo a diario en los medios – en los que no hay pena de prisión o no ingresa en la cárcel.

Otra cara del poliedro es la de la víctima, que no sabe si su familia y ella seguirán en peligro, pues, no sabe si estaban vigilando su caso, si lo seguirán haciendo

28. Este hecho tendría una calificación jurídica de robo con fuerza en las cosas (arts. 237 en relación con 238,1º y 241.1 del Cp).

USO EXCLUSIVO DO PDCRIM

o si lo volverán a hacer. Desde ese momento, cualquier ruido que escuche por la noche le hará perder el sueño. En ese momento, no hay pena suficiente que pueda satisfacerla.

Los abogados de las dos partes miran por otra cara del referido poliedro, porque el defensor sabe que su defendido probablemente será condenado pero no a una pena nimia como pretende su patrocinado, sino a una pena de prisión y, existe la posibilidad de ingresar en prisión. Por otro lado, el letrado de la víctima sabe que podrá conseguir una condena pero ésta será proporcionada, según establece la ley penal, al hecho cometido y, podría darse el caso, de que no ingrese en prisión. En todo caso, no será la pena que le gustaría a su representada.

El fiscal que tiene la función de velar por el cumplimiento de la ley, realizará una valoración jurídica y, por tanto, mira por otra cara distinta del poliedro; hará una calificación jurídica de los hechos y en realizará el juicio sin vinculación con las partes. Y finalmente el juez, que debe hacer una valoración de las pruebas y tomar una decisión de contenido jurídico, también está mirando por otra cara distinta del traído poliedro. Y no olvidemos a los mediadores que, también, mirarán por otra diferente porque pretenden una resolución personal del conflicto.

La mediación alcanzará el éxito si se consigue que las partes miren por las caras más próximas del poliedro, pues, por la misma es casi imposible. Así, si la víctima entiende que el hecho cometido por el victimario merece un castigo, pero éste debe ser proporcionado, y si aquél entiende que no solo se trata de mil euros sino del padecimiento de una persona después del delito, a la que le costó conciliar el sueño y se sintió insegura en su propio hogar, por tanto, le pondrá rostro y nombre y apellidos al sufrimiento.

Por mi parte, entiendo que ésta es la finalidad de la mediación, sin desdeñar las consecuencias jurídicas que tendría[29].

7. La imperativa necesidad de la mediación penal

Tras todo lo expuesto, queda evidenciada la necesidad de la mediación penal; pero no solo con programas en distintos puntos del país – tal y como veremos a continuación –, sino, con una regulación en expresa en el proceso penal. Así, obtendremos ventajas para la víctima como son: una reparación económica y moral, menos formalidad que un proceso penal, evitación de la victimización

29. Este ejemplo, lo transcribí en Chaves Pedrón, C.: "La mediación penal en Valencia" en Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano, directora: Lloria García, P., Iustel, Madrid 2018, pp. 192-194.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

secundaria. También para el victimario: se potencia su reeducación y reinserción porque se responsabiliza de sus actos y se somete a una justicia más humanitaria. Por último, para la sociedad: se agiliza la justicia penal, aparece como una justicia más próxima y que responde a las demandas sociales[30].

En resumen, la mediación penal hará de la administración de justicia una vía más cercana a los ciudadanos y, también, más personalizada; y la víctima tendrá un papel más relevante[31].

8. Programas de mediación penal en España

En distintas jurisdicciones de España se llevan a cabo programas de mediación penal. Tal y como se ha ido exponiendo, se trata de una vía que va a facilitar la posibilidad de evitar la victimización secundaria, que las personas involucradas puedan superar un conflicto, y facilitar la labor de la Administración de Justicia. Veamos, pues, cuáles son los distintos programas de mediación penal. Además del programa de Valencia que es en el que más puedo profundizar debido a mi participación en el mismo, se comentarán otros cuatro más.

8.1. El programa de Valencia

El programa se inicia con la limitación de los delitos que van a ser mediables, esto es, susceptibles de acogerse al programa. Es una manera prudente de iniciar un proyecto que necesita consolidarse, para llegado el caso, atender a las opiniones que consideran complicado y poco operativo determinar, a priori, los delitos mediables. Parece más oportuno establecer los criterios de selección en función de la conducta, el agresor y la víctima[32].

Los delitos mediables son:

– LESIONES Y MALOS TRATOS.

– AMENAZAS, COACCIONES, INJURIAS, CALUMNIAS Y VEJACIONES.

30. Véase, más ampliamente, Leal Medina, J.: "¿Tiene futuro la mediación penal de adultos? ¿Dónde estamos actualmente? ¿Es un método viable para solucionar los problemas de convivencia que genera la acción delictiva?" en *Diario La Ley*, Nº 8397, Sección doctrina, 13 de octubre de 2014, pp. 6-8.

31. García-Rostán Calvín, G.: "Victima y mediación penal" en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia nº 26 – 2008, p. 452.

32. Véase, más ampliamente, Cervelló Donderis, V.: "Principios y garantías de la mediación penal….." op. cit. p. 29.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

– CONTRA EL PATROMONIO.

– IMPAGO DE PENSIONES.

– CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL (malos tratos, amenazas, coacciones).

– VIOLENCIA DOMESTICA (NO VIOLENCIA DE GÉNERO).

– DETENCION ILEGAL.

– CONTRA LA INTIMIDAD.

– DERIVADOS DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES FAMILIARES (CUSTODIA DE MENORES, RÉGIMEN DE VISITAS).

Para la derivación de los asuntos se hace una selección por el Juzgado, en concreto por la figura del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ). No lo lleva a cabo el Juez para evitar una posible contaminación en caso de no llegar a buen puerto el proceso y tener que seguir instruyendo la causa o celebrar el juicio oral. La imparcialidad del juez puede ponerse en entredicho por una causa comprobada de pérdida significativa de la misma, o bien, cuando el comportamiento judicial exteriorizado genera apariencia de pérdida de imparcialidad[33].

Esta selección se puede llevar a cabo de dos formas. Una por la petición de cualquiera de las partes que forman parte del expediente judicial; y otra, por valoración del propio LAJ que así lo considera.

No obstante, la Guía para la práctica de la mediación intrajudicial, establece que la selección de los casos que se van a derivar a Mediación la realizará el órgano judicial, quien a través de la oportuna resolución invitará a las partes y sus abogados a que acudan a una sesión informativa; dependiendo del momento procesal en que se acuerde resultará competente el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia.

En ambos casos se necesita la conformidad de las partes implicadas para respetar, como no podía ser de otro modo, el principio de voluntariedad imperante en la mediación.

Los asuntos se pueden derivar en distintas fases:

Juicios por delitos Leves.

Diligencias Previas.

Diligencias Urgentes.

Procedimiento Abreviado.

33. Véase, Camarena Grau, S.: "Efectos materiales del acuerdo mediador y consecuencias en el proceso judicial del fracaso del acuerdo mediador" en AA.VV. Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal, directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2016, p. 144.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

En cada uno de los supuestos se remitirá una ficha en la que conste: copia de la denuncia y ficha de las partes; copia de las declaraciones obrantes en autos y de las documentales o periciales que se estimen relevantes. Cualquier otra información podrá ser obtenida por el mediador o mediadores consultando el expediente en el propio juzgado. Como particularidad cabe destacar que en los casos en los que esté señalada la fecha de juicio se indicará a los mediadores para que lo tengan en cuenta y tratan de agilizar, dentro de lo posible, el proceso de mediación[34].

Una vez plasmado el programa de mediación penal en la ciudad de Valencia, cabe poner de relieve que los colectivos que intervienen son los que aportan los mediadores. Estas distintas entidades realizarán la selección oportuna cerciorándose de las condiciones formales respecto de su capacitación acreditada por la formación obtenida[35]. Los mediadores no solo deberán cumplir la exigencia formal de su habilitación sino que también deben tener las características propias de su función. En primer lugar la confidencialidad respecto de lo dicho por las partes en el proceso, solo con acuerdo de ambas partes podría revelar el contenido[36]. En segundo lugar la imparcialidad respecto de las partes, e íntimamente ligado a este aspecto está la neutralidad respecto de los acuerdos. Pero estas condiciones no bastan para el éxito del proceso, además, resulta necesario que tenga empatía hacia las partes, flexibilidad para adaptarse a las diferentes situaciones según las personas que a él acuden; también debe ser creativo para transformar el conflicto en oportunidades y extraer lo mejor en cada situación; por último, escucha activa y asertividad como forma de afrontar un problema[37]. El mediador debe ayudar a contactar y a comunicar[38].

Todas estas características deben estar presentes en toda persona que ostente la condición de mediadora y, solo así, podrá afrontar un proceso en el que verdaderamente ayudará a las partes que a ella han acudido.

El inicio del proceso tiene su punto de partida con el reparto de expedientes que se realiza a través del coordinador de cada uno de los grupos interdisplinares

34. Véase, más ampliamente, Chaves Pedrón, C.: "Mediación penal intrajudicial. La experiencia de Valencia" en AA.VV. Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal, directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2016, pp. 338 a 341.
35. Vid. Magro Servet, V. y otros: op. cit. pp. 25 y ss.
36. Vid. Magro Servet, V. y otros: op. cit. p. 25.
37. Véase, Gordillo Santana, L. F.: La justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid 2007, pp. 220 y ss.
38. Vid. Cervelló Donderis, V.: "La mediación penal. Un instrumento…… " *op. cit*, p. 288.

USO EXCLUSIVO BCCRIM

de mediadores. El criterio no es otro que por turno para que todos tengan el mismo número de asuntos. Cuando se remite el expediente, por parte del coordinador, el mediador tiene un plazo de dos días para contestar si quiere llevarlo o no, y si lo hará solo o con alguien (comediación). Una vez comunicada la respuesta al coordinador, éste pondrá en conocimiento del servicio administrativo quién o quiénes se encargarán del asunto. Dicho servicio, a su vez, informará al Juzgado para que aquél tenga conocimiento y sepa los mediadores que se hacen cargo y puedan acceder al expediente judicial si fuere necesario[39].

Los mediadores comienzan llamando a las partes, dentro de las que incluimos a los letrados, pues, es necesario que tengan conocimiento del inicio del proceso de mediación y, además, se les debe invitar a venir[40]. Por supuesto, deben asegurarse que las dos partes implicadas participen de forma voluntaria, velar para que ambas tomen sus propias decisiones con la información completa y finalizar el proceso de mediación dentro del plazo previsto[41]. Llegados a este punto, no podemos obviar la necesaria explicación a los letrados de las partes del sentido de la mediación. Como he comentado, unas líneas más arriba, no existe un conocimiento tan extendido como en otros ámbitos (per ejemplo el de familia) y quizá no se tenga una conciencia general sobre el fin de la mediación penal, que no trata, únicamente, de obtener una ventaja en la imposición de la pena.

El objetivo principal será la superación personal del conflicto. Para ello debe haber un reconocimiento de la verdad, asumiendo la parte de responsabilidad que cada cual haya podido tener, y tratar de empatizar con el otro. Una vez conseguida esta base se pretende la adquisición, por las partes, de habilidades de comunicación para una mayor posibilidad de relación interpersonal. Esto último proporcionará técnicas de escucha a la otra persona para comprender su conducta y, tal y como se decía, empatizar con ella. Con la mediación las partes sienten que tiene el conflicto bajo su control[42], porque en el procedimiento judicial la solución está fuera de sus posibilidades.

No podemos olvidar la perspectiva social porque supone una solución participativa del conflicto. Todo ello realizado con técnicas y operativos informales

39. Vid. Chaves Pedrón, C.: "La mediación penal en…." op. cit. p. 189.

40. Vid. Chaves Pedrón, C.: "Mediación penal intrajudicial…" op. cit. pp.. 343 a 345.

41. Vid. Barona Vilar, S.: Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico, Tirant lo Blanch Valencia 2011, pp. 364 y 365.

42. Vid. Rozenblum de Horowitz, S.: Mediación. Convivencia y resolución de conflictos en la comunidad, Barcelona 2007, p. 18.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

(aunque luego derive una respuesta jurídica) en orden a dar satisfacción a las personas implicadas en el hecho, mejorando, así, sus relaciones interpersonales. Esta consecuencia supondrá un mejor clima social que beneficiará, también, a la comunidad[43].

En todo caso, para los supuestos en los que haya un acuerdo reparador y el reconocimiento del hecho delictivo, se dictará sentencia condenatoria de conformidad por el órgano judicial competente, con una pena degradada por la apreciación de la circunstancia atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) como muy cualificada. Además, en los casos en los que concurran los requisitos se procederá a la suspensión de la ejecución de la pena. La ejecución de los acuerdos de reparación se llevará a cabo por el tribunal sentenciador[44].

El planteamiento de un resultado necesario de una sentencia condenatoria[45], se basa en el concepto, aún existente, de la consecuencia jurídica correspondiente al delito, que se estructura sobre los elementos de necesidad y merecimiento de la pena. El primero por la infracción de una norma de ordenación social que el Estado considera necesaria para la convivencia. El segundo gravita sobre la culpabilidad[46].

Por último, en los supuestos en los que no hay acuerdo, se informa a la misma Unidad que el proceso de mediación queda sin efecto, y ésta lo pondrá en conocimiento de la Fiscalía y al Juzgado competente. El procedimiento penal continuará y acabará en juicio si así procede.

8.2. Otros programas

En primer lugar una referencia a Cataluña. Aquí los delitos mediables son todos, pues, el límite no está en el delito en cuestión, sino en las partes. Aunque no hay mediación penal en los delitos de violencia de género[47].

43. Vid. García-Pablos de Molina, A.: Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos, 6ª edición, Tirant lo Blanch Valencia 2007, p. 646.
44. Véase, más ampliamente, Alcalá Mellado, Mª T. y García Guillamón, C.: "El papel del abogado en las mediaciones desarrolladas en los ámbitos penal y laboral" (Capítulo 8) en Abogados y mediadores ¿competidores o colaboradores?, coordinadora: Rabasa Sanchis, B., Valencia 2016, pp. 203 y 204.
45. Salvo en los delitos disponibles por operar el perdón del ofendido.
46. Véase, más ampliamente Martínez Arrieta, A.: op. cit. pp. 82 y 83.
47. Vid. Serratusell Salvadó, L. y Cabos Solé, I.: "Programa de justicia restaurativa en Cataluña" en AA.VV. Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal, directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2016, p. 301.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

En este programa la selección de los asuntos mediables puede hacerse:

A instancia judicial: la puede realizar tanto el Juez como el Letrado de la Administración de Justicia.

Fiscalía: por sí mismo o consensuado con el Juez puede remitirlo al servicio de mediación.

Las partes: cualquiera de las dos implicadas en el delito, ya sea víctima o investigado, por ellos mismo o a través de sus letrados.

Otros servicios: Oficinas de Atención a la Víctima, Oficinas de Atención al Ciudadano, etc.[48]

Ahora llega el momento de analizar, brevemente, el programa del País Vasco. En éste no hay exclusión de ningún delito salvo el de violencia de género[49]. La derivación la puede hacer el juez o tribunal de oficio o a instancias del Fiscal o cualquiera de las partes[50].

Respecto del programa de Castilla y León, comenzaron con limitación de delitos:

– Injurias y calumnias.

– Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico.

– Amenazas, coacciones y lesiones.

Pero una vez consolidado el programa ya no la hay[51], salvo los delitos de violencia de género. La derivación puede hacerla el juzgado por ellos mismos, a petición de los fiscales o de alguna de las partes[52].

Por último, hay que comentar el programa de Madrid, en el que no existe limitación de delitos mediables per se sino por la situación[53]. Nuevamente hay que decir que los delitos de violencia de género están excluidos.

---

48. Vid. Serratusell Salvadó, L. y Cabos Solé, I.: op. cit. pp. 303 y 304.

49. Véase, Subijana Zunzunegui, I. J.: "El programa de mediación penal en la comunidad autónoma del País Vasco" en AA.VV. Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal, directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2016, p. 319.

50. *Ibídem*.

51. Vid. Domingo de la Fuente, V.: "Servicio de justicia restaurativa de Castilla y León--AMEPAX" en AA.VV. Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal, directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch 2016, pp. 359 y 360.

52. Véase, Domingo de la Fuente, V.: op. cit. p. 360.

53. Véase, Garrido Ruiz, R. Mª: "Asociación de mediación para la pacificación de conflictos de Madrid (AMPC)" en AA.VV. Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal, directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2016, pp. 388 y 389.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Los asuntos los selecciona el Juzgado a través del Juez de acuerdo con el Fiscal, y el Letrado de la Administración de Justicia entrega el expediente a los mediadores[54].

9. Conclusiones

1.- La mediación penal es una herramienta necesaria en una sociedad moderna que apuesta más por una justicia restaurativa que retributiva.

2.- Humaniza la justicia y beneficia a todas las partes: víctima, victimario, administración de justicia y sociedad.

3.- Los mediadores deben ser personas preparadas desde una perspectiva académica y, además, deben actuar con neutralidad e imparcialidad y rigiendo, siempre, el principio de confidencialidad.

4.- Existen pocas referencias a la mediación penal de adultos en la legislación española y, por tanto, precisa de una urgente regulación, particularmente, en la ley procesal penal.

5.- Una vez conseguida la superación del conflicto por parte de víctima y victimario, la consecuencia jurídica puede suponer, ante una sentencia condenatoria de conformidad, la aplicación de la atenuante de la reparación del daño como muy cualificada. En delitos en los que opere el perdón del ofendido supondrá la extinción de la responsabilidad criminal. Para conseguir este fin participarán todos los operadores jurídicos: Fiscal que pedirá el sobreseimiento del procedimiento, o, en los casos en los que proceda formulará la acusación contemplando la rebaja de la pena. El Juez que dictará el auto de sobreseimiento o la sentencia condenatoria o absolutoria.

6.- Hay que diferenciar la sentencia de conformidad prevista en el proceso penal, a aquella alcanzada a través de la mediación, aquí víctima y agresor se acercan personalmente.

7.- Existen diversos programas de mediación penal de adultos en España que tratan de suplir la ausencia de regulación al respecto.

8.- La implantación de la mediación penal es absolutamente imperativa.

Bibliografía

ALCALÁ MELLADO, Mª TERESA y GARCÍA GUILLAMÓN, CONCEPCIÓN: "El papel del abogado en las mediaciones desarrolladas en los ámbitos penal

54. Garrido Ruiz, R. Mª: op. cit. pp. 386 a 388.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

y laboral" (Capítulo 8) en *Abogados y mediadores ¿competidores o colaboradores?*, coordinadora: Rabasa Sanchis, B., Valencia 2016, pp. 201-228.

ARANDA JURADO, MAR: "Mediación en el orden penal" en *La mediación en el sistema jurídico español. Análisis y nuevas propuestas*, Tirant lo Blanch Valencia 2018, pp. 19-53.

ARMENGOT VILAPLANA, ALICIA: "Mediación penal y proceso judicial" en *Tratado de mediación, Tomo II,* VV.AA. editora: Montesinos García, A., Tirant lo Blanch Valencia 2017, pp. 81-107.

BARONA VILAR, SILVIA: *Mediación penal. Fundamentos, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch Valencia 2011.

CAMARENA GRAU, SALVADOR: "Efectos materiales del acuerdo mediador y consecuencias en el proceso judicial del fracaso del acuerdo mediador" en *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, AA.VV. directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2016, pp. 139-163.

CERVELLÓ DONDERIS, VICENTA: "Principios y garantías de la mediación penal desde un enfoque resocializador y victimológico" en *Revista Penal*, nº 31 enero 2013, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 22-51.

"La mediación penal. Un instrumento para la humanización del Derecho Penal" en *Mediación en el ámbito civil, familiar, penal e hipotecario. Cuestiones de actualidad,* VV.AA. coordinadores: Ortega Jiménez, A. y Cobas Cobiella, Mª E., Econimist & Jurist Madrid 2013, pp. 283-302.

"La mediación en el sistema penal español" en *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal,* VV.AA. directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2017, pp. 69-105.

CHAVES PEDRÓN, CÉSAR: "Mediación penal intrajudicial. La experiencia de Valencia" en *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, VV.AA. directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2017.

"La mediación penal en Valencia" en *Convivencia ciudadana: mediación, conciliación y técnicas de prevención y resolución del conflicto ciudadano*, VV.AA. directora: Lloria García, P., Iustel, Madrid 2018, pp. 185-196.

DOMINGO DE LA FUENTE, VIRGINIA: "Servicio de justicia restaurativa de Castilla y León-AMEPAX" en *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, directora: Cervelló Donderis, V., VV.AA. Tirant lo Blanch 2016, pp. 353-378.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos,* 6ª edición, Tirant lo Blanch Valencia 2007.

GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, GEMMA: "Victima y mediación penal" en *Anales de Derecho,* Universidad de Murcia nº 26 – 2008, pp. 445-456.

GARRIDO RUIZ, ROSA MARÍA: "Asociación de mediación para la pacificación de conflictos de Madrid (AMPC)" en *Cuestiones prácticas para la aplicación de*

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

la mediación penal, directora: Cervelló Donderis, V., VV.AA. Tirant lo Blanch Valencia 2016, pp. 379-408.

GONZÁLEZ CANO, Mª ISABEL: "La mediación penal en España" en *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, VV. AA. directora: Barona Vilar, S., Tirant lo Blanch Valencia 2009, pp. 19-52.

GORDILLO SANTANA, L. F.: *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid 2007.

LEAL MEDINA, JULIO: "¿Tiene futuro la mediación penal de adultos? ¿Dónde estamos actualmente? ¿Es un método viable para solucionar los problemas de convivencia que genera la acción delictiva?" en *Diario La Ley*, Nº 8397, Sección doctrina, 13 de octubre de 2014, pp. 1-22.

MAGRO SERVET, VICENTE, HERNÁNDEZ RAMOS, CARMELO y CUÉLLAR OTÓN, JOSÉ PABLO: *Mediación penal. Una visión práctica desde dentro hacia fuera*, Alicante 2011.

MANZANARES SAMANIEGO, JOSÉ LUIS: *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada 2007.

MARTÍNEZ ARRIETA, ANTONIO: "La mediación como tercera vía de respuesta a la infracción penal" en *Mediación penal y penitenciaria. 10 años de camino*, VV.AA. Madrid 2010, pp. 57-101.

MARTÍNEZ CAMPS, MONTSERRAT: "Formación y habilidades de los mediadores" en *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, VV.AA. directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2017, pp. 225-234.

MONTESINOS GARCÍA, ANA: "Una breve aproximación a la justicia restaurativa" en *Tratado de mediación, Tomo II*, editora: Montesinos García, A., Tirant lo Blanch Valencia 2017, pp. 21-52.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Mª PILAR: "Mediación penal comunitaria: desde dónde y hacia dónde" en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, VV.AA. Estudios de Derecho Judicial III-2006, Consejo General del Poder Judicial Madrid 2007, pp. 23-43.

SOLAR CALVO, PUERTO: "La exigencia de la RC en el medio penitenciario. La necesaria aplicación de la STS 59/2018, de 2 de febrero, de unificación de la doctrina" en *Diario La Ley*, Nº 9347, Sección Tribuna, 29 de Enero de 2019, Editorial Wolters Kluwer.

RÍOS MARTÍN, JULIÁN CARLOS: "La mediación penal: acercamiento desde perspectivas críticas del sistema penal" en *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación,* VV.AA. directores: Sáez Valcárcel, R. y Ortuño Muñoz, p., Estudios de Derecho Judicial 111-2006, Consejo General del Poder Judicial, pp. 141-166.

ROZENBLUM DE HOROWITZ, S.: *Mediación. Convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*, Barcelona 2007.

USO EXCLUSIVO RBCRIM

SERRATUSELL SALVADÓ, LIDIA y CABOS SOLÉ, IISABEL: "Programa de justicia restaurativa en Catalunya" en AA.VV. *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal*, directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2016, pp. 297-311.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, IGNACIO JOSÉ: "El programa de mediación penal en la comunidad autónoma del País Vasco" en AA.VV. *Cuestiones prácticas para la aplicación de la mediación penal,* directora: Cervelló Donderis, V., Tirant lo Blanch Valencia 2016, pp. 313-335.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Justiça penal negociada a participação ativa da vítima na solução de conflitos penais, de Cláudio José Langroiva Pereira – *RT* 806/418-430 (DTR\2002\671); e
- Mediação penal como forma alternativa de resolução de conflitos: a construção de um sistema penal penal sem juízes, de Pablo Galain Palermo – *RBCCrim* 91/161-197 (DTR\2011\2338).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Novos espaços de proteção do Direito Penal no mundo tecnológico: a definição e caracterização dos crimes de informática

New areas of criminal law protection in the technological world: the definition and characterization of cybercrimes

Assista agora aos comentários do autor para este artigo

Daniel Leonhardt dos Santos

Doutor em Ciências Criminais (PUC/RS), com período de pesquisa sanduíche na Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Ciências Criminais e especialista em Ciências Penais (PUC/RS). Professor e Advogado.
https://orcid.org/0000-0002-2954-5325
daniel@leonhardtsantos.com

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Digital

Resumo: O objetivo do presente estudo consiste na análise dos crimes de informática na legislação brasileira e a sua adequação ao modelo estabelecido pelas convenções internacionais. Serão estabelecidas as premissas introdutórias com a análise da legislação relativa ao tema, tentando estabelecer um paralelo entre as condutas praticadas no âmbito eletrônico com a legislação jurídico-penal dos crimes de informática. Na complexa relação entre dogmática jurídico-penal e novas tecnologias, iremos caracterizar esses crimes, contextualizando-os a partir de casos divulgados na mídia.

Palavras-chave: Crimes de informática – Direito penal – Novas tecnologias – Convenção de Budapeste.

Abstract: The objective of this study is the analysis of cybercrimes in Brazilian legislation and their adequacy to the model established by international conventions. Introductory premises will be established with the analysis of the legislation related to the theme, trying to establish a parallel between the practices carried out in the technological field and the criminal legislation of cybercrimes. In the complex relationship between criminal law and new technologies, we will characterize these crimes, contextualizing them from cases disclosed in the media.

Keywords: Cybercrimes – Criminal law – New technologies – Budapest Convention.

USO EXCLUSIVO DO EBOOK RIM

Sumário: Introdução. 1. A definição dos crimes de informática. 2. Os crimes de informática na Convenção de Budapeste. 3. O paralelo entre a legislação brasileira e as convenções internacionais. 4. Análise dos crimes de informática nos casos divulgados pela mídia. Exemplos. Conclusão. Referências.

Introdução

O desenvolvimento tecnológico proporcionou importantes mudanças às bases fundamentais da dogmática jurídico-penal, cuja influência estende-se à própria forma de pensar o fundamento e o modo de atuar dos principais níveis de incidência da normatividade jurídico-penal, sejam eles relacionados à conformação da tipicidade a partir da estrutura estabelecida pelo modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal; ao limite da ilicitude ou à redefinição dos pressupostos da culpabilidade. Desde os avanços da neurociência até à construção de uma estrutura tecnológica capaz de agir autônoma e independentemente, nas ciências jurídico-penais recaem o inevitável problema de reanálise de antigos conceitos a partir do prisma de novas estruturas em constante criação e recriação. O avanço tecnológico assume, assim, o protagonismo nas forças geradoras das mudanças socioculturais com importantes reflexos para o direito penal: as novas tecnologias introduziram novos espaços de atuação da normatividade; espaços não apenas novos, mas que impuseram a necessidade de uma *nova* forma de pensar nos problemas jurídicos e suas consequentes soluções numa complexa sociedade cujo resguardo do direito – e, especialmente, do direito penal – dá-se a partir de mecanismos cujas bases são estruturadas por conceitos concebidos e desenvolvidos num *tempo* e *espaço* anteriores às mudanças do modo de viver do homem estabelecidas pelas novas tecnologias.

A ampliação dos espaços de convívio e interação, consequência da expansão dos mecanismos de comunicação pelo ciberespaço, proporcionou uma consequente ampliação das atividades num contexto de transnacionalização, impondo a necessária indagação direcionada a importantes questionamentos que, tendo em vista a transterritorialidade e a transestatalidade dessas condutas, levam a ser estabelecidas sob uma perspectiva transfronteiriça, como: os problemas decorrentes dos carteis cujo impacto esboça-se num mercado global; as premissas de *copyright* e as consequências à sua violação; os problemas entre fronteiras, como emissão de produtos tóxicos no meio ambiente; os problemas tributários de empresas multinacionais com subsidiárias em *offshore* e os denominados paraísos fiscais; o terrorismo internacional, o crime organizado transnacional, e os grupos armados transfronteiriços. Problemas cujos efeitos são sentidos globalmente e

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

que, por sua vez, necessitam de uma solução pensada também numa perspectiva global, no "esforço conjunto da comunidade de Estados mundiais".[1]

Essa perspectiva de crescimento de uma criminalidade transnacional, associada aos riscos estabelecidos pelas novas tecnologias, possibilitou a criação de diferentes propostas de solução ao enfrentamento do problema: de um lado, a ampliação das forças de proteção do direito penal em mecanismos de segurança, no alargamento das fronteiras de legitimidade de atuação da norma penal, com o intuito de proporcionar maior eficiência à aparelhagem punitiva e prevencionista; doutro lado, a restrição das forças de atuação legítima do Estado a partir do desenvolvimento de uma normatividade jurídico-penal liberal e democrática, amparada pelas garantias fundamentais do homem; de restrição dos espaços de atuação da política-criminal a partir dos caminhos legítimos delineados por específicos modelos de crime.

A partir de uma perspectiva de prevalência dos mecanismos de prevenção e de segurança, ampliam-se as estruturas normativas que buscam o fortalecimento de uma atuação autoritária e discricionária, em detrimento de garantias, de liberdades e de preceitos fundamentais do indivíduo. Nesse contexto, encontramos, por exemplo: a antecipação da punibilidade; a ampliação de conceitos preventivos e redução de garantias; a ampliação dos deveres de colaboração de particulares; o fortalecimento de uma "arquitetura de segurança"; e o enfraquecimento de categorias clássicas do direito penal em detrimento de categorias desenvolvidas no seio de um direito de segurança.[2] Problemas que se mostram salientes numa

1. SIEBER, Ulrich. Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck yearbook of United Nations law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. v. 14. p. 5 (trad. livre); DELMAS-MARTY, Mireille. O direito penal como ética da mundialização. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 14, n. 3, jul.-set. 2004. p. 290. Cf., também, KUEHL, Daniel T. From cyberspace to cyberpower: defining the problem. In: KRAMER, Franklin; STARR, Stuart H.; WENTZ, Larry K. (Org.). *Cyberpower and national security*. Washington: National Defense University Press, 2009; TSAGOURIAS, Nicholas. The legal status of cyberspace. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell (Ed.). *Research handbook on international law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015; FRIEDMAN, Thomas L. *The Lexus and the olive tree*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 1999; ARENAL, Celestino del. El nuevo escenario mundial y la teoría de las relaciones internacionales. In: PÉREZ GONZÁLES, Manuel et al. (Org.). *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*: estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco. Madri: Tecnos, 1993.

2. SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

política-criminal de luta ao terror, de combate ao terrorismo e de guerra contra as drogas. Luta, combate e guerra são, pois, palavras comumente utilizadas na estruturação de um ideal amparado por valores não apenas bélicos, mas de atuação máxima das engrenagens estatais.

No contexto de crescente transnacionalização do homem – e, consequentemente, do direito penal –, o ciberespaço ampliou os horizontes e diminuiu as distâncias, potencializando, porém, as angústias causadas pela hiperaceleração: as aflições da velocidade foram ampliadas pela hiperconexão proporcionada pelas novas tecnologias. *Smartphones*, *tablets*, *notebooks*, Facebook, Twitter, Instagram, são todos catalizadores da exposição, da conexão, da redução das distâncias aparentes entre os indivíduos e exposição de um hedonismo exacerbado. Numa época marcada pela ideologia de mercado, de eficiência técnica de individualismos, o consagrado rótulo *pós-modernismo* já não mais dá conta de exprimir o mundo que se anuncia: no contraste de uma modernidade limitada – vive-se o tempo de uma modernidade consumada –, numa elevação de potências exacerbadas das características que se exprimem num hipercapitalismo, numa hiperindividualidade, numa *hipermodernidade*. Os intercâmbios são constantes e acelerados; o tempo torna-se uma medida escassa, bem de poucos, porém, que a tudo rege; o tempo transforma-se em mais um polo de conflito social, e o culto ao presente, no instante consagrado pelo momentâneo, pelo efêmero, pelo instante que se fraciona em pequenos instantes: resultando num deslocamento do olhar, não mais para o passado ou para o futuro, mas para o presente. Nesse universo global de consumo e de comunicação em massa – num mundo em rede e sem barreiras –, a sedução, a sensação, o prazer, transformam-se no centro gravitacional dos interesses, no desenvolvimento de uma sociedade *hedônica* cujo modelo principal não é outro senão a própria moda – na exaltação *neófita* –, reestrutura-se toda a sociedade em uma lógica pautada pelo tempo da moda.[3] Está-se a viver,

internacional. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 3, maio 2008. p. 26-7. Cf., também, FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 10, fasc. 2, p. 183-228, abr.-jun. 2000; DELMAS-MARTY, Mireille. Global crime calls for global justice. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, v. 10, n. 4, p. 286-293, 2002; SIEBER, Ulrich. The forces behind the harmonization of criminal law. In: LELIEUR, Juliette (Coord.). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008; DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

3. LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004. p. 56 e 58-60.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

assim, em um "tempo de crise – de crise das instituições, da ética, do direito penal e da própria percepção da realidade".[4]

Realidade cuja percepção da velocidade estrutura-se em dissonância com a velocidade própria do direito. Tempos que devem necessariamente divergir, cujas velocidades possuem duas específicas marchas: a marcha das mudanças sociais e a marcha das mudanças jurídico-penais. Velocidades necessariamente dessincronizadas, em virtude do *tempo* necessário para a efetiva *maturação* daquilo que se quer atingir – especialmente daquilo que se quer atingir a partir da dogmática jurídico-penal –; daquilo mesmo que influi sob a vida do homem e na sua própria percepção do novo e seus reflexos na sua vida. Mudanças que poderão, pois, ser acompanhadas pelo direito penal. Entretanto, para que na dogmática jurídico-penal recaia a tarefa de resguardado legítimo daquilo que se busca proteger, faz-se necessária a própria *percepção* do fenômeno *mudança*: o que a mudança *representou* para esse homem, *acarretou* para esse homem, *adicionou* para esse homem. Para que seja possível *perceber* o nível axiológico de necessário reflexo à dogmática jurídico-penal, reflexo que haverá um ponto de confluência na realidade do próprio homem protegido pela norma, faz-se necessário um específico tempo: um *tempo de reflexão*. Tais variações na velocidade, na marcha que segue o tempo do homem e o tempo do direito, representam uma perspectiva que, antagonicamente, desassocia-se o próprio momento histórico atual, momento cujo olhar volta-se para o presente, na sua *glorificação do instante*, no viver e querer viver um *tempo* que pouco se importa com o passado; que "transfigura o futuro", transformando-o numa metamorfose de sucessivos presentes, do instante que se segue como meras frações instantâneas de uma realidade hedônica. O *tempo breve* se transforma na regra; todo o resto, *i.e.*, todo o tempo que não seja o momento instantâneo, transforma-se em aborrecimento; qualquer atividade que exija esforço e concentração viram aborrecimentos.[5]

A mudança na realidade sociocultural proporcionada pelas novas tecnologias introduziu espaços de convívio e de interação que substituíram, em múltiplos casos, a tradicional realidade tangível – como é possível verificar com o *ciberespaço*, com as novas formas de armazenamento de dados, ou mesmo com as novas formas de automatismo e independência de operações de inteligência artificial – e criou *meios, objetos* e *valores* então desconhecidos ao indivíduo que, ao longo dos

4. FARIA COSTA, José de. *Direito penal e globalização*: reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 55-6.

5. FARIA COSTA, José de. *Direito penal e globalização*: reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 7 e 10.

USO EXCLUSIVO BOLETIM IBCCRIM

anos, assumiram importante relevo no modo de viver do ser humano e no modo de atuar da normatividade jurídico-penal e jurídico-processual.[6] A ampliação do espaço ocupado pelas tecnologias é crescente, e, com a importância que essa realidade assume,[7] não pode o direito penal esquecer-se. Situações como nas quais a vítima é atropelada por um carro dirigido automaticamente por um sistema informacional (caso Uber, 2018); nas quais milhões de usuários possuem seus dados pessoais ou de navegação na internet utilizados por terceiros para mapear perfis e influenciar eleições (caso Facebook e Cambridge Analytica, 2018); nas quais milhões de dados sensíveis são obtidos a partir da utilização de programas maliciosos (*malwares*) (caso LinkedIn, 2012); ou mesmo na qual hospitais

6. Cf. D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Breves notas dogmáticas sobre os crimes de informática: da Convenção de Budapeste à reforma do Código Penal. In: POZZEBON, Fabrício et al. (Org.). *Reformas penais*: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Florianópolis: Empório do Direito, 2017; NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995; GIDDENS, Anthony. *Modernity and self-identity*: self and society in the late modern age. California: Stanford University Press, 1991; CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999; SILVA JÚNIOR, Délio Lins. Crimes informáticos: sua vitimização e a questão do tipo objetivo. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Org.). *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Ed. RT, 2006; ROMEO CASABONA, Carlos María. Dos delitos informáticos ao crime cibernético: uma aproximação conceitual e político-criminal. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 6; SIEBER, Ulrich. Mastering complexity in the global cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law. In: LELIEUR, Juliette (Coord). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008; CHAN, Janet B. L. The technological game: how information technology is transforming police practice. In: WALL, David S. (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003; BRITO, Auriney. *Direito penal informático*. São Paulo: Saraiva, 2013; SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013; WALL, David S. Cybercrimes: new wine, no bottles? In WALL, David S (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003; Lévy, Pierre. *Cibercultura*. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2000; GRABOSKY, Peter N.; SMITH, Russell G. Digital crime in the twenty-first century. In: WALL, David S. (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003; GRABOSKY, Peter N. Virtual criminality: old wine in new bottles? In: WALL, David S. (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003.

7. SIEBER, Ulrich. Mastering complexity in the global cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law. In: LELIEUR, Juliette (Coord). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008. p. 132-3.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

da rede pública possuem seus sistemas informáticos sequestrados, impedindo o tratamento de pacientes com câncer (caso *WannaCry ransomware attack*, 2017), precisam, necessariamente, ser enfrentados pelo direito penal.

1. A definição dos crimes de informática

A definição e a própria caracterização dos crimes de informática não são pacíficas nos escritos que tratam especificamente sobre a matéria. O seu próprio nome é expressado de diferentes formas, como cybercrimes, e-crime, crimes de computador, crimes na Internet etc.[8] Todavia, apesar de os diferentes nomes anteriormente relacionados apresentarem, aparentemente, o mesmo sentido, a melhor expressão é aquela que possui direta relação com o próprio conceito do que se está a analisar. Optamos propositalmente, pois, por utilizar a nomenclatura *crimes de informática*, pelos motivos que a seguir serão expostos.

Da mesma forma que o seu nome, não há um consenso com relação à sua definição. Para alguns, o crime de informática representa um crime praticado *por meio de* um computador, no qual o sistema representa apenas um instrumento, uma forma de perpetração do ilícito-típico. Para outros, ele representa um crime praticado *contra* um computador, no qual o sistema e seus componentes – físicos ou não – representam o objeto de proteção da norma – ou mesmo o seu bem jurídico-penal –. Ou, ainda, em um terceiro viés, ele representa a união dos dois primeiros casos, sendo um crime de informática qualquer conduta na qual esteja

8. KASTNER, Philipp; MÉGRET, Frédéric. International legal dimensions of cybercrime. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell (Ed.). *Research handbook on International law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 190; RAM, Christopher. Cybercrime. In: BOISTER, Neil; CURRIE, Robert J. (Ed.). *Routledge handbook of transnational criminal law*. London: Routledge, 2014. p. 379; MIQUELON-WEISMANN, Miriam F. The convention on cybercrime: a harmonized implementation of international penal law: what prospects for procedural due process? In: CARR, Indira (Org.). *Computer crime*. Farnham: Ashgate, 2009. p. 172-4. Sieber, por exemplo, utiliza a expressão "crimes de computador" e "crimes relacionados ao computador" para expressar todos os crimes relacionados aos dados de computadores; enquanto *cybercrime* representaria os crimes relacionados aos dados de computadores praticados na *network*, no *cyberspace* (SIEBER, Ulrich. Mastering complexity in the global cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law. In: LELIEUR, Juliette (Coord.). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008. p. 131). No mesmo sentido, também, MOITRA, Soumyo D. Developing policies for cybercrime. Some empirical issues. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, v. 13, n. 3, 2005. p. 438-9.

USO EXCLUSIVO DO PODER JUDICIÁRIO

envolvido um computador – ou qualquer elemento a ele associado. Independentemente da posição a ser adotada, todavia, é equivocada a delimitação da definição dessa espécie de crime ao termo "computador",[9] tendo em vista o limite associado ao próprio termo, pois há outros mecanismos tecnológicos passíveis de ser tanto a forma de perpetração do ilícito-típico como o objeto de proteção da norma, nos quais não há a utilização estrita de um computador – como celulares, dados em nuvem, consoles etc.

Para nós, assim, um crime de informática representa *uma ação dolosa de danificação ou de interrupção do pleno funcionamento de um sistema informático ou um dado informático*. O sistema e o dado informáticos representam o elemento de concretização do valor tutelado pela norma penal. Materialização que se manifesta, em virtude das tecnologias, de forma específica, com características próprias e peculiares. Dessa definição, faz-se uma subdivisão: os crimes de informática *próprios* representam os crimes que se enquadram no anterior conceito; e os crimes de informática *impróprios* representam quaisquer outros crimes cuja informática seja apenas um instrumento para a perpetração do ilícito-típico.[10]

9. Como na definição utilizada por Moitra: "qualquer conduta não autorizada, desviante ou ilegal na Internet que envolva um computador (ou computadores) como a ferramenta para a prática da conduta e um computador (ou computadores) como o destinatário dessa conduta" (MOITRA, Soumyo D. Developing policies for cybercrime. Some empirical issues. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, v. 13, n. 3. 2005. p. 445-6. Com grifo no original. Trad. Livre).

10. Para outros conceitos e outras formas de diferenciar os crimes de informática próprio dos impróprios, Cf.: CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática e seus aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 11; FERREIRA, Lóren Formiga de Pinto. *Os crimes de informática no direito penal brasileiro*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-%E2%80%9Ccrimes-de-inform%C3%A1tica%E2%80%9D -no-direito-penal-brasileiro]. Acesso em: 17.01.2018, s.p; BARROS, Marco Antonio de et al. Crimes informáticos e a proposição legislativa: considerações para uma reflexão preliminar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 865, nov. 2007. p. 399; KERR, Vera Kaiser Sanches. *A disciplina, pela legislação processual penal brasileira, da prova pericial relacionada ao crime informático praticado por meio da internet*. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p.13 e ss.; VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático*: do acesso não autorizado a sistemas computacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 13; CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes digitais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63; COLLI, Maciel. *Cibercrimes*: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 42-4; VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 29; SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 55 e ss.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Os tradicionais crimes praticados pela informática possuem algumas importantes diferenças com relação aos novos crimes que buscam proteger o sistema ou o dado informático. Diferenças que possuem significativa influência no aumento de complexidade para a solução dos conflitos de jurisdição e para a delimitação do local do crime, tendo em vista a natureza do próprio objeto de tutela da norma penal. Um *sistema informático* representa qualquer dispositivo que, independentemente de estar isolado ou interligado a outros sistemas, possui a capacidade de executar um programa e realizar o tratamento automático dos dados. Um *dado informático* representa qualquer representação de fato, de informações ou de conceitos processados por um computador, um sistema operacional ou um programa. Ambos possuem a característica de poder se manifestar, no mundo, de forma tanto física como virtual, sendo esse o fator nefrálgico de complexidade da matéria, tanto para as questões de persecução penal como de delimitação de preceitos da dogmática jurídico-penal, como a insignificância e a legalidade.

Podemos elencar as seguintes características associadas aos crimes de informática:[11] intangíveis; difíceis de prever; transientes; e globais. Características que trazem a esses crimes uma adicional complexidade quando da análise jurídico-penal e, especialmente, de delimitação jurisdicional. A virtualização e dificuldade de visualização desses objetos; as sofisticadas redes de comunicação e de acesso aos dados e às informações; a facilidade de obscurecimento da identidade

Alguns autores diferenciam, ainda, as questões terminológicas da expressão "informática", dividindo-a em "informática" e "telemática". Informática identifica a "ciência do uso da informação" e corresponderia ao aspecto estático dessa ciência, enquanto que a telemática representaria a fração dinâmica da transação de informações pela informática (PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática*: comercialização e desenvolvimento internacional do software. São Paulo: Atlas, 2001. p. 23). Telemática, por outro lado, é "conceituada como a técnica que trata da comunicação de dados entre equipamentos informáticos distantes uns dos outros" (PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernético*: um enfoque teórico e lógico-aplicativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 40). Ainda, com relação às diferentes espécies de crimes de informática nos textos de língua inglesa, Cf., entre outros: JAHANKHANI, Hamid et al. Cybercrime classification and characteristics. In: AKHGAR, Babak et al. (Org.). *Cyber crime and cyber terrorism investigator's handbook*. Waltham: Syngress (Elsevier), 2014. p. 149 e ss.; DOWNING, Richard W. Shoring up the weakest link: what lawmakers around the world need to consider in developing comprehensive laws to combat cybercrime. In: CARR, Indira (Org.). *Computer crime*. Farnham: Ashgate, 2009. p. 9 e ss.; WALL, David S. *Cybercrime*: the transformation of crime in the information age. Cambridge: Polity, 2007. p. 8 e ss.

11. SIEBER, Ulrich. Mastering complexity in the global cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law. In: LELIEUR, Juliette (Coord.). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008. p. 131-2.

USO EXCLUSIVO DO PDBCRIM

e da localização da conduta; a efemeridade dos dados que trafegam por meio de inúmeros servidores conectados a uma rede global impõem uma transformação à normatividade jurídico-penal dos *meios* e das *ameaças* na perpetração do ilícito-típico. Características que trazem não só à normatividade jurídico-penal necessárias consequências, mas, também, à normatividade jurídico-processual,[12] especialmente quanto à fragilidade dos meios probatórios associados a essa espécie delitiva.

2. Os crimes de informática na Convenção de Budapeste

A Convenção de Budapeste, criada em 2001 pelo Conselho da Europa, representa atualmente o principal trabalho internacional de debate sobre os crimes de informática. Ela representa importante instrumento de uniformização internacional da legislação penal nos delitos cometidos no âmbito informático, apresentando recomendações legislativas para os Estados signatários com o intuito de facilitar a persecução internacional desses delitos.[13]

Ciente do impacto que as novas tecnologias possuem na sociedade e comunidade internacional, o Conselho da União Europeia[14] afirma que é necessária a

12. Assim, por exemplo, expõe Sieber que "*a lei processual penal e a lei de execução* devem enfrentar os problemas de anonimato, de criptografia, de falta de provas, de velocidade das mudanças de dados e a necessidade de novos poderes coercitivos e ferramentas computacionais investigativas." Segundo o autor, muitos "consideram que esta é uma batalha já perdida. No entanto, esta posição parece ser muito pessimista: além de criar problemas para a persecução do crime, as tecnologias da informação também criam oportunidades. A tecnologia da informação pode ser um instrumento poderoso não apenas para criminosos, mas também para a polícia e promotores, que podem usar a tecnologia para criarem novas ferramentas e estratégias de análise e vigilância. Assim, o desafio no futuro será desenvolver e usar esses novos instrumentos, equilibrando ao mesmo tempo as necessidades de persecuções efetivas com a privacidade em conflito" (SIEBER, Ulrich. Mastering complexity in the global cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law. In: LELIEUR, Juliette (Coord.). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008. p. 136-7. Trad. Livre).

13. BRITO, Auriney. *Direito penal informático*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 48.

14. Conforme exposto no preâmbulo da Convenção de Budapeste: "Conscientes das profundas mudanças trazidas pela digitalização, convergência e contínua globalização das redes de computador; Preocupados com o risco de as redes de computador e das informações eletrônicas poderem também ser usadas para o cometimento de crimes e que provas relativas a essas ofensas possam ser armazenadas e transferidas por essas redes" (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Convenção de Budapeste, de 23 de novembro

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

readaptação das concepções clássicas do Direito Penal, como o local e tempo do crime, quando da análise dos fatos praticados no âmbito digital, em virtude do intrínseco aspecto global nesse meio. Os crimes de informática desconsideram as fronteiras tradicionais, motivo pelo qual o tempo é um fator importante na sua investigação.[15] Reconhece, também, não apenas a necessidade de colaboração entre os Estados, mas a importância de cooperação da iniciativa privada – como os provedores de acesso à internet – para com os órgãos de investigação, dada a necessidade de velocidade de atuação.[16]

Nesse sentido, a Convenção de Budapeste sugere a tipificação das condutas passíveis de enquadramento nessa modalidade delituosa, para que haja a uniformização internacional na abordagem dos crimes de informática. O texto ressalta, porém, o necessário respeito aos tratados internacionais acerca dos direitos humanos. É imprescindível que a investigação desses crimes ocorra respeitando-se as garantias fundamentais do ser humano e que seja assegurado o direito à liberdade e à privacidade.[17] Foi resguardada especial atenção com relação à proteção da criança e do adolescente no âmbito eletrônico e à proteção de dados pessoais.

---

de 2001. *Convenção do Cibercrime*, Budapeste, 2001). Cf. BRITO, Auriney. *Direito penal informático*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49; BARROS, Marco Antonio de et al. Crimes informáticos e a proposição legislativa: considerações para uma reflexão preliminar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 865, nov. 2007. p. 399.

15. "Acreditando que uma efetiva luta contra o cibercrime requer um aumento rápido e bem-trabalhado da cooperação internacional em matérias criminais" (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Convenção de Budapeste, de 23 de novembro de 2001. *Convenção do Cibercrime*, Budapeste). Conforme expõe Brito, "esse tipo de criminalidade é uma das facetas da vida moderna, em que tudo ocorre muito rápido, e o combate também deve ser realizado partindo dessa mesma premissa" (BRITO, Auriney. *Direito penal informático*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 50).

16. "Reconhecendo a necessidade de cooperação entre os Estados e a iniciativa privada no combate ao cibercrime e a necessidade de proteger interesses legitimados no uso e no desenvolvimento da tecnologia da informação" (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Convenção de Budapeste, de 23 de novembro de 2001. *Convenção do Cibercrime*, Budapeste, 2001).

17. "Tendo presente a necessidade de garantir um equilíbrio adequado entre os interesses da aplicação da lei e o respeito pelos direitos fundamentais do ser humano, tal como garantidos pela Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa de 1950, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas de 1966, bem como por outros tratados internacionais aplicáveis em matéria de direitos do Homem, que reafirmam o direito à liberdade de opinião sem qualquer ingerência, o direito à liberdade de expressão, incluindo a

USO EXCLUSIVO DO BDCRIM

Podemos destacar como principais objetivos da Convenção sobre o Cibercrime: (i) uniformização dos tipos penais referentes aos crimes de informática pelos Estados signatários; (ii) definição dos conceitos e preceitos fundamentais, elencando as principais terminologias e uniformizando os principais conceitos para melhor interpretação e debate; (iii) tentativa de implementação de um sistema de cooperação internacional para persecução desses crimes.[18]

Na sua tentativa de uniformização, a Convenção sugere que sejam tipificadas as ações de *acesso ilegítimo, interceptação ilegítima, interferência em dados, interferência em sistemas, uso abusivo de dispositivos, falsidade informática e burla informática*.

O acesso ilegítimo (art. 2º) consiste no acesso ilegal a qualquer sistema informático – no todo ou em parte – sem autorização e na forma dolosa. A interceptação ilegítima (art. 3º) consiste na prática dolosa de interceptação sem autorização de dados informáticos, em transmissões não públicas, sendo elas transmitidas dentro ou fora do sistema informático – isto é, estando ou não em rede. A interferência de dados (art. 4º) refere-se à conduta dolosa e sem permissão de *danificar, apagar, deteriorar, alterar ou eliminar dados informáticos*. A interferência em sistemas (art. 5º) é a conduta pela qual se obstrui, de forma dolosa e sem autorização, o funcionamento de um sistema informático por meio de introdução, de transmissão, de danificação, de eliminação, de deterioração, de modificação ou de supressão de dados informáticos. O uso abusivo de dispositivos (art. 6º) consiste na produção, na venda, na importação e na distribuição de dispositivos com a intenção de serem utilizados para a perpetração dos delitos expostos nos artigos anteriores, excluindo-se, porém, os casos nos quais as condutas descritas não possuem o objetivo de cometer os ilícitos previstos na Convenção. A falsidade informática (art. 7º) refere-se à introdução, à alteração e à eliminação de dados informáticos, tornando-os falsos com a intenção de serem utilizados, como se fossem autênticos, para fins legais. Por fim, a burla informática (art. 8º) consiste na introdução, na alteração, na eliminação, na supressão de dados informáticos ou na interferência no funcionamento de um sistema informático, de forma dolosa, com o fim de obter um benefício econômico ilegítimo.[19]

liberdade de procurar, de receber e transmitir informações e ideias de qualquer natureza sem considerações de fronteiras e, ainda, o direito ao respeito pela vida privada" (CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Convenção de Budapeste, de 23 de novembro de 2001. *Convenção do Cibercrime*, Budapeste, 2001).

18. BRITO, Auriney. *Direito penal informático*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 56.

19. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Convenção de Budapeste, de 23 de novembro de 2001. *Convenção do Cibercrime*, Budapeste, 2001.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

A Convenção tratou de reforçar os compromissos assumidos nos instrumentos internacionais de proteção à propriedade intelectual,[20] expondo que os Estados signatários deverão adotar as medidas necessárias com relação à violação do direito de autor. Aspecto importante, ainda, consiste na possibilidade de responsabilidade penal do provedor de acesso à internet, disposto no artigo 12, que prevê a possibilidade de *responsabilidade de pessoas coletivas* quando, em benefício próprio, por meio da ação de uma pessoa singular agindo individualmente ou como membro em posição de direção, praticar uma infração estabelecida na Convenção.

Em 24 de fevereiro de 2005, o Conselho da União Europeia formulou a Decisão-Quadro 2005/222/JAI referente à matéria dos crimes de informática, cujo objetivo consiste na tentativa de reforçar a cooperação entre as diferentes autoridades judiciárias responsáveis pela aplicação da lei penal nos Estados-Membros, por meio da "aproximação das suas disposições de direito penal em matéria dos ataques contra os sistemas de informação". Entendendo ser matéria de forte relevo, dispõe a decisão-quadro que a resposta eficaz às ameaças nesse meio "pressupõe uma abordagem global em matéria de segurança das redes e da informação", sendo as lacunas e diferenças entre as legislações dos Estados-Membros um entrave para a "luta contra a criminalidade organizada e o terrorismo". As diferenças nas leis penais consistem em um fator que pode dificultar a cooperação jurídica internacional e, em virtude da natureza transnacional dos delitos associados à informática, faz-se imperativo a busca por uma harmonização das legislações penais nessa matéria e das definições comuns do meio. Ressalta-se, ainda, a necessidade de se evitar a incriminação exorbitante, principalmente as atreladas à insignificância.[21]

A Decisão-Quadro estabelece como crime: (artigo 2º) *acesso ilegal aos sistemas de informação*; (artigo 3º) *interferência ilegal no sistema;* (artigo 4º) *interferência ilegal nos dados*. O acesso ilegal consiste na conduta intencional e sem autorização de acessar, mesmo que em parte, um sistema de informação. A interferência ilegal no sistema consiste na conduta intencional e sem autorização de impedir ou interromper o funcionamento de um sistema de informação,

20. Entre outros, a Convenção Universal sobre o Direito do Autor, de 1952; a Convenção Internacional para Proteção aos Artistas Intérpretes ou Executantes, aos Produtores e Fonogramas e aos Organismos de radiodifusão, de 1961, a Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, de 1971; o WIPO Copyright Treat, de 1996.

21. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2005/222/JAI, de 24.02.2005. *Relativa a ataques contra os sistemas de informação*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 24.02.2005.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

"introduzindo, transmitindo, danificando, apagando, deteriorando, alterando, suprimindo ou tornando inacessíveis os dados informáticos". A interferência ilegal de dados consiste na conduta intencional e sem autorização de "apagar, danificar, deteriorar, alterar, suprimir ou tornar inacessíveis os dados informáticos de um sistema de informação".[22] Podemos verificar que os três crimes estabelecidos pela Decisão-Quadro devem ser praticados com dolo e sem autorização da vítima. Eles possuem reflexo com os crimes estabelecidos pela Convenção de Budapeste, nos artigos 2º (acesso ilegítimo), 5º (interferência em sistemas) e 4º (interferência em dados), respectivamente.

Em 15 de março de 2006, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia formularam a Diretiva 2006/24/CE sobre a "conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicação". A Diretiva estabelece que os Estados-Membros deverão adotar as medidas cabíveis para conservar os dados relacionados em seu artigo 5º (como as informações necessárias para identificar a fonte ou o destino de uma comunicação ou o código de identificação atribuído ao usuário do serviço de comunicação) por um período de seis meses a dois anos. Eles devem estabelecer, ainda, a medida técnica cabível para resguardar a proteção dos dados armazenados e a forma como ocorrerá o acesso a esses dados pela autoridade competente.[23] Entretanto, em oito de abril de 2014, a Corte de Justiça da União Europeia decidiu, no caso levado pelo Digital Rights Ireland, que a referida Diretiva é *inválida*, pois se entendeu que houve excesso com relação aos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade, além de haver excesso com relação à interferência aos direitos fundamentais, não sendo possível o estabelecimento da tênue linha entre os dados que são ou não necessários armazenar. Mais, não haveria segurança suficiente para assegurar a efetiva proteção dos dados armazenados contra o risco de abuso do acesso ilegítimo a essas informações.[24]

22. CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Decisão-Quadro 2005/222/JAI, de 24.02.2005. *Relativa a ataques contra os sistemas de informação*. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 24.02.2005.

23. CONSELHO E PARLAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2006/24/CE, de 15.03.2006. *Relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrônicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Diretiva 2002/58/CE*. Estrasburgo: Jornal Oficial da União Europeia, 15.03.2006.

24. COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *Press release n. 54/14*. Judgment in joined cases C-293/12 and C-594/12. Luxemburgo, 08.04.2014. Disponível em: [http://

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

3. O paralelo entre a legislação brasileira e as convenções internacionais

Os crimes de informática específicos possuem, ainda, uma incipiente previsão na legislação brasileira, não sendo possível – como é na legislação de Portugal – encontrar uma plena correspondência com os crimes previstos na Convenção de Budapeste. Situação que vai de encontro com os preceitos internacionais de tentativa de harmonização dos crimes no mundo *on-line*. Há, na imperativa harmonização internacional dos crimes informáticos, uma necessária e importante premissa. Importante para que, no mundo global, seja possível não apenas a melhor solução de questões relacionadas à cooperação internacional e à determinação da jurisdição, como a *justa* aplicação dessas medidas. É, pois, necessário que o Brasil delimite os crimes de informática em consonância com a ordem jurídico-internacional, especialmente a Convenção de Budapeste, para não permanecer alienado aos fatos praticados no mundo *on-line*. Ou, pior, legislar mal sobre a matéria, como se tem percebido em alguns tipos que na sequência iremos expor.

A mais nova adição com relação ao tema ocorreu com a Lei 12.737/2012, introduzindo os artigos 154-A e 154-B e alterando a redação dos artigos 266 e 298 do Código Penal. Ainda, os artigos 208 a 211, presentes na proposta de reforma do Código Penal (PLS 236/2012), possuem a intenção de atualizar a legislação brasileira sobre o tema.[25]

(a) *Acesso ilegítimo*

O crime de *acesso ilegítimo*, previsto no artigo 2º da Convenção de Budapeste, está presente – com algumas diferenças bastante criticáveis – no artigo 154-A do Código Penal, o qual prevê o tipo penal de *invasão de dispositivo informático*.[26]

---

curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-04/cp140054en.pdf]. Acesso em: 02.10.2014.

25. Para uma análise das propostas estabelecidas pelo PLS 236/2012, Cf. D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Breves notas dogmáticas sobre os crimes de informática. Da Convenção de Budapeste à reforma do Código Penal. In: POZZEBON, Fabrício et al. (Org.). *Reformas penais*: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

26. Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1º – Na mesma pena incorre quem

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Para que ocorra a caracterização do tipo penal, faz-se necessária que a invasão estabeleça-se em dispositivo *alheio* – excluindo-se, portanto, dispositivo *próprio* –; que o dispositivo possua um *mecanismo de segurança*; que a invasão ocorra *sem o consentimento* do proprietário; e que o agente possua o dolo com *especial fim* de obtenção, de adulteração ou de destruição de dados ou informações. Não é possível, assim, a configuração do ilícito-típico na forma culposa.

A necessidade de haver, no dispositivo alheio invadido, um mecanismo de segurança, representa uma excessiva delimitação do âmbito do tipo, que não se faz necessária. Da mesma forma que esse mesmo dispositivo pertença a um terceiro. Por mais que a imposição pelo dispositivo de segurança esteja de acordo com a Convenção de Budapeste, que prevê a possibilidade de os Estados adicionarem, às suas legislações, essa restrição, entendemos, todavia, que, em virtude da natureza do problema que circunscreve os crimes de informática próprios, não se faz necessária, pois o bem jurídico-penal tutelado pela norma penal é a intimidade. Havendo dolo na prática do ilícito-típico, lesão ou perigo de lesão a esse mesmo bem jurídico-penal, está, assim, caracterizado o tipo penal em questão. À semelhança do crime de invasão de domicílio, trata-se de crime formal, bastando a realização da conduta para a sua caracterização. O fato de um sistema de informática não ter nele instalado um mecanismo de segurança, em nada influencia a sua delimitação, muito menos a necessidade de haver a violação dessa mesma proteção. Assim, pois, na redação atual do tipo penal, estando ausente, o sistema informático, de qualquer mecanismo de segurança ou não ocorrendo a efetiva violação desse mesmo mecanismo durante

produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput. § 2º – Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. § 3º – Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4º – Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidos. § 5º – Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I – Presidente da República, governadores e prefeitos; II – Presidente do Supremo Tribunal Federal; III – Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV – dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, 31.12.1940).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

a perpetração do ilícito, tal conduta será atípica. A previsão "mediante violação indevida de mecanismo de segurança" consiste em uma grave lacuna na lei, por não amparar os usuários cujos sistemas estejam desprovidos desses mecanismos. Trata-se de um equívoco do legislador insanável pela interpretação, pois não é possível a analogia *in malam partem*. A lógica é a mesma para a hipótese de não ser punível o furto em residência sem alarme ou de um veículo destrancado.[27]

Crítica semelhante ocorre com a previsão de a invasão ocorrer, necessariamente para a caracterização do tipo penal, em dispositivo informático *alheio*. Pela previsão legal, estaremos diante de uma conduta atípica: o acesso a dispositivo próprio para a obtenção indevida de dados informáticos de terceiros armazenados no sistema pertencente ao agente. Assim, no exemplo exposto por Vianna, em uma *lan house* onde o proprietário, acessando máquina de sua propriedade na qual um terceiro utilizou-se anteriormente, obtém acesso aos dados do usuário que lá frequentou. No mesmo sentido, o empregador que acessa os *e-mails* pessoais dos funcionários, sem a sua autorização, com as informações obtidas por meio do acesso às informações inseridas nos computadores do local de trabalho.[28] Trata-se, pois, de uma exigência legal desnecessária.

Para além disso, outras críticas ainda são dirigidas ao artigo 154-A do Código Penal, especialmente no diz respeito à redação do tipo penal, sendo referida como "exageradamente" confusa, pois "não se compreende ao certo os objetivos do legislador, posto que certos aspectos da tipificação parecem irreais, e sua responsabilização penal, impraticável".[29] Não há a precisa definição do elemento do tipo penal *dispositivo informático* por parte do legislador, nem a definição da expressão *mecanismo de segurança*; não há o preciso limite do grau de permissão ao acesso, se total ao sistema, ou restrito a determinadas áreas,[30] ou qual o procedimento no caso de o dispositivo informático possuir múltiplos usuários.[31]

27. VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 95-6.
28. VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 94.
29. SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 289.
30. SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 293.
31. SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 297.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Outra correspondência ao artigo 2º da Convenção de Budapeste consiste no artigo 72, inciso I, da Lei 9.504/1997,[32] o qual prevê o crime de acesso ilegal a sistema de tratamento automático de dados do serviço eleitoral para a adulteração da apuração ou contagem de votos.

(b) *Interceptação ilegítima*

O crime de *interceptação ilegítima*, previsto no artigo 3º da Convenção de Budapeste, está previsto, em uma aproximação à forma de proteção, no artigo 10 da Lei 9.296/1996,[33] o qual dispõe acerca da interceptação dolosa e sem autorização de comunicações telefônicas ou de sistema informático. O bem jurídico tradicionalmente tutelado pelo artigo em análise é a inviolabilidade da comunicação, porém, diferente do artigo 154-A do Código Penal, o acesso às informações ocorreu durante a sua transmissão/transferência, de um sistema informático para outro, e não acessando o sistema informático propriamente, apenas a interceptação.

Dizemos que esse tipo penal constitui uma *aproximação* ao tipo modelo de *interceptação ilegítima* devido às diferenças entre ambos os tipos e às críticas traçadas com relação à essa mesma aproximação. Assim, pois, para Ferreira, a aplicação do artigo 10 da Lei 9.296/1996 restringe-se apenas às condutas relacionadas ao específico fim visado pela lei penal na qual ela está inserida, *i.e.*, a obtenção de provas para fins investigatórios ou processuais; fato o qual limita a capacidade de criminalização desse tipo penal, pois, caso a interceptação informática não seja perpetrada de acordo com o modelo proposto pela lei penal, a conduta não estará amparada pelo tipo penal em questão. Ele é inadequado para abranger todas as possibilidades de interceptação comuns atualmente, encontrando melhor tratamento em legislações de outros países, como no artigo 8º da Lei 109/91 de Portugal[34] (antiga lei sobre crimes de informática).[35] Explica

32. Art. 72. Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos: I – obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usado pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos [...] (BRASIL. Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997. *Estabelece normas para as eleições*. Diário Oficial da União, 01.10.1997).

33. Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa (BRASIL. Lei 9.296, de 24 de julho de 1996. *Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal*. Diário Oficial da União, 25.07.1996).

34. FERREIRA, Ivete Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito & Internet*: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 230/231.

35. Art. 8º, Lei n. 109/91: Quem, sem para tanto estar autorizado, e através de meios técnicos, interceptar comunicações que se processam no interior de um sistema ou rede

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

a autora que, pela análise do direito comparado, podemos encontrar exemplos que se aproximam de forma mais condizente com as novas necessidades decorrentes dos avanços tecnológicos, fornecendo, como expõe a autora, "uma tutela mais adequada para os dados e as informações do computador e para o funcionamento dos sistemas informáticos, que hoje se instalaram em todas as áreas das relações sociais".[36]

Numa contraposição com o tipo penal de violação de correspondência (artigo 151 do Código Penal),[37] Castro expõe que, em virtude da especialidade da Lei 9.296/1996, ela abarcaria todas as condutas que interceptem correspondências por *e-mail*, aplicando-se o artigo 10 da referida lei em detrimento do artigo 151 do Código Penal. Conforme expõe a autora, "embora o *e-mail* seja uma correspondência, é uma correspondência eletrônica, transmitida através do computador e seus acessórios, daí por que a regra da lei especial se adéqua mais perfeitamente ao caso". Deve-se resolver o conflito de normas eventualmente existente entre o artigo 151 do Código Penal e o artigo 10 da Lei 9.296/1996, segundo a autora, pela aplicação do princípio da especialidade.[38]

O delito de *interceptação ilegítima* não se restringe, apenas, à interceptação de correspondências *on-line*, como o *e-mail*, pois o objeto de proteção da norma consiste na integridade das comunicações de forma ampla, o que deve abranger outros meios de interação alheios à tradicional forma de correspondência eletrônica, como aplicativos de comunicação instantâneos ou mesmo envio de arquivos de forma eletrônica. O ilícito-típico em questão não deve estar restrito, portanto, ao *e-mail*, mas deve também proteger, por exemplo, conversas dos aplicativos *WhatsApp*, *Messenger*, *Instagram* entre outros. E isso é muito importante, pois, na eventual promulgação de uma legislação adicionando um tipo penal

informáticos, a eles destinados ou deles provenientes, será punido com pena de prisão de até três anos ou com pena de multa (PORTUGAL. Lei 109, de 11 de junho de 1991. *Sobre a criminalidade informática*. Promulgada em 26 de junho de 1991. Atualmente revogada e substituída pela Lei 109/2009).

36. FERREIRA, Ivete Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito & Internet*: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: EDIPRO, 2000. p. 230-231.

37. Art. 151 – Devassar indevidamente o conteúdo de correspondência fechada, dirigida a outrem (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, 31.12.1940).

38. CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática e seus aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 22.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

específico criminalizando a interceptação ilegítima de dado informático, faz-se necessário o devido cuidado do legislador quando da restrição do *objeto* tutelado pela norma, assim como a *forma* na qual deve ocorrer a interceptação. Uma desnecessária restrição poderia inviabilizar a sua aplicação às novas formas de comunicação cada vez mais frequente, e, ao contrário, uma criminalização demasiadamente aberta infringiria os preceitos do princípio da legalidade. Questão complexa que exige o necessário cuidado no processo de *lege ferenda*.

(c) *Interferência de dados*

O crime de *interferência de dados*, previsto no artigo 4º da Convenção de Budapeste, não encontra correspondência na legislação nacional. Segundo alguns,[39] porém, é possível aproximá-lo, de forma genérica, ao artigo 163 do Código Penal (*dano*); aproximação criticável, tendo em vista as diferentes formas de manifestação do bem jurídico-penal no objeto de tutela da norma. Ambos estão a proteger o patrimônio, porém, a manifestação do objeto de tutela no crime de interferência de dados, o dado informático, possui características – especialmente associadas à técnica – distintas do tradicional patrimônio lesado pelo crime de dano. São, pois, tipos penais com características distintas e que, em função disso, devem receber tratamentos diferentes, tendo em vista a necessidade de respeito à legalidade e à precisa delimitação (e determinação) da norma jurídico-penal.

Podemos, ainda, relacionar os crimes previstos nos artigos 313-A e 313-B do Código Penal, que preveem, respectivamente, a inserção de dados falsos em sistema de informação e a modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações.[40] Ambos os tipos penais, por serem crimes de mão própria, apenas podem ser praticados por funcionário público; o que restringe o âmbito de incidência do tipo penal, tendo em vista não ser possível a sua aplicabilidade a qualquer sujeito ativo perpetrador do ilícito-típico.

39. Cf. BRITO, Auriney. *Direito penal informático*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60; e Ascensão, com relação ao crime de dano do Código Penal português (art. 212) e a sua aproximação com o art. 5º (dano informático) da antiga lei de crimes de informática no país (Lei 109/91) (ASCENSÃO, José de Oliveira. Criminalidade informática. *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. II. p. 217).

40. Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano [...]. Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente [...] (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, 31.12.1940).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

(d) *Interferência de sistemas*

O crime de *interferência de sistemas*, previsto no artigo 5º da Convenção de Budapeste, também não encontra previsão exata no ordenamento jurídico interno, podendo ser aproximado, para alguns,[41] aos crimes dispostos nos artigos 265 (atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública) e 266, § 1º (interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública), do Código Penal.[42] O *objeto de proteção* do crime de interferência de sistemas, diferente do crime de interferência de dados, não é a integridade dos dados informáticos em si, mas o seu adequado processamento/funcionamento, *i.e.*, a "integridade dos dados permanece inviolada, porém não há mais como acessá-los, pois o sistema torna-se inoperante".[43]

Para Vianna, em função da redação dada ao artigo 266, § 1º, pela Lei 12.737/2012, não é possível associá-lo ao crime de interferência de sistemas, pois o bem jurídico-penal protegido pela norma penal é a incolumidade pública, sendo amparado pelo tipo penal apenas as "condutas que atingem um número indeterminado de pessoas e nunca a uma vítima ou grupo de vítimas determinado",[44] razão pela qual o autor considera não haver correspondente na legislação nacional do crime de interferência de sistemas.[45]

(e) *Uso abusivo de dispositivos*

O crime de *uso abusivo de dispositivos* pode ser aproximado ao artigo 154-A, § 1º, do Código Penal, que tipifica a conduta de difusão, de venda ou de

41. BRITO, Auriney. *Direito penal informático*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 73.

42. Art. 265 – Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública: Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa. Parágrafo único – Aumentar-se-á a pena de 1/3 (um terço) até a metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços. Art. 266 – Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento: Pena – detenção, de um a três anos, e multa. § 1º – Incorre na mesma pena quem interrompe serviço telemático ou de informação de utilidade pública, ou impede ou dificulta-lhe o restabelecimento. § 2º – Aplicam-se as penas em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública (BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, 31.12.1940).

43. VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 32.

44. VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 104.

45. VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 32.

USO EXCLUSIVO DO EBOOK RIM

distribuição de dispositivos que serão utilizados para a prática de acesso ilegítimo de sistema informático; diferenciando-se do disposto no artigo 6º da Convenção de Budapeste pelo fato de o dispositivo nacional prever que a utilização dos mecanismos dispostos no parágrafo deverá ser destinada à prática do crime previsto no *caput* do artigo, *i.e.*, restringe-se apenas ao delito de acesso ilegítimo. A previsão da Convenção é mais ampla, abrangendo a utilização desses dispositivos para qualquer das condutas nela previstas.

(f) *Falsidade informática*

O tipo de *falsidade informática* não possui previsão na legislação brasileira. Há apenas a proteção de documentos públicos ou particulares, porém, sem relação com o dado eletrônico ou informático.[46]

(g) *Burla informática*

O último tipo penal previsto na Convenção de Budapeste, a *burla informática*, da mesma forma que o crime de interferência de dados, não encontra correspondência precisa na legislação nacional. Pode-se realizar, em uma interpretação ampla, a aproximação com o artigo 155, § 5º (furto mediante fraude), e o artigo 171 (estelionato) do Código Penal, resguardadas, porém, as diferenças entre ambos. A conformação de um ou de outro ao caso de burla informática não é pacífica, o que, novamente, acarreta problemas à normatividade jurídico-penal, especialmente no que tange à legalidade e à prévia e clara criminalização anterior à conduta.

(h) *Considerações teóricas*

Pode-se verificar que a legislação nacional ainda não tutela especificamente todos os tipos penais dos crimes de informática próprios, como os descritos na Convenção de Budapeste. O tipo penal mais semelhante consiste no disposto pelo artigo 154-A do Código Penal, outros, porém, carecem de tutela específica. Por se tratar de um tema complexo, a utilização de tipos penais esparsos para a proteção do âmbito informático, como o crime disposto nos artigos 265 e 266, § 1º, do Código Penal (atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública e de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, telefônico, informático, telemático ou de informação de utilidade pública) como substituto do crime disposto na Convenção de Budapeste de *interferência de sistemas* (artigo 5º) pode acarretar dificuldades no enquadramento jurídico-penal de condutas ilícitas praticadas nesse âmbito. Por uma questão de *segurança jurídica*, os crimes de informática possuem uma especificidade própria e devem assim ser analisados.

46. VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013. p. 62.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Ainda, deve-se atentar à utilização do direito penal como *ultima ratio*, evitando-se, sempre que possível, desnecessárias criações normativas. Por outro lado, mais infringe as garantias fundamentais do indivíduo a criação de ilícito-típicos sem o respeito aos preceitos fundamentais de uma dogmática jurídico-penal liberal e garantista – como os preceitos estabelecidos pela teoria do bem jurídico-penal e da ofensividade – em prol de interesses político-criminais do que, *por si só*, o excessivo número de leis penais.[47] Esse problema acentua-se quando da aferição da *forma* e do *conteúdo* dos crimes de informática próprios, pois o processo de *lege ferenda* deverá respeitar, na medida do possível, a liberdade de atuação e expressão fortemente associados ao ciberespaço e às novas tecnologias. A Internet livre, pregada por defensores de movimentos tecnológicos, torna-se imperativa para o avanço da programação e a evolução dos aparatos tecnológicos. A curiosidade é um traço marcante dos programadores que experimentam novas formas de ultrapassar os limites estabelecidos pelas fronteiras tecnológicas.[48]

47. Ensina D'Avila que, em virtude das mudanças sociais vivenciadas nas últimas décadas, com o surgimento de novas áreas de interesse social, como a proteção do meio ambiente, a genética e a informática, o Estado tem se apropriado do direito penal para a solução dos conflitos decorrentes desses novos interesses, gerando inevitavelmente a sua expansão. Entretanto, ressalta o autor, o problema da inflação do direito penal não é necessariamente quantitativo, mas, principalmente, *qualitativo*, ou seja, o questionamento de qual direito penal que se quer. Nas palavras do autor, "os principais problemas da ciência penal contemporânea não decorrem do simples aumento da área de regulação jurídico-penal, isto é, do simples fato de haver 'mais direito penal', mas sim da forma como se dá, em termos qualitativos, essa regulação, quer sob uma perspectiva dogmática, quer sob uma perspectiva político-criminal" (D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal: o problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 71, dez.-jan. 2012. p. 46). Conforme expõe Nucci, no prefácio de trabalho específico sobre os crimes de informática, a verificação do princípio da intervenção mínima não significa, necessariamente, "a ausência de criminalização de condutas novas, que emergem nas relações sociais, conforme se avança no progresso tecnológico em geral. O Direito Penal, como *ultima ratio*, precisa fazer-se presente nos cenários onde outros ramos do conhecimento jurídico não conseguiram solucionar. Portanto, constata-se a indispensabilidade da tipificação dos delitos de informática, tendo em vista o desenvolvimento acentuado dos computadores na vida das pessoas e na estrutura administrativa do Estado" (NUCCI, Guilherme de Souza. Prefácio. In: SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11).

48. Conforme explica Castells, o próprio progresso no desenvolvimento tecnológico, que ocorreu no início dos anos 1970, apesar do forte incentivo e financiamento militar durante as décadas de 1940 a 1960, foi fruto de uma cultura de *liberdade, inovação*

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Uma legislação demasiadamente restrita poderia frear esse processo de criação. Algumas das condutas descritas nas questões terminológicas, como o próprio *hacking*, não são necessariamente associadas a uma ação ilícita, pois elas podem estar direcionadas tanto para o benefício do usuário como para a realização de testes de segurança.[49] Como, porém, estabelecer o reflexo na legislação da

individual e *iniciativa empreendedora* nos Estados Unidos na década de 1960: "Meio inconscientemente, a revolução da tecnologia da informação difundiu pela cultura mais significativa de nossas sociedades o espírito libertário dos movimentos dos anos 60". Explica o autor que o Estado possui forte influência no desenvolvimento tecnológico, sendo, por um lado, "a principal força de inovação tecnológica", por outro, "quando o Estado afasta totalmente seus interesses do desenvolvimento tecnológico ou se torna incapaz de promovê-lo sob novas condições, um modelo estatista de inovação leva à estagnação por causa da esterilização da energia inovadora autônoma da sociedade para criar e aplicar tecnologia" (CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 25 e 29). E, nesse processo de incentivo ou interrupção do progresso tecnológico, Estado e direito penal possuem estreita relação. Uma forte atuação da norma penal, incidindo nas esferas de liberdade imanentes à Internet, poder-se-ia propiciar uma barreira à inovação e à descoberta tecnológica.

49. O próprio vírus foi criado e desenvolvido inicialmente como uma experiência, realizada de forma controlada dentro de um laboratório por Frederick Cohen, em 1983 (CASSANTI, Moisés de Oliveira. *Crimes virtuais, vítimas reais*. Rio de Janeiro: Brasport, 2014. p. 09). O próprio Cohen chegou à conclusão que o vírus não é necessariamente algo destinado a "propósitos malignos", exemplo disso consiste nos *compression virus*, que, segundo o autor, "poderia ser escrito para encontrar executáveis não infectados, comprimi-los com a permissão do usuário e prefixar-se a eles. Após a execução, o programa infectado se descomprime e executa normalmente. [...] Estudos indicam que esse vírus pode economizar mais de 50% do espaço ocupado por arquivos executáveis em um sistema comum. O desempenho de programas infectados diminuiria um pouco à medida que fossem descompactados e, portanto, o vírus de compactação implementaria uma específica troca de espaço e tempo" (COHEN, Frederick B. *Computer viruses*: theory and experiments. 1984. Trad. Livre. Disponível em: [http://all.net/books/virus/index.html]. Acesso em: 21.01.2018). O dolo é, pois, essencial para a caracterização de um crime de informática. Conforme expõe Oliveira, não é possível aceitarmos o entendimento de possibilidade de impetração de um delito de informática por negligência ou imperícia, tendo vista a dinâmica desse novo âmbito introduzido pelas tecnologias. Segundo o autor, "Definir a ação da forma culposa poderia afugentar aqueles que estão se familiarizando com esses instrumentos de progresso da humanidade, restringindo sua utilização a técnicos em computação, causando uma desaceleração na velocidade do desenvolvimento tecnológico da sociedade. Os programas informáticos estão em constante alteração e reformulação, sendo que até mesmo usuários experientes enfrentam problemas e podem causar

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

fronteira entre o lícito e ilícito no ciberespaço, sem restringir demasiadamente a liberdade nesse meio?

A elaboração de uma legislação específica dos crimes de informática representa um importante passo para a proteção e o resguardo das garantias atreladas à Internet, além de proporcionar garantia e segurança jurídica, tanto para a vítima como para o acusado, preceito básico do princípio da legalidade. Verificamos atualmente uma forte impunidade das condutas ilícitas praticadas no âmbito informático, no qual alguns autores associam com a ausência de legislação,[50] e uma enorme cifra negra dos crimes nele praticados. Entretanto, a criação de uma lei e a imposição de uma pena não diminuirá a incidência do número de crimes, nem é fator preponderante de análise quando da sua perpetração pelo agente infrator.[51] Por outro lado, a ausência de um tipo penal específico, assim como tipos penais esparsos não relacionados diretamente com a matéria, dificulta tanto a persecução penal como a própria adequação típica da conduta. Verifica-se essa problemática pelo tipo penal de dano (art. 163, Código Penal) e a sua relação com o delito de interferência de dados (artigo 4º) da Convenção de Budapeste.[52] Discussão centrada no objeto de proteção de ambos os tipos penais, no qual, dizem

transtornos a partir de uma nova versão de um programa usado de maneira tranquila anteriormente" (OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. *Criminalidade informática*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2002. p. 49).

50. Cf. FERREIRA, Lóren Formiga de Pinto. *Os crimes de informática no direito penal brasileiro*, Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-%E2%80%9Ccrimes-de-inform%C3%A1tica%E2%80%9D -no-direito-penal-brasileiro]. Acesso em: 17.01.2018. p. 14; BARROS, Marco Antonio de et al. Crimes informáticos e a proposição legislativa: considerações para uma reflexão preliminar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 865, nov. 2007. p. 399; SILVA JÚNIOR, Délio Lins. Crimes informáticos: sua vitimização e a questão do tipo objetivo. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Org.). *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 322.

51. Nas palavras de Queiroz: "mais leis, mais penas, mais policiais, mais juízes, mais prisões significa mais presos, mas não necessariamente menos delitos" (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 29).

52. Cf. SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Crimes de informática e bem jurídico-penal*: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2014.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

alguns, no crime de dano, o objeto de proteção da norma é *coisa corpórea*, "pois somente esta pode ser fisicamente danificada"[53] e "só as coisas corpóreas podem ser objecto do Dano".[54] Outros, por sua vez, dizem que o patrimônio inserido em uma sequência de *bits* em um sistema operacional não é motivo para retirar-se desse bem a sua essência material;[55] que é perfeitamente aplicável o disposto no artigo 163 do Código Penal aos dados informáticos, prescindindo da criação de um tipo penal específico.[56] Por fim, há ainda aqueles que afirmam não ser possível, como uma exigência do princípio da legalidade, uma interpretação *in malam partem* do art. 163 para a sua caracterização no crime de interferência de dados.[57] Divergências de interpretações que retiram quaisquer padrões mínimos de segurança jurídica de uma criminalização prévia à conduta; a incidência ou não do art. 163 aos dados informáticos dependerá, em grande medida, da interpretação utilizada pelo julgador.

53. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3. p. 162-3.

54. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial, artigos 202º a 307º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. II. p. 208. O autor, por outro lado, na análise dos dados informáticos, afirma que "se é certo que se trata de coisa de algum modo 'imateriais', não deixa igualmente de ser verdade que elas estão expostas à acção do homem e podem, como tais, ser destruídas". Dessa forma, não pode o argumento de o bem necessariamente ser corpóreo, de plano, afastarmos o bem jurídico dado informático como objeto idôneo do crime de dano.

55. SILVA, Rita de Cássia Lopes da. A informação como bem jurídico-penal e o sistema informático. *Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, jul. 2007. p. 242. A autora destaca, ainda, que no mesmo sentido se aplicam as obras intelectuais imateriais: o fato de elas serem inseridas no âmbito virtual não lhes retira sua imaterialidade, e uma agressão a esse bem, ainda sim, consistirá numa lesão ao direito do autor, *i.e.*, o fato de o bem jurídico estar ou não virtualizado não lhe retira sua essência, nem altera o resultado jurídico da agressão.

56. VIANNA, Túlio Lima. Do delito de dano e de sua aplicação ao Direito Penal informático. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 482, nov. 2004. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/5828]. Acesso em: 25.09.2014.

57. CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes digitais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72-3. Explica o autor que, quando o legislador criou o tipo penal de dano, não havia, na época, qualquer referência ao dado informático ou bens imateriais; o termo "coisa" era um bem tangível e material. Nesse sentido, um eventual dano causado com dolo ao dado informático alheio não está sujeito à aplicação do artigo 163 do Código Penal, sem exclusão, porém, de eventuais implicações cíveis relacionadas à conduta do agente.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

4. Análise dos crimes de informática nos casos divulgados pela mídia. Exemplos

Uma das características associadas aos crimes de informática consiste na escassa publicidade existente nos crimes perpetrados pelo meio tecnológico.[58] Tem-se quase constantemente a tentativa de prática de um crime de informática – como é possível verificar por meio das plataformas de controle –, assim como a sua consumação em diferentes escalas. Todavia, de um lado, não se recai sobre eles a importância necessária – cria-se um estado no qual há uma espécie de *conformação* com a sua existência –, ou, doutro lado, não há a divulgação, quando possível evitar-se, em uma tentativa de diminuição dos danos – ou, ainda, tentativa de se evitar a quebra da cadeia de confiança na prestação dos serviços. Em outras palavras, um prestador de serviços que opera exclusivamente no espaço *on-line*, além de constantemente sofrer tentativas de ataques – muitos realizados automaticamente por *bots* –, quando efetivos, sendo possível manter-se eles em segredo, assim será realizado para se evitar a perda de confiança dos clientes. Em menor escala, podemos facilmente verificar a constante tentativa de perpetração desses crimes ao entrarmos na caixa de *spam* dos nossos *e-mails* pessoais. Em um exercício de reflexão, ao depararmo-nos com anúncios eróticos, prêmios e ameaças nessa caixa, o que pensamos? Tendo em vista tratar-se de uma prática comum desde a popularização da Internet, a tendência é de nos acostumarmos com ela e a associá-la a uma das próprias características do ciberespaço.

Situação que impõe uma dificuldade na realização de uma pesquisa empírica[59] que proporcione um panorama numérico a esses casos, por mais que se busque

58. Expõe Hutchings que "Muitos crimes de informática não são relatados às autoridades e, da pequena porcentagem de crimes de informática relatados, menos de 20% provavelmente resultam em acusações criminais. Embora o baixo relato e a baixa persecução possam ser típicos da maioria dos tipos de crime, os crimes de informática são notoriamente difíceis de levar a processos judiciais, com problemas incluindo legislação inadequada, falta de provas e dificuldades jurisdicionais" (HUTCHINGS, Alice. Crime from the keyboard: organized cybercrime, co-offending, initiation and knowledge transmission. *Crime, law and social change*, [S.l], v. 62, n. 1, 2014. p. 01. Trad. Livre).

59. Conforme explica Moitra, "Nossas informações atuais baseiam-se principalmente em casos individuais e anedotas, alguns dados de pesquisa de generalização duvidosa, várias compilações de relatórios não verificados e anúncios de mídia. Mas há muitas questões políticas que exigem informações e análises mais precisas antes que elas possam ser respondidas adequadamente" (MOITRA, Soumyo D. Developing policies for cybercrime. Some empirical issues. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, v. 13, n. 3, 2005. p. 436. Trad. Livre).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

apenas no meio midiático tais informações. Jurisprudencialmente, ainda, especialmente em âmbito internacional, não há um conjunto de decisões suficientemente robusto para permitir uma pesquisa empírica que proporcione uma relação entre espécies de crimes e *modus opendi* a partir das ferramentas tecnológicas. Tem-se os casos divulgados na mídia e os relatórios realizados por órgãos especiais ou empresas especializadas que proporcionam o panorama da situação atual dos crimes de informática. Assim, por exemplo, nos relatórios divulgados pelo Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil (cert.br),[60] ou pelos estudos autônomos patrocinados pelas empresas de segurança.[61] Estatísticas que, em virtude de se basearem em informações fornecidas pelos usuários, sem possibilidade de verificação da sua idoneidade, são passíveis de produção exagerada e sem fidedignidade com a realidade.[62] O que ressalta a dificuldade em se produzir uma pesquisa empírica referente aos índices de incidentes.

Em outra medida, percebe-se que a divulgação, por meio midiático, dos crimes de informática ocorre comumente em casos nos quais ou não foi possível manter o segredo (como no caso de obtenção das senhas no LinkedIn, em 2012), ou foram simultaneamente afetados múltiplos usuários (como nos casos de DDoS de serviços online). Tentaremos, na sequência, desenvolver alguns exemplos de crimes de informática. Ressaltamos, todavia, que os exemplos a seguir expostos consistem em casos divulgados pela mídia, e não casos jurisprudenciais. Isso ocorre, pois, em virtude das existentes barreiras presentes nesse tipo de criminalidade,[63] não há um conjunto jurisprudencial suficiente para ilustrar a matéria.

60. Cf. CERT.br.-Centro de Estudos, Resposta e Tratamento de Incidentes de Segurança no Brasil. *Estatísticas dos Incidentes Reportados ao CERT.br*. Disponível em: [https://www.cert.br/stats/incidentes/].

61. Como os relatórios divulgados pelo McAfee: McAfee labs threat report, dez. de 2007. Disponível em: [www.mcafee.com/us/resources/reports/rp-quarterly-threats-dec-2017.pdf]. Acesso em: 14.03.2018; SANDLE, Paul. Cyber crime costs global economy $445 billion a year: report. *Reuters*, 09.06.2014. Disponível em: [www.reuters.com/article/us-cybersecurity-mcafee-csis/cyber-crime-costs-global-economy-445-billion-a-year-report-idUSKBN0EK0SV20140609]. Acesso em: 14.03.2018.

62. Cf. FLORÊNCIO, Dinei; HERLEY, Cormac. Sex, lies and cyber-crime surveys. *Microsoft Research*, 2011. Disponível em: [www.microsoft.com/en-us/research/wp-content/uploads/2011/06/SexLiesand CybercrimeSurveys.pdf]. Acesso em: 14.03.2018; MOITRA, Soumyo D. Developing policies for cybercrime. Some empirical issues. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, v. 13, n. 3. 2005. p. 452.

63. Para além daquelas já expostas ao longo deste trabalho, outra barreira na persecução dos crimes praticados na Internet refere-se às próprias prioridades do Poder Judiciário – que,

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O crime de *interferência de sistemas* representa um dos casos mais comuns presente nas condutas praticadas no espaço *on-line*, no qual há a total ou parcial interrupção de um sistema informático a partir da interrupção dos serviços prestados ou diminuição do seu tempo de resposta. O mais comum dos exemplos refere-se ao DDoS, espécie de conduta que utiliza múltiplos sistemas informáticos para acessar um determinado *site* ou serviço *on-line*, sobrecarregando o sistema e ocasionando a sua possível interrupção. Situação como no recente exemplo no qual foi utilizado, conforme divulgado pela mídia, "dezenas de milhões" de *IPs* para sobrecarregar os servidores da Dyn[64] – companhia que atua no setor de *Domain Name System* (DNS) – por meio de um *botnet* denominado Mirai, representando um dos ataques de maior escala já registrados,[65] afetando múltiplos *sites*, como *Twitter, Spotify*, *Reddit*, entre outros.[66] Outro caso recente de grande escala correspondeu ao ataque de DDoS contra os servidores do *GitHub*,[67] interrompendo-os totalmente durante

por óbvio, varia de Estado para Estado. Num sistema abarrotado por pendências relacionadas a crimes graves – como homicídios, roubos, estupros –, a investigação de um caso de acesso ilegítimo pode parecer um tanto irrelevante. Em sentido semelhante, Grabosky expõe: "Todas as agências de execução da lei têm suas prioridades. Se eu, confortavelmente situado na Austrália, fui tolo o suficiente para ser vítima de uma fraude de investimento on-line originária da Albânia, as autoridades australianas e/ou suas contrapartes albanesas podem ter demandas mais urgentes. 'Meu' caso pode nunca receber séria consideração de investigação pelas autoridades em qualquer das duas jurisdições" (GRABOSKY, Peter N. Virtual criminality: old wine in new bottles? In: WALL, David S. (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003. p. 79. Trad. Livre).

64. Disponível em: [https://dyn.com/].

65. Cf. VAUGHAN-NICHOLS, Steven J. The Dyn report: what we know so far about the world's biggest DDoS attack. *ZDNet*, 25.10.2016. Disponível em: [www.zdnet.com/article/the-dyn-report-what-we-know-so-far-about-the-worlds-biggest-ddos-attack/]. Acesso em: 14.03.2018; VAUGHAN-NICHOLS, Steven J. Today's leading causes of DDoS attacks. *ZDNet*, 22.02.2017. Disponível em: [www.zdnet.com/article/todays-leading-causes-of-ddos-attacks/]. Acesso em: 14.03.2018; OSBORNE, Charlie. Catastrophic botnet to smash social media networks in 2017. *ZDNet*, 22.11.2016. Disponível em: [www.zdnet.com/article/catastrophic-botnet-to-smash-social-media-networks-in-2017/]. Acesso em: 14.03.2018.

66. TURTON, William. This is why half the Internet shut down today. *Gizmodo*, 21.10.2016. Disponível em: [https://gizmodo.com/this-is-probably-why-half-the-internet-shut-down-today-1788062835]. Acesso em: 14.03.2018; TURTON, William. Today's brutal DDoS attack is the beginning of a bleak future. *Gizmodo*, 21.10.2016. Disponível em: [https://gizmodo.com/todays-brutal-ddos-attack-is-the-beginning-of-a-bleak-f-1788071976]. Acesso em: 14.03.2018.

67. Disponível em: [https://github.com/].

USO EXCLUSIVO DO PDC RIM

cinco minutos, devido ao enorme fluxo de dados trafegados (1.35 TBps – *terabytes per second*).[68] Situação na qual é possível a exploração de vulnerabilidades e consequente inserção de *malwares*, obtenção de dados sensíveis ou danificação dos dados inseridos nos sistemas. A interrupção dos servidores pode representar não um fim em si, mas um meio para a realização de outras condutas.

Outra forma de interrupção de um sistema informático consiste na invasão (a partir de um *acesso ilegítimo*) – ou envio por *spam* ou *phishing* – e inserção de um *malware* no sistema a fim de interromper o seu pleno funcionamento, como no caso *WannaCry ransomware attack*, em maio de 2017, afetando notadamente a rede de hospitais (NHS)[69] no Reino Unido. Trata-se do ataque de maior escala já registrado, no qual foram afetados 200.000 computadores em 150 países,[70] propagando-se a partir de um *worm* e utilizando-se de uma espécie de *malware* denominada *ransomware*, que se traduz, de forma livre, por programa malicioso de sequestro com pedido de resgate (programa que impede o funcionamento de um sistema informático, exigindo-se, o perpetrador, um resgate para restaurar o seu funcionamento).[71] De forma semelhante, no estado do Rio Grande do Sul, na cidade de Joia, os sistemas informáticos da prefeitura foram totalmente obstruídos de forma que apenas os invasores podiam retornar o funcionamento dos

68. RANGER, Steve. GitHub hit with the largest DDoS attack ever seen. *ZDNet*, 01.03.2018. Disponível em: [www.zdnet.com/article/github-was-hit-with-the-largest-ddos-attack-ever-seen/]. Acesso em: 14.03.2018; SKOTTLER. February 28th DDoS incident report. *GitHub Engineering*, 01.03.2018. Disponível em: [https://githubengineering.com/ddos-incident-report/]. Acesso em: 14.03.2018.

69. GAYLE, Damien, et al. NHS seeks to recover from global cyber-attack as security concerns resurface: cybersecurity centre says teams 'working round the clock' to fix systems rendered inaccessible by international ransomware attack. *The Guardian*, 13.05.2017. Disponível em: [www.theguardian.com/society/2017/may/12/hospitals-across-england-hit-by-large-scale-cyber-attack]. Acesso em: 13.03.2018.

70. PIPER, Elizabeth. Cyber attack hits 200,000 in at least 150 countries: Europol. *Reuters*, 14.05.2017. Disponível em: [www.reuters.com/article/us-cyber-attack-europol/cyber-attack-hits-200000-in-at-least-150-countries-europol-idUSKCN18A0FX]. Acesso em: 13.03.2018.

71. Cf. SCHOFIELD, Jack. How can I remove a ransomware infection? *The Guardian*, 28.07.2016. Disponível em: [www.theguardian.com/technology/askjack/2016/jul/28/how-can-i-remove-ransom ware-infection]. Acesso em: 13.03.2018; HERN, Alex; Gibbs, Samuel. What is WannaCry ransomware and why is it attacking global computers? *The Guardian*, 12.05.2017. Disponível em: [www.theguardian.com/technology/2017/may/12/nhs-ransomware-cyber-attack-what-is-wanacrypt 0r-20]. Acesso em: 13.03.2018.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

sistemas, e exigiram, para a liberação dos dispositivos, uma espécie de "resgaste" em *bitcoins*. "A arrecadação e a tributação também estão paralisadas. Serviços de pessoal, como trâmites da folha de pagamento, da concessão de férias a funcionários públicos e contratações, estão interrompidos, informou a prefeitura".[72] Situação que, se, por um lado, pode representar apenas um temporário inconveniente, por outro, pode representar um perigo à vida daqueles envolvidos, como no referido *ransomware attack* aos hospitais no Reino Unido, no qual alguns pacientes tiveram que interromper o seu tratamento para câncer durante o período dos ataques, em virtude da inacessibilidade dos sistemas informáticos.[73]

Os casos divulgados na mídia relacionados ao *acesso ilegítimo* associam-se normalmente a outros tipos penais, sejam eles crimes de informática próprios, ou crimes nos quais o sistema representou apenas um meio para a prática de tradicionais ilícito-típicos. Apesar de o acesso ilegítimo, por si só, representar um autônomo crime – tendo em vista estar-se tutelando a intimidade –, o simples acesso – sem o consequente dano patrimonial ou violação de bens de terceiros – dificilmente torna-se de conhecimento público. A divulgação de existência de uma fragilidade no sistema de segurança de uma empresa que atua *on-line* representa, conforme ressaltado, um impacto negativo na percepção do público, motivo pelo qual se torna de conhecimento público apenas os casos nos quais múltiplos usuários foram afetados. Como foi o caso da obtenção das senhas de acesso ao *site* do LinkedIn, em 2012, no qual o sistema dos serviços foi acessado e senhas de 6,5 milhões de usuários foram obtidas e divulgadas em fóruns russos,[74] sendo realizadas exaustivas campanhas da companhia para incentivar os usuários a trocar as senhas para outras diferentes ao longo dos meses que se seguiram.[75] Do mesmo acesso realizado ainda em 2012, em 2016 foram postos à venda

72. AIRES, Anderson. Hackers pedem US$ 4 mil em bitcoins após ciberataque à prefeitura de Joia. *GaúchaZH*, Porto Alegre, 12.01.2018. Disponível em [https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2018/01/hackers-pedem-us-4-mil-em-bitcoin-apos-ciberataque-a-prefeitura-de-joia-cjccdtvsa014w01phf rqdtpqq.html]. Acesso em: 13.01.2018.

73. MARSH, Sarah. NHS cancer patients hit by treatment delays after cyber-attack. *The Guardian*, 14.05.2017. Disponível em: [www.theguardian.com/society/2017/may/14/nhs-cancer-patients-treatment-delays-cyber-attack]. Acesso em: 13.03.2018.

74. GOLDMAN, David. More than 6 million LinkedIn passwords stolen. *CNN Money*, 07.06.2012, Disponível em: [http://money.cnn.com/2012/06/06/technology/linkedin-password-hack/?iid=EL]. Acesso em: 13.03.2018.

75. SILVEIRA, Vicente. An update on LinkedIn member passwords compromised. *LinkedIn*, 06.06.2012. Disponível em: [https://blog.linkedin.com/2012/06/06/linkedin-member-passwords-compromised]. Acesso em: 13.03.2018.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

117 milhões de senhas de usuários,[76] levando a novas tentativas de bloqueio das senhas e a incrementar novas medidas de segurança pela empresa.[77] Contexto que proporcionou vastas críticas aos sistemas de segurança por ela utilizados.[78]

Outros casos com situações semelhantes podem ser citados. O acesso indevido aos servidores da Sony e consequente obtenção de informações pessoais e de cartão de crédito de usuários, atingindo potencialmente 77 milhões de usuários, em abril de 2011.[79] O acesso indevido a mais de 360.000 contas do banco Citigroup, resultando no furto de 2.7 milhões de dólares de 3.400 contas[80] (demorando, inclusive, mais de três semanas para o fato ser comunicado ao público).[81] O acesso indevido, com obtenção de informações sensíveis de usuários cadastrados, ao fórum do *site* da *BioWare Neverwinter Nights* – vinculada à Electronic Arts (EA) –, com possível obtenção de senhas, de nomes e de telefones.[82]

O *phishing* representa, também, uma forma comum para a prática dos tipos penais relativos aos crimes de informática, sendo utilizado no próprio referido caso de acesso indevido às senhas dos usuários do LinkedIn; assim como no caso

76. PAGLIERY, Jose. Hackers selling 117 million LinkedIn passwords. *CNN Tech*, 19.05.2016. Disponível em: [http://money.cnn.com/2016/05/19/technology/linkedin-hack/index.html]. Acesso em: 13.03.2018.

77. SCOTT, Cory. Protecting our members. *LinkedIn*, 18.05.2016. Disponível em: [https://blog.linkedin.com/2016/05/18/protecting-our-members]. Acesso em: 13.03.2018.

78. Para além das notícias referidas, Cf., também: COWLEY, Stacy. LinkedIn is a hacker's dream tool. *CNN Money*, 12.03.2012. Disponível em: [http://money.cnn.com/2012/03/12/technology/linkedin-hackers/index.htm?iid=EL]. Acesso em: 13.03.2018; KINGSLEY-HUGHES, Adrian. LinkedIn iOS App grabs names, emails and notes from your calendar. *Forbes*, 06.06.2012. Disponível em: [www.forbes.com/sites/adriankingsleyhughes/2012/06/06/linkedin-ios-app-grabs-names-emails-and-notes-from-your-calendar/#40a70b9c60c1]. Acesso em: 13.03.2018.

79. Cf. PEPITONE, Julianne. Massive hack blows crater in Sony brand. *CNN Money*, 10.05.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/05/10/technology/sony_hack_fallout/index.htm?iid=EL]. Acesso em: 13.03.2018.

80. Cf. SMITH, Aaron. Citi: millions stolen in may hack attack. *CNN Money*, 27.06.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/06/27/technology/citi_credit_card/index.htm?iid=EL]. Acesso em: 13.03.2018.

81. SMITH, Aaron. Citi raises credit card hack count to 360,000. *CNN Money*, 16.06.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/06/16/technology/citigroup_credit_card/index.htm?iid=EL]. Acesso em: 13.03.2018.

82. PEPITONE, Julianne. Electronic Arts' BioWare unit hacked. *CNN Money*, 24.06.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/06/24/technology/electronic_arts_hack/index.htm?iid=EL]. Acesso em: 13.03.2018.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

que atingiu oficiais do governo estadunidense a partir do envio de *e-mails* falsos e consequente obtenção de senhas.[83] Outro caso o qual obteve grande repercussão na mídia brasileira foi a obtenção das fotos da atriz Carolina Dieckmann, situação que envolveu o uso de *phishing* por meio de *spam* e consequente inserção de um *trojan* no sistema informático da vítima.[84]

Percebe-se que as condutas ilícitas praticadas, por exemplo, por meio da engenharia social – atrelada ao *phishing* e ao *spam* – não exploram, apenas, vulnerabilidades dos sistemas informáticos, porém, também e principalmente, a falta de informação das vítimas. Nessas condutas, em grande medida a integridade do sistema e dos dados informáticos são aspectos secundários, pois, em primeiro plano, está o cuidado do indivíduo ao utilizar o ciberespaço.[85] A resposta a essas condutas deve unir forças, tendo, de um lado, uma política educacional de conscientização da população dos riscos associados ao meio e das práticas de segurança e prevenção; e, de outro lado, a própria legislação – tanto penal quanto cível. Assumindo, aqui, importante papel, nessa união de forças, o setor privado – especialmente os provedores de serviços e os produtores de *softwares* – e a capacidade de autorregulação do setor.[86] Assim, acompanhamos Grabosky ao afirmar que "é em grande medida mais difícil perseguir um ofensor online até os confins da terra do que prevenir a ofensa em primeiro lugar".[87] Ainda, antes de utilizarmos a normatividade jurídico-penal como *instrumento* de solução da criminalidade relacionada às novas tecnologias, é importante adotarmos medidas educativas e informativas para a sociedade, pois o direito penal, nesse quesito, deve ser visto efetivamente como a *ultima ratio* para a solução do

83. GOLDMAN, David. Massive Gmail phishing attack hits top U.S. officials. *CNN Money*, 02.06.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/06/01/technology/gmail_hack/index.htm?iid=EL]. Acesso em: 13.03.2018.

84. MACHADO, André. Especialistas explicam como o computador de Carolina Dieckmann foi hackeado. *O Globo*, 14.06.2012. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/rio/especialistas-explicam-como-computador-de-carolina-dieckmann-foi-hackeado-4895771]. Acesso em: 14.03.2018.

85. Cf. JAHANKHANI, Hamid et al. Cybercrime classification and characteristics. In: AKHGAR, Babak, et al. (Org.). *Cyber crime and cyber terrorism investigator's handbook*. Waltham: Syngress (Elsevier), 2014. p. 156-8.

86. KASTNER, Philipp; MÉGRET, Frédéric. International legal dimensions of cybercrime. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell (Ed.). *Research handbook on International law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015. p. 204-5.

87. GRABOSKY, Peter N.; SMITH, Russell G. Digital crime in the twenty-first century. In: WALL, David S. (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003. p. 52. Trad. Livre.

USO EXCLUSIVO DO PROGRIM

problema.[88] Conforme explica Queiroz, uma boa política social ainda é a melhor política criminal.[89]

Conclusão

A definição, o nome e a própria caracterização dos crimes de informática não são pacíficos. Definimos o crime de informática como a ação dolosa de danificação ou de interrupção do pleno funcionamento de um sistema ou dado informático. O sistema e o dado informáticos representam o elemento de concretização do bem jurídico tutelado por uma determinada norma penal. São a concretização do valor tutelado pela normatividade jurídico-penal. Materialização que se manifesta, em virtude das tecnologias, de forma específica, com características próprias e peculiares. Motivo pelo qual há adicionais níveis de complexidade na sua análise. Os tradicionais crimes praticados pela informática possuem algumas importantes diferenças com relação aos novos crimes que buscam proteger o sistema e o dado informáticos. Diferenças que possuem significativa influência no aumento da dificuldade na solução dos conflitos de jurisdição e para a delimitação do local do crime, tendo em vista a natureza do próprio objeto de tutela da norma penal. Complexidade aumentada em virtude das características associadas a essa nova criminalidade.

Podemos elencar as seguintes características associadas aos crimes de informática: intangíveis; difíceis de prever; transientes; globais. Características que trazem a esses crimes uma adicional complexidade quando da análise jurídico-penal. A virtualização e dificuldade de visualização desses objetos; as sofisticadas redes de comunicação e de acesso aos dados e às informações; a facilidade de obscurecimento da identidade e da localização da conduta; a efemeridade dos dados que trafegam por meio de inúmeros servidores conectados a uma rede global impõem uma transformação à normatividade jurídico-penal dos *meios* e das *ameaças* na perpetração do ilícito-típico. Características que trazem não só à normatividade jurídico-penal necessárias consequências, mas, também, à normatividade jurídico-processual, especialmente quanto à fragilidade dos meios probatórios associados a essa espécie delitiva.

88. Nesse sentido, BOITEUX, Luciana. Crimes informáticos: reflexões sobre política criminal inseridas no contexto internacional atual. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2010. v. 8. p. 945 e ss.

89. QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 33.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Referências

AIRES, Anderson. Hackers pedem US$ 4 mil em bitcoins após ciberataque à prefeitura de Joia. *GaúchaZH*, Porto Alegre, 12.01.2018. Disponível em: [https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2018/01/hackers-pedem-us-4-mil-em-bitcoin-apos-ciberataque-a-prefeitura-de-joia-cjccdtvsa014w01phfrqdtpqq.html].

ARENAL, Celestino del. El nuevo escenario mundial y la teoría de las relaciones internacionales. In: PÉREZ GONZÁLES, Manuel et al. (Org.). *Hacia un nuevo orden internacional y europeo*: estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco. Madri: Tecnos, 1993.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Criminalidade informática. *Direito da Sociedade da Informação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. v. II.

BARROS, Marco Antonio de et al. Crimes informáticos e a proposição legislativa: considerações para uma reflexão preliminar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 865, p. 399-433, nov. 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 3.

BOITEUX, Luciana. Crimes informáticos: reflexões sobre política criminal inseridas no contexto internacional atual. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2010. v. 8.

BRITO, Auriney. *Direito penal informático*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. *Crimes virtuais, vítimas reais*. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Trad. Roneide Venâncio Majer. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática e seus aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CHAN, Janet B. L. The technological game: how information technology is transforming police practice. In: WALL, David S. (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003.

COHEN, Frederick B. *Computer viruses*: theory and experiments. 1984. Disponível em: [http://all.net/books/virus/index.html].

COLLI, Maciel. *Cibercrimes*: limites e perspectivas à investigação policial de crimes cibernéticos. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

COWLEY, Stacy. LinkedIn is a hacker's dream tool. *CNN Money*, 12.03.2012. Disponível em: [http://money.cnn.com/2012/03/12/technology/linkedin-hackers/index.htm?iid=EL].

CRESPO, Marcelo Xavier de Freitas. *Crimes digitais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 11, n. 71, dez.-jan. 2012.

D'AVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. Breves notas dogmáticas sobre os crimes de informática: da Convenção de Budapeste à reforma do Código Penal. In: POZZEBON, Fabrício et al. (Org.). *Reformas penais*: homenagem aos 70 anos do curso de direito e aos 20 anos do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

DELMAS-MARTY, Mireille. Global crime calls for global justice. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, v. 10, n. 4, p. 286-293, 2002.

DELMAS-MARTY, Mireille. O direito penal como ética da mundialização. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 14, n. 3, jul.-set., p. 287-304, 2004.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Três desafios para um direito mundial*. Trad. Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

DOWNING, Richard W. Shoring up the weakest link: what lawmakers around the world need to consider in developing comprehensive laws to combat cybercrime. In: CARR, Indira (Org.). *Computer crime*. Farnham: Ashgate, 2009.

FARIA COSTA, José de. *Direito penal e globalização*: reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

FERREIRA, Ivete Senise. A criminalidade informática. In: LUCCA, Newton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (Org.). *Direito & Internet*: aspectos jurídicos relevantes. Bauru: EDIPRO, 2000.

FERREIRA, Lóren Formiga de Pinto. *Os crimes de informática no direito penal brasileiro*. Disponível em: [www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-%E2%80%9C-crimes-de-inform%C3%A1tica%E2%80%9D -no-direito-penal-brasileiro].

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Comentário Conimbricense do Código Penal*: parte especial, artigos 202º a 307º. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. t. II.

FLORÊNCIO, Dinei; HERLEY, Cormac. Sex, lies and cyber-crime surveys. *Microsoft Research*, 2011. Disponível em: [www.microsoft.com/en-us/research/wp-content/uploads/2011/06/SexLiesand CybercrimeSurveys.pdf].

FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista portuguesa de ciência criminal*, Coimbra, ano 10, fasc. 2, p. 183-228, abril-jun. 2000.

FRIEDMAN, Thomas L. *The Lexus and the olive tree*. Nova Iorque: Farrar, Straus and Giroux, 1999.

GAYLE, Damien et al. NHS seeks to recover from global cyber-attack as security concerns resurface: cybersecurity centre says teams 'working round the clock' to fix systems rendered inaccessible by international ransomware attack.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

The Guardian, 13.05.2017. Disponível em: [https://www.theguardian.com/society/2017/may/12/hospitals-across-england-hit-by-large-scale-cyber-attack].

GIDDENS, Anthony. *Modernity and self-identity*: self and society in the late modern age. California: Stanford University Press, 1991.

GOLDMAN, David. Massive Gmail phishing attack hits top U.S. officials. *CNN Money*, 02.06.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/06/01/technology/gmail_hack/index.htm?iid=EL].

GOLDMAN, David. More than 6 million LinkedIn passwords stolen. *CNN Money*, 07.06.2012. Disponível em: [http://money.cnn.com/2012/06/06/technology/linkedin-password-hack/?iid=EL].

GRABOSKY, Peter N. Virtual criminality: old wine in new bottles? In: WALL, David S. (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003.

GRABOSKY, Peter N.; SMITH, Russell G. Digital crime in the twenty-first century. In: WALL, David S. (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003.

HERN, Alex; Gibbs, Samuel. What is WannaCry ransomware and why is it attacking global computers? *The Guardian*, 12.05.2017. Disponível em: [https://www.theguardian.com/technology/2017/may/12/nhs-ransomware-cyber-attack-what-is-wanacrypt 0r-20].

HUTCHINGS, Alice. Crime from the keyboard: organized cybercrime, co-offending, initiation and knowledge transmission. *Crime, law and social change*, [S.l], v. 62, n. 1, p. 01-20, 2014.

JAHANKHANI, Hamid et al. Cybercrime classification and characteristics. In: AKHGAR, Babak et al. (Org.). *Cyber crime and cyber terrorism investigator's handbook*. Waltham: Syngress (Elsevier), 2014.

KASTNER, Philipp; MÉGRET, Frédéric. International legal dimensions of cybercrime. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell (Ed.). *Research handbook on International law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.

KERR, Vera Kaiser Sanches. *A disciplina, pela legislação processual penal brasileira, da prova pericial relacionada ao crime informático praticado por meio da internet*. Dissertação (Mestrado em Engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

KINGSLEY-HUGHES, Adrian. LinkedIn iOS App grabs names, emails and notes from your calendar. *Forbes*, 06.06.2012. Disponível em: [https://www.forbes.com/sites/adriankingsleyhughes/2012/06/06/linkedin-ios-app-grabs-names--emails-and -notes-from-your-calendar/#40a70b9c60c1].

KUEHL, Daniel T. From cyberspace to cyberpower: defining the problem. In: KRAMER, Franklin; STARR, Stuart H.; WENTZ, Larry K. (Org.). *Cyberpower and national security*. Washington: National Defense University Press, 2009.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2000.

USO EXCLUSIVO DO PDC RIM

LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

MACHADO, André. Especialistas explicam como o computador de Carolina Dieckmann foi hackeado. *O Globo*, 14.06.2012. Disponível em: [https://oglobo.globo.com/rio/especialistas-explicam-como-computador-de-carolina-dieckmann-foi-hackeado-4895771].

MARSH, Sarah. NHS cancer patients hit by treatment delays after cyber-attack. *The Guardian*, 14.05.2017. Disponível em: [https://www.theguardian.com/society/2017/may/14/nhs-cancer-patients-treatment-delays-cyber-attack].

MIQUELON-WEISMANN, Miriam F. The convention on cybercrime: a harmonized implementation of international penal law: what prospects for procedural due process? In: CARR, Indira (Org.). *Computer crime*. Farnham: Ashgate, 2009.

MOITRA, Soumyo D. Developing policies for cybercrime. Some empirical issues. *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, Londres, v. 13, n. 3, p. 435-64, 2005.

NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. Prefácio. In: SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Felipe Cardoso Moreira de. *Criminalidade informática*. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) –. Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2002.

OSBORNE, Charlie. Catastrophic botnet to smash social media networks in 2017. *ZDNet*, 22.11.2016. Disponível em: [www.zdnet.com/article/catastrophic-botnet-to-smash-social-media-networks-in-2017/].

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de informática*: comercialização e desenvolvimento internacional do software. São Paulo: Atlas, 2001.

PAGLIERY, Jose. Hackers selling 117 million LinkedIn passwords. *CNN Tech*, 19.05.2016. Disponível em: [http://money.cnn.com/2016/05/19/technology/linkedin-hack/index.html].

PEPITONE, Julianne. Electronic Arts' BioWare unit hacked. *CNN Money*, 24.06.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/06/24/technology/electronic_arts_hack/index.htm?iid=EL].

PEPITONE, Julianne. Massive hack blows crater in Sony brand. *CNN Money*, 10.05.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/05/10/technology/sony_hack_fallout/index.htm?iid=EL].

PIMENTEL, Alexandre Freire. *O direito cibernético*: um enfoque teórico e lógico-aplicativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PIPER, Elizabeth. Cyber attack hits 200,000 in at least 150 countries: Europol. *Reuters*, 14.05.2017. Disponível em: [www.reuters.com/article/us-cyber-attack-

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

europol/cyber-attack-hits-200000-in-at-least-150-countries-europol-idUSKCN18A0FX].

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal*: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAM, Christopher. Cybercrime. In: BOISTER, Neil; CURRIE, Robert J. (Ed.). *Routledge handbook of transnational criminal law*. London: Routledge, 2014.

RANGER, Steve. GitHub hit with the largest DDoS attack ever seen. *ZDNet*, 01.03.2018. Disponível em: [www.zdnet.com/article/github-was-hit-with-the-largest-ddos-attack-ever-seen/].

ROMEO CASABONA, Carlos María. Dos delitos informáticos ao crime cibernético: uma aproximação conceitual e político-criminal. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Org.). *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa*. São Paulo: Ed. RT, 2011. v. 6.

SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Crimes de informática e bem jurídico-penal*: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica, 2014.

SCHOFIELD, Jack. How can I remove a ransomware infection? *The Guardian*, 28.07.2016. Disponível em: [www.theguardian.com/technology/askjack/2016/jul/28/how-can-i-remove-ransom ware-infection].

SCOTT, Cory. Protecting our members. *LinkedIn*, 18.05.2016. Disponível em: [https://blog.linkedin.com/2016/05/18/protecting-our-members].

SIEBER, Ulrich. Legal order in a global world: the development of a fragmented system of national, international, and private norms. *Max Planck yearbook of United Nations law*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. v. 14.

SIEBER, Ulrich. Limites do direito penal: princípios e desafios do novo programa de pesquisa em direito penal no instituto Max-Planck de direito penal estrangeiro e internacional. *Cadernos Direito GV*, São Paulo, v. 5, n. 3, p. 07-88, maio 2008.

SIEBER, Ulrich. Mastering complexity in the global cyberspace: the harmonization of computer-related criminal law. In: LELIEUR, Juliette (Coord.). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008.

SIEBER, Ulrich. The forces behind the harmonization of criminal law. In: LELIEUR, Juliette (Coord.). *Les chemins de l'harmonisation pénale*. Paris: Société de Législation Comparée, 2008.

SILVA JÚNIOR, Délio Lins. Crimes informáticos: sua vitimização e a questão do tipo objetivo. In: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Org.). *Direito penal secundário*: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Ed. RT, 2006.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

SILVA, Rita de Cássia Lopes da. A informação como bem jurídico-penal e o sistema informático. *Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, jul. 2007, p. 242.

SILVEIRA, Vicente. An update on LinkedIn member passwords compromised. *LinkedIn*, 06.06.2012. Disponível em: [https://blog.linkedin.com/2012/06/06/linkedin-member-passwords-compromised].

SKOTTLER. February 28th DDoS incident report. *GitHub Engineering*, 01.03.2018. Disponível em: [https://githubengineering.com/ddos-incident-report/].

SMITH, Aaron. Citi raises credit card hack count to 360,000. *CNN Money*, 16.06.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/06/16/technology/citigroup_credit_card/index.htm?iid=EL].

SMITH, Aaron. Citi: millions stolen in may hack attack. *CNN Money*, 27.06.2011. Disponível em: [http://money.cnn.com/2011/06/27/technology/citi_credit_card/index.htm?iid=EL].

SYDOW, Spencer Toth. *Crimes informáticos e suas vítimas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TSAGOURIAS, Nicholas. The legal status of cyberspace. In: TSAGOURIAS, Nicholas; BUCHAN, Russell (Ed.). *Research handbook on international law and cyberspace*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015.

TURTON, William. This is why half the Internet shut down today. *Gizmodo*, 21.10.2016. Disponível em: [https://gizmodo.com/this-is-probably-why-half-the-internet-shut-down-today-1788062835].

TURTON, William. Today's brutal DDoS attack is the beginning of a bleak future. *Gizmodo*, 21.10.2016. Disponível em: [https://gizmodo.com/todays-brutal-ddos-attack-is-the-beginning-of-a-bleak-f-1788071976].

VAUGHAN-NICHOLS, Steven J. The Dyn report: what we know so far about the world's biggest DDoS attack. *ZDNet*, 25.10.2016. Disponível em: [www.zdnet.com/article/the-dyn-report-what-we-know-so-far-about-the-worlds-biggest-ddos-attack/].

VAUGHAN-NICHOLS, Steven J. Today's leading causes of DDoS attacks. *ZDNet*, 22.02. 2017. Disponível em: [www.zdnet.com/article/todays-leading-causes-of-ddos-attacks/].

VIANNA, Túlio Lima. Do delito de dano e de sua aplicação ao Direito Penal informático. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 482, nov. 2004. Disponível em: [http://jus.com.br/artigos/5828].

VIANNA, Túlio Lima. *Fundamentos de direito penal informático*: do acesso não autorizado a sistemas computacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. *Crimes informáticos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

WALL, David S. *Cybercrime*: the transformation of crime in the information age. Cambridge: Polity, 2007.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

WALL, David S. Cybercrimes: new wine, no bottles? In: WALL, David S (Org.). *Cyberspace crime*. Aldershot: Ashgate, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Crimes digitais no ordenamento brasileiro, de Coriolano Almeida Camargo e Cleórbete Santos – *RDTec* 2 (DTR\2019\26032);
- Dos delitos informáticos ao crime cibernético: uma aproximação conceitual e político-criminal, de Carlos María Romeo Casabona – *Ciências Penais* 4/83-121 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 6/509-552 (DTR\2006\22);
- Medidas limitativas do direito à comunicação na sociedade da informação em face do ordenamento jurídico brasileiro e do direito comparado em razão de crimes cometidos no ambiente virtual, de Greice Patrícia Fuller e Pedro Henrique Abreu Benatto – *RDCI* 113/97-120 (DTR\2019\32164); e
- Os "crimes de informática" e seu enquadramento no Direito Penal pátrio, de Lóren Formiga de Pinto Ferreira e José Carlos Macedo de Pinto Ferreira Júnior – *RT* 893/407-425 (DTR\2010\137).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista

Culpability as a political-criminal humanist principle

Manuel Monteiro Guedes Valente

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa. Presidente do Instituto de Cooperação Jurídica Internacional. Professor Associado e Investigador Integrado e Vogal da Direção do *Ratio Legis*-Centro de I&D em Direito da Universidade Autónoma de Lisboa. Professor do Programa do Curso de Mestrado e Doutorado em Ciências Criminais da PUC-RS. Professor dos Cursos de Pós-Graduação da ESP/ANP-Polícia Federal – Brasil. Membro da Academia Luso-Brasileira de Ciências Jurídicas. Membro de vários Conselhos Editoriais de Revistas Científicas. Advogado e Jurisconsulto.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4001544191185131].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4991-8707].
manuelmonteirovalente@gmail.com; manuelvalente@icji.pt

Autor convidado

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O artigo estuda o princípio político-criminal da culpabilidade que se assume como fundamento [pressuposto], fim e limite da intervenção penal, tendo em conta a trilogia dos elementos intrínsecos ao princípio da culpabilidade que lhe garantem a dimensão política, a dimensão normativo-constitucional e a dimensão limite à teoria da perigosidade como elemento subjetivo do tipo criminal. O princípio da culpabilidade, fundamento da intransmissibilidade da responsabilidade penal, nega a imputação por meio da perigosidade e afirma-se como espaço do princípio da proporcionalidade da intervenção penal e da responsabilização penal em concreto. Estuda-se, ainda, o princípio da culpabilidade como regente da atividade persecutória de um Estado de direito democrático e da ação de investigação que respeite o estado de inocência dos visados com a ação penal.

Palavras-chave: Culpabilidade – Intervenção penal – Intransmissibilidade – Perigosidade – Proporcionalidade – Pena.

Abstract: The article studies the political-criminal culpability principle is assumed as the foundation [presupposition], end and limit of criminal intervention, taking into account the trilogy of elements intrinsic to the guilt principle that guarantee the political dimension, the normative-constitutional dimension and the limit dimension to the theory of danger as a subjective element of the criminal type. The culpability principle, which is the basis for the non-transferability of criminal liability, denies imputation through danger and asserts itself as a space for the principle of proportionality of criminal intervention and specific criminal liability. Also studied the culpability principle as a conductor of the persecutory activity of a democratic rule of law and of investigative action that respects the state of innocence of those targeted with criminal action.

Keywords: Culpability – Criminal intervention – Non-transferability – Danger – Proportionality – Penalty.

Valente, Manuel Monteiro Guedes. A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 173. ano 28. p. 103-121. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

USO EXCLUSIVO DO EBOOK RBCRIM

Sumário: 1. Enquadramento do tema. 2. O princípio político-criminal da culpabilidade assume-se como fundamento [pressuposto], fim e limite da pena. 3. A trilogia dos elementos intrínsecos ao princípio da culpabilidade que lhe garantem a dimensão política, a dimensão normativo-constitucional e a dimensão limite da assunção da perigosidade como elemento subjetivo do tipo criminal. 4. O princípio da culpabilidade, enquanto fundamento da intransmissibilidade da responsabilidade penal, nega a imputação por meio da perigosidade e afirma-se, na essência, como um espaço de concretização do princípio da proporcionalidade da intervenção penal e da responsabilização penal em concreto. 5. O princípio da culpabilidade rege toda a atividade persecutória de um Estado de direito material social democrático e impõe uma ação de investigação assente no estado de inocência dos visados com a ação penal. Considerações finais. Referências.

1. Enquadramento do tema

A[1] política criminal[2] é hoje uma ciência dotada de princípios e axiomas, metodologia e objeto de estudo. É uma *ciência não jurídica* que determina o *se* e o *como* da intervenção penal, assumindo-se transsistemática à dogmática penal e intrassistemática ao sistema jurídico-constitucional legítimo, válido, vigente e efetivo.[3] A política criminal do século XXI, que se quer humanista e reflexo de um Estado constitucional democrático, deve desenhar o conteúdo e os fins do Direito penal, ciência jurídica, e, tendo em conta a sua evolução concetual, encontra-se subordinada aos *vetores* da legitimidade e da eficácia e aos *princípios* ético-filosófico-jurídicos da legalidade, da culpabilidade, da ressocialização e do tratamento, e da humanidade. Debruça-se sobre as causas do crime, sobre a

1. Este artigo tem como estrado base inicial o estudo que fizemos sobre a culpabilidade enquanto princípio da política criminal do ser humano no âmbito da nossa tese de doutoramento, publicada: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia:* prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 163-173, 213-216 e 233-234. Aqui, neste pequeno estudo, trataremos de alguns aspetos dogmáticos da culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista e não apenas ou em exclusivo enquanto princípio do Direito penal moderno. Faremos um percurso no quadro da política criminal do ser humano que defende o enrijecimento do princípio da culpa como fundamento [pressuposto], fim e limite normativo da intervenção penal, e, muito em especial, da pena.
2. Seguimos a nossa conceitualização de política criminal desenvolvida na nossa tese de doutoramento e que se pode consultar no nosso VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia:* prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013. p. 65-82.
3. Para uma melhor compreensão dessa posição: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Op. cit., p. 83-100.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

correta redação dos tipos legais de crime de modo a corresponderem à realidade delituosa, sobre os efeitos das sanções penais, sobre o limite de extensão da aplicação do Direito penal de que dispõe o legislador penal face à liberdade do cidadão e, ainda, sobre a adequação do Direito penal material ao Direito processual penal e deles ao Direito penal penitenciário, de modo a orientar o sistema penal integral no cumprimento da missão de proteção da sociedade sem niilificar os direitos, as liberdades e as garantias fundamentais pessoais.

A consecução desse conceito inculca toda a sociedade [social, cultural, económica, política e jurídica] e, em especial, todos os atores dos sistemas de justiça criminal a serem e a deverem ser os atores decisivos na concretização do desiderato da política criminal como ciência materializante de um sistema social livre, justo, solidário, seguro e humanizado, enraizado em um sistema penal integral garantista e humanista que garanta e respeite a dignidade da pessoa humana. Essa assunção exige que olhemos para a política criminal transsistemática dotada de vetores e de princípios que a regem na arquitetura de um sistema penal integral humanista que o devem atravessar desde a perspetiva político-criminal, a perspetiva de intervenção penal e a perspetiva do Direito penal material, processual e penitenciário aplicado a cada caso em concreto de modo a materializar os vetores da *legitimidade* – quanto aos *meios* – e da *eficácia* – quanto aos *fins* – de intervenção [penal].[4]

Regem a política criminal do ser humano quatro princípios – o princípio da *legalidade* (formal e material), o princípio da *culpabilidade*, o princípio da *humanidade* e o princípio da *ressocialização* ou do *tratamento* –, que manifestam (ou devem manifestar) a ideia de aptidão inscrita quanto à necessidade de intervenção do Direito penal, quanto ao tipo legal de crime e, muito em particular, quanto à pena legiferada a ser empregue como meio para um fim tão completo quanto for possível e que seja apta às necessidades do caso concreto: prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial (positiva e negativa).[5] Esses princípios devem adequar o *modus* processual penal – *iter procesualis* – de um Estado de direito democrático e a intervenção concreta – pena nos casos de condenação – do

4. Para uma melhor análise e compreensão dos vetores da *eficácia* e da *legitimidade*: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Op. cit., p. 124-134 e CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal Parte Geral:* Questões Fundamentais: Teoria Geral do Crime. Porto: UCE, 2016.

5. Nesse sentido há muito se havia pronunciado Franz von Liszt (LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. p. 143-144).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Direito penal. Um dos princípios marcantes dessa política criminal humanista é o princípio da culpabilidade, que se afirma como limite às teorias defensoras da sua substituição pelos princípios da periculosidade e da segurança como pilares do sistema penal integral.

2. O princípio político-criminal da culpabilidade assume-se como fundamento [pressuposto], fim e limite da pena

O *princípio da culpabilidade*, como na linha do que escrevera Berthold Freudenthal,[6] tem, na sua génese, na sua medula existencial, a insuportabilidade de se condenar um inocente. O princípio da culpabilidade afasta [deve afastar] qualquer possibilidade de responsabilidade objetiva e exige que se afaste qualquer pretensão da pena poder apartar-se da culpabilidade, onde reside o seu fundamento [pressuposto], o seu fim e o seu limite.[7] A culpabilidade, intrínseca ao primado da pessoalidade e intransmissível – artigo 30.º, n.º 3 da CRP –, tem a sua manifestação direta no artigo 40.º e a sua consolidação no artigo 71.º, ambos do CP. Os fundamentos, os fins e os limites da culpabilidade encrustam-se nas dimensões do espaço, do tempo e das pessoas e subsumem-se à dinâmica da violabilidade de uma *norma* enquanto positividade de um *valor* que foi lesado ou colocado em perigo de lesão por um *facto* humano. Os axiomas normativos da culpabilidade são pilares de uma arquitetura penal cujo desenho se impõe à política criminal do ser humano de modo a se edificar a ordem jurídica como um todo, como um sistema uno da *ratio iuris* sem menosprezar a *ratio legis*.

Luigi Ferrajoli[8] elucida o princípio da culpabilidade com o brocado *latino nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla iniuria sine culpa*. A culpabilidade

6. FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*. Trad. do alemão José Luís Guzmán Dalbora. Montevideo: Editorial B de *f*, 2006. p. 63.

7. Quanto ao princípio da culpabilidade como meio de limitar a pena, ROXIN, Claus. *Derecho Pena –. Parte General*: Fundamentos: La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. do alemão: *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2. ed. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. I. p. 99-100 e PRADEL, Jean. *Traité de Droit Pénal et Science Criminelle Comparée*. 12. ed. Paris: Éditions Cujas, 1999, p. 63.

8. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon. Teoria del Garantismo Penal*. Trad. do italiano *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo penale* de Perfecto A. Ibáñez, Alfonso R. Miguel, Juan Carlos B. Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío C. Bandrés. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 487-490.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

> "corresponde ao chamado 'elemento subjetivo' ou 'psicológico' do delito, nenhum facto ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; consequentemente, não pode ser punido, e nem sequer proibido, se não é intencional, isto é, realizado com consciência e vontade por uma pessoa capaz de compreender e de querer."

Ferrajoli procede a uma análise evolutiva do princípio da culpabilidade e da não aceção em vários ordenamentos jurídicos ao longo da história, exceto no direito romano que, com uma lei de Numa Pompílio, consagrou-se o princípio da culpabilidade e da responsabilidade pessoal que perdurou na doutrina e na jurisprudência até à compilação justiniana.

O princípio da culpabilidade é um princípio regente da política criminal de um Estado constitucional democrático e, em consequência dessa assunção jusfilosófica e política, afirmou-se, na história da humanidade sob e por entre os grilhões da tortura e da arbitrariedade absolutista e ditatorial, como um princípio pilar do Direito penal. Esse ideal regeu a comissão legislativa do Código Penal português de 1982, não obstante, como escrevera Cavaleiro de Ferreira,[9] ter-se notado um "enfraquecimento ou desnaturação do princípio no que respeita à correspondência da culpa à pena" e do Código ter admitido "em medida criticável um largo campo de responsabilidade objectiva": responsabilidade penal das pessoas jurídicas ou coletivas. Essa preocupação e crítica ganha maior amplitude com a Reforma de 2007, que não só elencou a tipificação da responsabilidade das pessoas jurídicas, como também admitiu a transmissibilidade da responsabilidade penal e da culpa,[10] cujos fundamentos só encontram voz em ditames criminológicos e de política criminal persecutória e de evitabilidade de não responsabilização criminal e promotora de eficácia penal e credibilidade normativa.

Cavaleiro de Ferreira critica os desvios ao princípio da culpabilidade – centrada na liberdade ou autodeterminação, autoafirmação e autoconformação com a sua vontade livre e consciente[11] – pela admissibilidade de responsabilidade penal

9. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal. Parte Geral:* I – A Lei Penal e a teoria do Crime no Código Penal de 1982; II – Penas e Medidas de Segurança. Reimpressão da 4. ed. de 1992. Coimbra: Almedina, 2010. p. 56-57.

10. Cfr. n.ºs 8 e 9 do artigo 11.º do CP. Para uma melhor compreensão sobre esse tema e respetiva crítica, VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Portugués. Breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal. In: Nieves Sanz Mulas (Coord.). *El Derecho Penal Y la Nueva Sociedad*. Granada: Editorial Comares, 2007. pp. 1-14 (10-13).

11. Características referenciais da pessoa física ou singular na assunção da culpa expostas no programa alternativo da Alemanha, como se pode ler em: ROXIN, Claus. *Problemas*

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de pessoas coletivas, ou seja, pela admissibilidade jurídico-positiva da responsabilidade penal "sem culpa – sem imputabilidade, sem dolo ou negligência –, sem consciência da ilicitude". Acrescenta que as "conveniências da prevenção geral da criminalidade não podem alterar a realidade ontológica e não devem postergar a validade do princípio da culpabilidade".[12]

A culpabilidade pressupõe a razão e a liberdade ou a autonomia de pensar, de decidir e de agir, *i. e.*, uma vontade livre que se aparta de quaisquer motivações extrínsecas e se afirma como resultado da "obediência a um dever formal".[13] É nessa linha de afirmação da *liberdade de decisão* "de ele sobre ele", ou seja, da *liberdade pessoal* como manifestação da sua "existência e do *Ser*", que Figueiredo Dias[14] enforma a culpa jurídico-penal do ser humano.

O princípio da culpabilidade exige que a medida da culpa fundamente e limite a medida da pena, independentemente de existirem razões – de tratamento, de segurança ou de intimidação – que justificassem um prolongamento da pena, porque o interesse da liberdade do condenado limita a intervenção coerciva do Estado, que não deve ser arbitrária, e se impõe, por razões de justiça jurídico-penal e social, que ninguém seja punido mais do que merece, sendo que "'merecida' é só uma pena de acordo com a culpabilidade". Não podemos olvidar que o princípio da culpabilidade é "o meio mais liberal e psicológico-social mais propício para a restrição da coerção penal estatal que até agora se encontrou".[15] É um

Fundamentais de Direito Penal. Trad. do alemão Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

12. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Op. cit., p. 267-268.

13. FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal. Parte Geral:* I – A Lei Penal e a teoria do Crime no Código Penal de 1982; II – Penas e Medidas de Segurança. Reimpressão da 4. ed. de 1992. Coimbra: Almedina, 2010. p. 264 e 266.

14. Quanto a uma teoria da culpabilidade como princípio fundamental do Direito penal cimentado no princípio da liberdade – emergente da dedicação consciente e autónoma do "eu" sobre o "eu" –, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Liberdade, culpa, direito penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 117-153. Quanto a uma análise dessa obra, AMBOS, Kai. A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal: sobre a doutrina da culpa em Jorge de Figueiredo Dias. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Trad. Pedro Caeiro e Susana Aires de Sousa. *STVDIA IVRIDICA* – 98. *Ad Honorem* – 5. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. I. p. 53-88.

15. Quanto ao princípio da culpabilidade como princípio da política criminal e como "juízo de desvalor ético-social", JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. do alemão *Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil* de

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

limite ético-normativo à intervenção penal, à definição da natureza da pena e à medida abstrata da pena, à determinação concreta da medida da pena e à respetiva execução.[16]

O princípio da culpabilidade, como elucida Claus Roxin,[17] é o escudo protetor do cidadão, por se apresentar como um meio ou instrumento de restrição da intervenção penal com fins de prevenção especial.

Acresce a essa discussão o debate que dominou o Projeto Alternativo quanto à culpa ser ou não limite da pena, uma vez que Franz von Liszt considera que a "culpa é a *responsabilidade pelo resultado produzido*", ou seja, "só o resultado imputável faz o agente incorrer em responsabilidade criminal". O autor inscreve a culpa como elemento essencial à existência de crime e ao infligir de uma pena, mas não considera a culpa como "a liberdade de poder actuar de outro modo". Para Franz von Liszt, como determinista, a culpa não estava na relação com pena como seu fundamento e seu limite endógeno, mas como elemento integrante do crime. Para Franz von Liszt, as considerações de natureza preventiva (geral e especial) é que fundamentam e determinam a medida da pena.[18] No Projeto Alternativo venceu a posição de Gallas, de Lackner e Jeschek, que "censuram o facto de a prevenção geral não ser suscetível de constituir nenhum princípio de medida como limite inferior da pena".[19]

Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 24-27. Quanto à culpabilidade como elemento subjectivo de integração e materialização da dogmática da política criminal, ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* Parte General. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. do alemão *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2. ed. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. I. p. 225-226.

16. Que, na nossa opinião e na linha do pressuposto "simples censura do facto", pode e deve ser tida em conta na decisão da *suspensão na execução da pena* conforme os artigos 50.º e seguintes do CP.

17. ROXIN, Claus. Op. cit., p.101-102. Quanto ao princípio da culpa ou da culpabilidade, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral:* as questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I. p. 46-48, 274-277. Quanto à complexidade de uma dimensão conceptual de culpabilidade, MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de Droit Criminel*. 7. ed. Paris: Editions Cujas, 1997. t. I. p. 658-659.

18. LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. do alemão de José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003. p. 259-264.

19. ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. do alemão de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998. p. 67-75 (67 e 72).

USO EXCLUSIVO DO PROGRIM

Bernd Schünemann não acompanha a posição de Claus Roxin de que a culpabilidade, incrustada na teoria da liberdade que, em si contida, dá uma melhor posição de garantia ao agente da infração do que a intervenção penal se reger segundo as medidas preventivo-especiais, uma vez que estas podem ser mais adequadas a não reincidência daquele – a si dirigidas – do que a aplicação da pena (intervenção direta do Direito penal sobre o agente da infração) se enredar sob a égide do princípio da culpabilidade. Do mesmo modo, Bernd Schünemann critica os partidários do determinismo e os representantes do conceito social da culpabilidade por as suas conceções não se coadunarem com os fins de prevenção geral negativa uma vez que, não existindo em concreto a possibilidade de comportamento diverso, não faz sentido "motivar o autor a um comportamento conforme ao Direito mediante a ameaça de pena". Como se depreende, Bernd Schünemann traz à colação discursiva penal a conjugação do princípio da culpabilidade com as necessidades político-criminais de prevenção.[20]

A culpabilidade, enquanto princípio jurídico-normativo, pressupõe uma liberdade de pensar, de decidir e de agir, mas a dimensão da culpabilidade e dessa liberdade não é mensurável, servindo tão só para desenhar um fundamento e uma fronteira à intervenção estatal.[21] A dimensionalidade da culpabilidade e da liberdade como princípios, em termos político-criminais que devem reger a dogmática jurídico-criminal, é idêntica à dimensionalidade da dignidade da pessoa humana, que não é mensurável, mas funciona como fundamento e como fronteira limitativa da intervenção estatal.

20. SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*. Trad. Mariana Sacher et alii. Madrid: Editorial Tecnos, 2002. p. 112-128 (112--113 e 118).

21. No sentido de que a culpabilidade deve funcionar como "relevância ética prévia" às criminalizações de condutas lesivas de bens jurídicos, de forma que a incriminação "possa ser sentida como verdadeiramente inibidora da lesão", *i. e.*, como "factor de inibição (ou como critério preventivo)" e como "critério aferidor da intervenção" penal centrado na "necessidade inerente à máxima realização da dignidade, da liberdade e da segurança": PALMA, Fernanda. Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do "Direito Penal de Justiça" pelo Direito Penal Secundário? *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, out.-dez., n. 96, 2003. p. 23-24. A autora defende como critério aferidor da intervenção penal na tutela de bens jurídicos o *princípio da suscetibilidade de uma motivação de culpa* como "um certo conteúdo da própria necessidade da pena concebida em termos não utilitaristas" (p. 24).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

3. A trilogia dos elementos intrínsecos ao princípio da culpabilidade que lhe garantem a dimensão política, a dimensão normativo-constitucional e a dimensão limite da assunção da perigosidade como elemento subjetivo do tipo criminal

Um modelo de política criminal garantista, edificadora de um Direito penal garantista, exige, na linha de pensamento de Luigi Ferrajoli,[22] um princípio da culpabilidade, como garante do cidadão e legitimador da ação penal estatal, não pode abdicar dos três elementos constitutivos: a *personalidade da ação* – "a susceptibilidade de adscrição material do delito à pessoa do seu autor, isto é, a *relação de causalidade* que vincula reciprocamente decisão do agente, ação e resultado do delito" –; a *imputabilidade ou capacidade penal* – "condição psico-física do agente, consciente na sua capacidade, em abstrato, de entender e de querer" –; e a *intencionalidade ou culpabilidade em sentido estrito* – "a consciência e vontade do delito concreto e que, por sua vez, pode assumir a forma de *dolo* e de *culpa*, segundo a intenção se reflita na ação e no resultado ou só na acção e não no resultado, não querido nem previsto ainda que seja previsível". Essa trilogia de elementos do princípio da culpabilidade é fundamental para uma política criminal garantista e humanista na construção dogmática jurídico-criminal das causas de exclusão das culpas gerais e específicas.

O princípio da culpabilidade é um princípio político. É um princípio de dimensão política por ser uma garantia de legitimação de intervenção estatal e uma garantia de limite e de segurança jurídica do cidadão. Esse raciocínio enraíza em uma quádrupla dimensão: a reprovação ou censurabilidade da ação, que se afirma como condição não absoluta, mas necessária para que se considere a ação proibida e punível; a função utilitarista de prevenção geral adstrita ao Direito penal, *i. e.*, "só os comportamentos culpáveis podem ser objecto de prevenção por meio de uma pena"; a previsibilidade ou planificação da vida futura face à coação jurídico-criminal;[23] e a exclusividade da reprovação, da previsão, da prevenção e da proibição das ações culpáveis.[24]

22. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon. Teoria del Garantismo Penal*. Trad. do italiano *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo penale* de Perfecto A. Ibáñez, Alfonso R. Miguel, Juan Carlos B. Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío C. Bandrés. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 489-490.

23. Teoria de Herbert L. A. Hart introduzida por Luigi Ferrajoli como argumento político da afirmação do princípio da culpabilidade em um modelo penal garantista: fundamento, fim e limite da intervenção penal.

24. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon. Teoria del Garantismo Penal*. Trad. do italiano *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo penale* de Perfecto A. Ibáñez, Alfonso R. Miguel,

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A culpabilidade assume-se como *elemento normativo do crime*, que implica não só uma conotação ou relação psicológica do autor, mas, principalmente, uma modalidade *deôntica* ou *alética* que consigna "o dever de abster-se de realizá-lo com base na possibilidade material da sua omissão ou da sua comissão".[25] A conceção *deôntica* implica que a indissociabilidade dos elementos objetivos e subjetivos do tipo legal crime – que contraria as teses dos defensores da responsabilidade penal pela *perigosidade* e/ou presunção de *perigosidade* – e que a não possibilidade *ex ante* da omissão da ação negativa excluem a culpabilidade, *i. e.*, "a impossibilidade de atuar de outro modo, que exclui a culpabilidade, é uma impossibilidade alética" admitida pela lei.[26] Dessa feita, para Luigi Ferrajoli, a culpabilidade

> "não é nem um pensamento nem um mero aspeto interno da pessoa, como pretendem as orientações subjetivistas, mas um elemento do facto, isto é, uma *conditio sine qua non* do mesmo, fundada, mais que em razões éticas ou utilitaristas, na estrutura lógica da proibição, que implica a possibilidade material de realização ou omissão da ação, imputáveis ambas à intenção de um sujeito."[27]

A política criminal, na linha garantista em que nos posicionamos, deve orientar a dogmática jurídico-criminal segundo a robustez do princípio da culpabilidade conexo com o princípio da liberdade e do respeito da dignidade da pessoa humana. Caso se opte pela instauração de um sistema jurídico-penal que admita a aplicação de uma pena sem estar fundada e limitada pelo princípio da culpabilidade, abrimos a porta ao tratamento da pessoa como *coisa* e se a pena for "limitada pela culpabilidade de uma maneira mais do que marginal perde a sua funcionalidade".[28] O princípio da culpabilidade é uma garantia constitucional e irrefutável de que a responsabilidade penal recai sobre uma pessoa, o agente do crime, e não "outro", e não sobre uma "*não pessoa*", uma *coisa*.[29]

Juan Carlos B. Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío C. Bandrés. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 491-492 e 499.

25. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 499. Tradução nossa.
26. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 499-500. Tradução nossa.
27. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 501. Tradução nossa.
28. JAKOBS, Günther. El principio de la culpabilidad. Trad. do alemão de Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal y Criminología.*, Bogotá, v. XV, n. 50, maio-ago. 1993. p. 126.
29. Como afirmam ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 245: "Imputar um dano ou um perigo ao bem jurídico sem a prévia constatação do

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Luigi Ferrajoli defende que o princípio da culpabilidade construído pela dogmática jurídico-criminal ao longo dos últimos anos sob o primado da dignidade da pessoa humana e de um modelo humanista de intervenção penal encontra-se em conflito com os extremismos objetivistas e subjetivistas face à ânsia de criar um sistema jurídico-criminal blindado contra todas e quaisquer ameaças ou ofensas à normalidade vivencial. Defende que o princípio da culpabilidade é um postulado político e jurídico limitador da teoria da perigosidade e do suspeito inato, porque o proibido encontra fundamento na comissão ou na omissão de uma ação e não na condição social ou estatutária do indivíduo e que essa situação depende da precedência de lei que admita a ocorrência e a não ocorrência da ação ou da omissão.[30]

Os seres humanos não nascem com a estrela da culpa, esta existe caso se verifiquem determinados pressupostos fáctico-jurídicos que reflitam a culpabilidade de um agente pela prática de uma conduta negativa: comitiva ou omissiva.

4. O princípio da culpabilidade, enquanto fundamento da intransmissibilidade da responsabilidade penal, nega a imputação por meio da perigosidade e afirma-se, na essência, como um espaço de concretização do princípio da proporcionalidade da intervenção penal e da responsabilização penal em concreto

A culpabilidade é um limite à persecução criminal arbitrária e dotada de meios de inadmissibilidade jusconstitucional e jusinternacional: tais como a tortura ou o agente provocador em que a culpabilidade se afere não da liberdade de decisão, mas da coação, da dor e do ardil. Da Constituição, embebida no espírito do direito supraconstitucional, inscrito na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Declaração Universal dos Direitos Humanos,[31] aferem-se limites de persecu-

vínculo subjetivo com o autor (ou impor uma pena baseada apenas na causação de resultado) equivale a rebaixar o autor à condição de *coisa causante*". Esse modelo é um modelo "irracional" e que ignora que o *princípio da culpabilidade é o mais importante dos que derivam diretamente do Estado de direito*.

30. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon. Teoria del Garantismo Penal*. Trad. do italiano *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo penale* de Perfecto A. Ibáñez, Alfonso R. Miguel, Juan Carlos B. Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío C. Bandrés. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 494-499.

31. Os direitos humanos ganharam espaço no discurso jurídico-criminal e constituem um "reforço no delineamento de padrões mínimos de contenção e limitação do poder

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

ção criminal e de prevenção criminal face ao princípio da culpabilidade: intransmissibilidade da responsabilidade penal, a responsabilidade criminal por factos tipificados como crimes por *lei prévia, escrita, certe e clara*, admissão como regra da privação da liberdade por sentença condenatória transitada em julgado, exceções restritivas e determinadas de privação da liberdade, a excecionalidade da prisão preventiva.

O princípio da culpabilidade, como escrevem Jeschek e Weigend,[32] vale como "necessária proteção do autor frente a todo o excesso na intervenção repressiva do Estado" e impõe que a "pena fique limitada estritamente a uma censura pública daquelas ações que merecem um juízo de desvalor ético-social" e, por conseguinte, "enfatiza o compromisso do Direito penal como um 'mínimo ético'". A finalidade de prevenção, mais em concreto, não logrará caso a pena não seja justa e não se encontre na dimensão fundada e limitada da culpa do autor; pena que ultrapasse a culpa do autor é uma pena injusta e, por conseguinte, é não direito.

Essa conceção de culpabilidade vale para os novos riscos e perigos da sociedade pós-industrial e não deve diminuir a couraça protetora por os novos perigos estarem a eliminar "os cimentos convencionais do cálculo da segurança" e por os danos (até então individuais e sociais identificáveis no espaço e no tempo) perderem os "seus limites espácio-temporais" e se converterem em "globais e duradouros". Face a essa realidade incontestável e à inoperância hermenêutica da lei penal, "o princípio da culpabilidade tem perdido a sua eficácia"[33] por não conseguir responsabilizar os agentes daqueles danos. Não encontra guarida no

punitivo" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 339.

32. JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. do alemão *Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil* de Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002. p. 25-26. Tradução do espanhol nossa. Analisando o princípio da culpabilidade em relação com as finalidades de prevenção e a escolha da pena em concreto como manifestação de política criminal, Fernando Fernandes defende que "à culpa reserva-se o papel de pressuposto indispensável da imposição da sanção, funcionando como limite máximo e inultrapassável da pena" e que a operação da medida da pena encontra-se ligada às finalidades preventivas – das quais se destaca a finalidade de socialização do agente – e ao princípio da culpabilidade que é irrelevante na escolha da pena, devendo esta não diminuir a dimensão da prevenção geral positiva de reintegração do bem jurídico (FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 749-752 (750)).

33. BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Trad. Jesús Alborés Rey. 2. ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2009. p. 57. Tradução do espanhol nossa.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

princípio da culpabilidade o princípio da (mera) culpabilidade relativa com o intuito de produção de uma não política criminal humanista e garantista, mas de uma política criminal punitiva a qualquer custo.

O princípio da culpabilidade afasta ou exclui o princípio da imputação pela *mera causação do resultado* e reafirma o princípio de *exigibilidade*.[34] As teses que defendem a substituição do princípio da culpabilidade, por não ser adequado às novas realidades sócioeconómico-políticas e por não prevenir as lesões ou o perigo de lesão de bens jurídicos penalmente tutelados, pelo princípio da proporcionalidade na limitação da pena – que deve ser proporcional à lesão ou ao perigo produzido ou a produzir –, como acontece na delimitação da medida de segurança face aos estados de perigosidade, parecem-nos que aspiram

34. Quanto ao *princípio da culpabilidade ou de exclusão da imputação pela mera causação de resultado e de exigibilidade* de conduta, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 245-249. Esses autores conexionam a *culpabilidade* à *lesividade* da conduta humana e à exigibilidade de conhecimento e de vontade na prática de um determinado facto, afastando por completo a responsabilidade penal objetiva por se exigir que quem age é "um ser *autodeterminável ou, o que é o mesmo, uma pessoa*" (p. 248). Dessa forma se levanta a questão do não respeito do princípio do Estado de direito e democrático – porque só tem sentido a democracia quando "os seres humanos são entes capazes de decidir" (p. 248) sem que opte pela violência recíproca na resolução do conflito delinquente *versus* sociedade [BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais*. Trad. do italiano de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002. p. 99] – na reforma penal portuguesa de 2007. O legislador na Reforma penal de 2007, sabendo que a responsabilidade das pessoas jurídicas ou coletivas era uma exceção dentro da dogmática jurídico-criminal, imposta pela criminologia sob pena de existirem crimes cujos autores jamais seriam responsabilizados, e que vigora o princípio da pessoalidade individual da responsabilidade penal, com a alteração produzida no artigo 11.º do CP português, não só ampliou o catálogo de crimes sem qualquer critério quanto à responsabilidade das pessoas jurídicas, como detonou o princípio da intransmissibilidade da pena, consagrado no n.º 3 do artigo 33.º da CRP, com a inscrição da responsabilidade solidária entre os órgãos de administração e a pessoa jurídica [n.º 9 do artigo 11.º do CP] e a transmissão da responsabilidade penal da nova pessoa jurídica saída da fusão ou da cisão [n.º 8 do artigo 11.º do CP]. Nesse campo, as alterações penais não tiveram em conta o princípio da individualidade da culpa, nem da sua extinção, ou seja, as proposições político-criminais inscritas pelo princípio da culpabilidade como protetor da intervenção penal estatal não foram tidas em conta na Reforma penal de 2007 em Portugal. Quanto a esse debate e discordância com a opção legislativa, VALENTE, Manuel Monteiro. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Portugués. Breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal. In: Nieves Sanz Mulas (Coord.). *El Derecho Penal Y la Nueva Sociedad*. Granada: Editorial Comares, 2007. p. 12-14.

USO EXCLUSIVO DO RBCRIM

abandonar o modelo democrático e escancarar as janelas ao modelo autoritário ou totalitário, ou de polícia, da intervenção penal. Como defende Claus Roxin,[35] as medidas de segurança "possibilitam intervenções muito mais fortes na liberdade do inculpado que as que permite a pena nos limites do princípio da culpabilidade". A magnitude da pena, como escreve o autor, que visa a fins de prevenção geral e especial, está incrustada ou deve estar incrustada *ab initio ad finem* pelo princípio da culpabilidade quanto ao facto praticado e qualificado por lei como crime.

Diferente é conceber o princípio da proporcionalidade dentro do princípio da culpabilidade: não afasta o princípio da culpabilidade, mas é seu corolário. O princípio da culpabilidade, como princípio do Estado de direito e de afirmação da justiça material constitucionalizada, limita não só o legislador na construção do tipo segundo os primados da proporcionalidade da culpabilidade, como limita o julgador a aplicar "a pena à proporcionalidade da culpabilidade", *i. e.*, "a proibição do excesso obriga aplicar o meio preventivo (privativo ou não da liberdade) que, tendo expectativas de êxito, seja o menos gravoso". Dessa feita, o princípio da legalidade é "o melhor garante de limitação do poder da soberania penal estatal" e é o mais "apropriado para garantir a dignidade do cidadão" condenado.[36]

5. O princípio da culpabilidade rege toda a atividade persecutória de um Estado de direito material social democrático e impõe uma ação de investigação assente no estado de inocência dos visados com a ação penal

No que concerne à investigação criminal, que se destina à descoberta da verdade e da prossecução ou realização da justiça, assim como à defesa e garantia

35. ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* Parte General. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. do alemão *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2. ed. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. I. p.102-103. Tradução do espanhol nossa. O princípio da proporcionalidade representa tão somente "uma proibição do excesso no marco da duração de uma sanção determinada só preventivamente e oferece muito menos para a limitação da intervenção coercitiva do Estado; por isso não pode afastar o princípio da culpabilidade" (p. 103, tradução do espanhol nossa).

36. Quanto ao desenvolvimento desse parágrafo, em especial as citações, MAURACH, Reinhart; ZIPF, Hanz. *Derecho Penal. Parte General. Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible*: 1. Trad. da 7. ed. do alemão *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat* de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994. p. 110-111.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de direitos fundamentais (do arguido, da vítima e da sociedade em geral) e ao alcance da paz pública, não pode partir do pressuposto ou fundamento objetivo de culpa, mas que aquela está inerente ao sujeito *y* e não a um sujeito qualquer.[37] Essa visão vincula os operadores judiciários a interpretarem o facto delituoso na globalidade – identificação e determinação dos elementos objetivos e subjetivos do tipo – e a recorrerem aos meios de obtenção de prova para descobrir quem e se o suspeito foi, na verdade, o autor (material ou moral) da conduta lesiva ou que colocou em perigo de lesão determinado bem jurídico. Obtida essa proposição, cumpre trazer para o processo todos os elementos materiais e todas as informações obtidas por testemunhas ou por recolha de elementos materiais no local do crime e nos locais onde o agente do crime se locomove que possam ajudar o julgador a proceder a um juízo de não culpabilidade ou de culpabilidade. Esse labor dos vários atores judiciários, em especial os órgãos de polícia criminal e o Ministério Público, cabendo a este a direção e a orientação da investigação criminal, é de elevado valor e interesse para a realização da justiça de modo que restabeleça a paz jurídica sem violação dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão [*v. g.*, a liberdade], ou seja, que se restabeleça o Direito.

O conceito positivo de investigação criminal, aposto no artigo 1.º da Lei de Organização da Investigação Criminal (LOIC), aprovada pela Lei 48/2008, de 27 de agosto, não é suficientemente claro quanto à ideia da Polícia Criminal estar obrigada a agir sob o princípio da presunção de inocência e de que deve, nessa lógica, proceder a uma investigação que apure quem é o verdadeiro agente do crime e que traga ao processo todos os elementos objetivos e subjetivos capazes de dotarem o Tribunal de elementos suficientes da não ou da culpabilidade daquele agente pelo(s) crime(s) investigado(s).

O princípio da culpabilidade exige uma Polícia Criminal estruturada, sistematizada epistemológica, teleológica e axiologicamente que se reflete no quadro ético, académico e científico. Do mesmo modo, o princípio da culpabilidade exige um Ministério Público que assuma a sua função de direção e de orientação plena da investigação criminal de modo a dotar o arguido de uma tutela judiciária e da garantia do não atropelo dos direitos, das liberdades e garantias fundamentais do cidadão.

37. Não se deve confundir essa posição com o *princípio da pessoalidade da pena*, que imbrica no princípio da pessoalidade ou individualidade da culpa, mas essa construção tem como fundamento evitar que o princípio da pessoalidade da pena seja violado com a atuação policial.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

O princípio da culpabilidade é fundamento e, em simultâneo, fim da investigação criminal em curso e um limite à eficácia desmedida e exacerbada da prossecução única da descoberta da verdade a qualquer custo e limite ao refúgio da onda da "tolerância zero",[38] ou da intolerância ou da legalidade absoluta na persecução criminal. O princípio da culpabilidade é um barómetro da vivência democrática de um Estado de direito material e social democrático.

A ação de prevenção *stricto sensu* – entregue à Polícia – e a ação penal – da responsabilidade do Ministério Público – estão umbilicalmente presas ao *apuramento integral da culpa* e, para chegar a esse porto, devem desenvolver toda a investigação sob a égide do princípio da presunção de inocência. Essa postura investigatória teórica e prática obrigará os operadores judiciários a carrearem para o processo todos os elementos materiais e pessoais que possam demonstrar a não culpabilidade do agente do facto ou a sua culpabilidade. O princípio da culpabilidade emergente da política criminal humanista e garantista não se coaduna com presunções de culpa, mas com presunções de não culpabilidade, sob pena de poderem contribuir para a condenação de "um culpado" e não do "culpado". Nesse sentido, exige-se dos operadores judiciários, na ação de prevenção e de investigação criminal, uma conceção ampla do princípio da culpabilidade, que deve reger todo o desenvolvimento processual: devem seguir ou obedecer ao "princípio da culpabilidade, estritamente orientado para a culpabilidade do facto",[39] e não de outros factos ou outras circunstâncias.

Considerações finais

O princípio da culpabilidade, orientador da política criminal e da intervenção da ação preventiva *stricto sensu*, que tem como um dos atores principais a Polícia,[40] e da ação penal, atribuída constitucionalmente ao Ministério

38. Quanto a uma crítica às diminuições de garantias e de controlo total das pessoas, como exigência da sociedade controladora e insegura, com especial apontamento à crítica sobre o oximoro da "tolerância zero", sucinta, mas profícua e profunda, COSTA, José de Faria. *Direito Penal e Globalização:* reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Wolters Kluver Portugal/Coimbra Editora, 2010. p. 58-66 (p. 62-63).

39. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Hanz. *Derecho Penal. Parte General. Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible*: 1. Trad. da 7. ed. do alemão *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat* de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994. p. 111.

40. Cf. artigo 272.º, n.º 3, da CRP.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Público,[41] assim como da ação repressiva da competência do tribunal, que *administra a justiça em nome do povo*,[42] em especial o Juiz, deve ser a "barreira que a comunidade estatal auto estabelece na intervenção sobre um membro que atuou culposamente, devido ao facto de reconhecer a preeminência da sua dignidade por cima dos interesses da comunidade na efetividade da luta contra o crime".[43]

A intransponibilidade dessa barreira encontra força e vinculação jusconstitucional[44] e supraconstitucional no princípio da dignidade da pessoa humana espelhado no rosto do agente do crime. O princípio da culpabilidade, enquanto fundamento [pressuposto], fim e limite de toda a intervenção penal – em abstrato e em concreto –, assume-se como garante da efetividade da dignidade da pessoa humana e, em concomitância, como segurança contra os abusos de poder persecutório legislativo, hermenêutico, exegético e operativo da norma incriminadora. Nessa senda, poder-se-á afirmar que a culpabilidade é um princípio regente da política criminal do ser humano que desenha o *se* e o *como* da dogmática penal.

Referências

AMBOS, Kai. A liberdade no ser como dimensão da personalidade e fundamento da culpa penal: sobre a doutrina da culpa em Jorge de Figueiredo Dias. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Trad. Pedro Caeiro e Susana Aires de Sousa. *STVDIA IVRIDICA – 98. Ad Honorem – 5*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. I.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Trad. Jesús Alborés Rey. 2. ed. Madrid: Siglo XXI de España Editores, 2009.

41. Cf. artigo 219.º, n.º 1, da CRP.
42. Cf. Artigo 202.º, n.º 1, da CRP.
43. MAURACH, Reinhart; ZIPF, Hanz. Op. cit., p. 111.
44. Nesse sentido, Faria Costa escreve que "o princípio da justiça material impõe que os actos injustos e culposos sofram uma sanção, sejam punidos, independentemente de se curar, de momento, sobre o sentido da sanção ou pena que se lhes aplique. Mais ainda. Decorre, de entre outros, do princípio da dignidade da pessoa humana, a vinculação constitucional do chamado princípio da culpa. [...] a dignidade, [...], faz com que se assuma como responsabilidade. Uma dignidade só tem conteúdo verdadeiro se o seu reverso for trespassado pela noção de responsabilidade" (COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal. Fragmenta iuris poenalis. Introdução:* A Doutrina Geral da Infracção [A Ordenação Fundamental da Conduta (Facto) Punível: A Conduta Típica (O Tipo)]. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 224).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Trad. do italiano de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito Penal Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*. Porto: UCE, 2016.

COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal. Fragmenta iuris poenalis. Introdução:* A Doutrina Geral da Infracção [A Ordenação Fundamental da Conduta (Facto) Punível: A Conduta Típica (O Tipo)]. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal e Globalização:* reflexões não locais e pouco globais. Coimbra: Wolters Kluver Portugal/Coimbra Editora, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral:* as questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.

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

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon. Teoria del Garantismo Penal*. Trad. do italiano *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo penale* de Perfecto A. Ibáñez, Alfonso R. Miguel, Juan Carlos B. Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío C. Bandrés. 7. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. *Lições de Direito Penal. Parte Geral:* I – A Lei Penal e a teoria do Crime no Código Penal de 1982; II – Penas e Medidas de Segurança. Reimpressão da 4. ed. de 1992. Coimbra: Almedina, 2010.

FREUDENTHAL, Berthold. *Culpabilidad y Reproche en el Derecho Penal*. Trad. do alemão José Luís Guzmán Dalbora. Montevideo: Editorial B de *f*, 2006.

JAKOBS, Günther. El principio de la culpabilidad. Trad. alemão Manuel Cancio Meliá. *Derecho Penal y Criminología,* Bogotá, v. XV, n. 50, maio-ago. 1993.

JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Trad. do alemão *Lehrbuch des Strafrechts: All. Teil* Miguel Olmedo Cardenete. 5. ed. Granada: Comares Editorial, 2002.

LISZT, Franz von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. do alemão José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Hanz. *Derecho Penal. Parte General. Teoría General del derecho penal y estructura del hecho punible*: 1. Trad. da 7. ed. do alemão *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 1, Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat* de Jorge Bofill Genzsch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1994.

MERLE, Roger; VITU, André. *Traité de Droit Criminel* – Tome I. 7.ª Edição. Paris: Editions Cujas, 1997.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

PALMA, Fernanda. Consumo e tráfico de estupefacientes e Constituição: absorção do "Direito Penal de Justiça" pelo Direito Penal Secundário? *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, out.-dez., n. 96, p. 21-38, 2003.

PRADEL, Jean. *Traité de Droit Pénal et Science Criminelle Comparée*. 12. ed. Paris: Éditions Cujas, 1999.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal:* Parte General. Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito. Trad. do alemão *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*. 2. ed. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1999. t. I.

ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Trad. do alemão de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Veja, 1998.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*. Trad. Mariana Sacher et alii. Madrid: Editorial Tecnos, 2002.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Do Ministério Público e da Polícia:* prevenção criminal e acção penal como execução de uma política criminal do ser humano. Lisboa: UCE, 2013.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Portugués. Breve reflexión del marco legal y de la evolución doctrinal. In: Nieves Sanz Mulas (Coord.). *El Derecho Penal Y la Nueva Sociedad*. Granada: Editorial Comares, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*: I. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

Pesquisas do Editorial

Veja também doutrinas

- A concepção ontológica da liberdade individual e seu déficit de verificabilidade para a fundamentação da culpabilidade jurídico-penal, de Bruno Tadeu Buonicore – *RBCCrim* 163/61-104 (DTR\2019\42583);
- Culpabilidade como limite da pena: requisito do sistema político-criminal garantista, de Arlindo Severino Teixeira de Oliveira – *RT* 944/187-201 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2/2019 (DTR\2014\2122); e
- Culpabilidade e funcionalismo: uma análise a partir das concepções de Roxin e Jakobs, de Oliveiros Guanais – *RBCCrim* 169/81-116 (DTR\2020\7965).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Processo Penal

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado

Eficiency v. garantism in the Car Wash Operation: The Federal Regional Court of the 4th Region and the tactics of defendant's annihilation

Ana Flávia Azevedo Pereira

Especialista em Direito Penal e Processual Penal pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Advogada.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-8168-359X].
pereiraaflavia@gmail.com

Marília Silva Scriboni

Especialista em Direitos Fundamentais (2016) pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Jornalismo pela Faculdade Cásper Líbero. Associada ao Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogada.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1312-2539].
marilia@mariliascriboni.com

Recebido em: 07.02.2019
Aprovado em: 27.01.2020
Última versão das autoras: 01.09.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal; Administrativo

Resumo: A Operação Lava Jato é uma investigação conduzida por procuradores da República na primeira instância da Justiça Federal do Paraná para apurar corrupção, lavagem de dinheiro e cartel de licitações envolvendo empreiteiras, funcionários públicos, operadores financeiros e agentes políticos. Para casos como esse, previram-se meios especiais de obtenção de prova, como a colaboração premiada, controversa por

Abstract: Car Wash Operation is an investigation conducted by the General Prosecutor's Office in the first instance of the Federal Court of Paraná to investigate corruption, money laundering and bid-rigging. In such cases, special means of obtaining evidence were foreseen, such as plea bargain. It is controversial because the defendant waives his right to remain silent and the presumption of innocence. The current research

Pereira, Ana Flávia Azevedo; Scriboni, Marília Silva. Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 173. ano 28. p. 125-167. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

implicar renúncia, por parte do acusado, a direitos, como silêncio e presunção de inocência. O debate atual envolve sua legitimidade, legalidade e constitucionalidade. Para entender a dinâmica estabelecida no processo penal a partir da adoção de uma visão negociada de justiça, adotou-se a Teoria dos Jogos como modelo teórico, por meio da matriz de tomada de decisão e do mapa mental do tribunal. Esse mapa converge com o conceito de modelo epistemológico garantista e engloba a noção do indivíduo frente a Constituição, a teoria do delito, o sentido atribuído às provas, as regras aplicáveis e as nulidades. Para identificar o mapa mental e o modelo epistemológico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, será utilizado um método de análise empírico-retórico que possibilitará categorizar argumentos contidos nas ementas dos Habeas Corpus. Assim, será possível discutir os limites da disponibilidade de direitos e garantias fundamentais.

Palavras-chave: Operação Lava Jato – Colaboração Premiada – Prisão Preventiva – Eficiência – Garantismo.

discuss its legitimacy, legality and constitutionality. To understand its effect on the procedure's dynamics, after the adoption in Brazil of a negotiated criminal justice, the Game Theory was adopted. It is a theoretical model that provides important concepts, such as the matrix of decision-making and the mental map of a Tribunal. The concept of mental map converges with the concept of a garantist epistemological model and deals with the individual in face of the Constitution, the theory of crime, the role attributed to the evidences, the applicable rules and the nullities. To identify the mental map and the epistemological model used by the Federal Regional Court of the 4th Region, a method of empirical-rhetorical analysis will be used to categorize arguments contained in Habeas Corpus rulings. It will allow to discuss the availability of fundamental rights.

Keywords: Car Wash Operation – Plea bargain – Pre-trial prison – Eficiency – Garantism.

Sumário: 1. Introdução. 2. Eficiência *versus* garantismo. 2.1. O instituto da colaboração premiada e o modelo epistemológico garantista. 2.2. O instituto da colaboração premiada e a Teoria dos Jogos. 3. Metodologia. 4. Análise das ementas dos acórdãos de *habeas corpus*. 4.1. Análise quantitativa. 4.2. Análise qualitativa. 5. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. Introdução

"A prisão [preventiva e temporária] é processual ou é mecanismo para aplicação do dilema do prisioneiro na colaboração premiada?".[1] É partindo desse questionamento, formulado por Alexandre Morais da Rosa, que o presente artigo[2] se desenvolve como fruto de pesquisa empírica que analisou uma série de julgados atinentes ao tema advindos de desembargadores do Tribunal Regional Federal da

1. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 167.
2. Não há conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho apresentado por Ana Flávia Azevedo Pereira e Marília Silva Scriboni.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

4ª Região (TRF4 ou tribunal), com jurisdição nos estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná.

Com vistas a responder essa questão, o artigo aqui apresentado volta um pouco no tempo. Em 17 de março de 2014, foi deflagrada a primeira fase ostensiva da Operação Lava Jato, cujas investigações – voltadas à identificação de organizações criminosas envolvidas com corrupção, lavagem de dinheiro e cartel de licitações em empresas públicas brasileiras – começaram cerca de cinco anos antes, em 2009. Empreiteiras, funcionários públicos, operadores financeiros e agentes políticos foram alguns dos participantes dos esquemas de desvio, cuja competência ficou com a 13ª Vara Federal de Curitiba (Paraná).

Uma das principais marcas de uma organização criminosa é impedir a descoberta dos crimes praticados e dos seus membros, como evitar que provas dos crimes sejam encontradas. Para tanto, é tecida uma teia organizada e hierarquizada capaz de permitir o aproveitamento das fraquezas estruturais do sistema penal, inerciando e fragilizando os Poderes do Estado por meio de um intricado esquema de conexões com grupos criminosos e uma rede subterrânea de ligações com quadros oficiais da vida social, econômica e política.

É justamente por conta dessa característica das organizações criminosas que foram desenvolvidos meios especiais de obtenção de prova, sendo a colaboração premiada um deles. O mecanismo funciona da seguinte forma: o interrogado, ao admitir a prática do fato criminoso pelo qual está sendo acusado, atribui a um terceiro a prática do crime. Com isso, estimula-se a colaboração mediante a isenção ou a redução de pena de quem auxilia a desvendar grupos organizados.

Nesse contexto, o grande desafio contemporâneo que se delineia é atingir o equilíbrio entre a repressão ao crime organizado, as garantias fundamentais e um processo penal democrático: assegurar a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal, sem se esquecer da necessidade de maior eficiência do sistema persecutório em prol da segurança social.

Assim, é necessário um sistema que faça atuar as normas e atribua ao acusado todos os mecanismos essenciais para a defesa de sua liberdade, conciliando os interesses de segurança social com os de garantia do devido processo legal.

Cada vez mais colaborações premiadas vêm sendo negociadas e homologadas. Igualmente, depoimentos se mostram centrais para a compreensão do *iter criminis* e do *modus operandi* dos crimes e ao deslinde das ações penais. Como consequência, o debate acerca da legitimidade, da legalidade e até mesmo da constitucionalidade da colaboração premiada e, principalmente, os limites de sua aplicação, mostra-se extremamente atual e necessário.

Pereira, Ana Flávia Azevedo; Scriboni, Marília Silva. Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 173. ano 28. p. 125-167. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Nesse ponto, é necessário frisar que de forma alguma o presente artigo pretende construir uma tese jurídica que defenda a abolição de tal instituto, uma vez que seu emprego já é difundido e consolidado tanto nacional quanto internacionalmente. Além disso, a colaboração premiada tem se mostrado útil para as investigações, interessante para acusados, importante para o Estado recuperar ativos e possui valor simbólico para a população brasileira em termos de combate à impunidade, principalmente dos crimes econômicos.

No entanto, apesar de suas vantagens, também é sabido que as bases legais sobre as quais o instituto está assentado e as construções jurisprudenciais em torno dos pré-requisitos, pressupostos e, principalmente, dos limites para a sua aplicação, são frágeis, lacunosos e questionáveis, além de constituírem ameaça às garantias constitucionais e ao devido processo legal — cernes do Estado Democrático de Direito.

O *American way of law* acaba por preencher essas lacunas, invadindo o direito processual penal brasileiro e inserindo novos paradigmas, criando novos conceitos e institutos e ressignificando certos pilares da processualística penal brasileira, vale dizer, a verdade, a liberdade, a inocência, a pena e o processo em si. Isso porque abre-se espaço para negociações sobre a culpabilidade, a pena e a verdade processual.

Mesmo que a legalidade presida a atuação estatal, a abertura de espaços de consenso modifica o regime de produção de verdades jurídicas, vinculando-se às funções, aos lugares e aos poderes das partes e julgadores. Ou seja, independentemente do modelo epistemológico de verdade adotado, o compromisso anterior com a verdade perde espaço para a construção de uma verdade elaborada endoprocessualmente a partir do consenso e das informações trazidas aos autos pelas partes.

Em geral, juízes brasileiros lançam-se em uma busca interminável pela "verdade real", que ainda acreditam ser possível alcançar, no lugar de partir da presunção de inocência e de uma análise das provas processuais sem inclinações prévias sobre as versões dos fatos; ou, ainda, assistem à disputa dialética acerca da verdade processual entre defesa e acusação.[3]

Por outro lado, o *American way of law* parte de uma postura pragmática e utilitarista que busca reduzir custos, simplificar procedimentos e melhorar a

3. O conceito "verdade real" foi utilizado no artigo de forma crítica, visando a demonstrar que ainda é utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro em contraposição ao *American way of law*. O conceito foi usado sem a intenção de assumi-lo como categoria capaz de atribuir sentido ao que é a produção de prova no processo penal moderno.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

eficiência e celeridade do sistema judicial. A verdade não é descoberta ou disputada, mas construída pelo consenso: é uma verdade dessubstancializada. Como resultado, estabelece-se um "mercado judicial" pelo qual o colaborador, assistido por um advogado, negocia com o Ministério Público informações capazes de autoincriminar o agente e de carrear elementos probatórios contra terceiros.

A troca de informações qualificadas e de benefícios processuais ou penais entre acusado e Estado se dá com base numa sistemática que busca obter recompensas e otimizar resultados. Dito de outra forma, baseia-se em estratégias que dependem do monitoramento e da avaliação dos riscos processuais e do contexto.

No âmbito de processos penais que funcionam sob essa lógica, na visão da Teoria dos Jogos, a prisão cautelar pode funcionar como forma de emboscada para a colaboração premiada. Diante da antecipação da condenação, afiançada pelo magistrado com prisões cautelares, rompido ou antevisto o rompimento da inocência, por que não negociar?

Além disso, fatores externos, legais (como uma decisão do tribunal) ou não (a exemplo da pressão midiática), são considerados na tomada de decisão acerca da melhor estratégia. Os jogadores externos são definidos a partir da apuração do contexto e do caso concreto e, no caso da Operação Lava Jato, o TRF4 é, ao lado da mídia, um dos jogadores externos mais importantes.

Mediante o exposto, o objetivo geral do presente trabalho é apurar a existência, ou não, de elementos autoritários na atividade jurisdicional do TRF4 a partir da análise das ementas de *Habeas Corpus* impetrados contra as decisões proferidas no âmbito da Operação Lava Jato.

Espera-se, assim, entender a possível correlação entre a prisão preventiva e a colaboração premiada, uma vez que o senso comum reproduz o entendimento de que após a prisão cautelar, o réu ou investigado irá delatar em breve. A essa dinâmica processual soma-se o *Habeas Corpus*, uma vez que o Tribunal é a primeira autoridade jurisdicional a avaliar a legalidade da prisão cautelar.

Para viabilizar a análise da hipótese de correlação entre prisão preventiva, colaboração premiada e *Habeas Corpus*, serão adotados a Teoria dos Jogos e o Dilema do Prisioneiro trazidos por Rosa. Para apurar o grau de garantismo ou autoritarismo do Tribunal, será utilizada a construção de modelos epistemológicos de Luigi Ferrajoli. Ambos serão tratados a seguir.

Em seguida, será apresentada a metodologia de análise da argumentação jurídica do TRF4 para identificar a dinâmica estabelecida entre prisão preventiva e *Habeas Corpus* e responder à pergunta que originou o levantamento aqui exposto.

USO EXCLUSIVO DO PDCRIM

Por fim, pretende-se tecer comentários que contribuam para a delimitação de limites à disponibilidade de direitos e garantias fundamentais no âmbito da celebração de acordos de colaboração premiada.

2. Eficiência *versus* garantismo

Para Ferrajoli, há uma confusão entre o modelo teórico acusatório e as características concretas do sistema acusatório americano. A separação entre as funções de juiz e acusação, a igualdade entre acusação e defesa, assim como a oralidade e a publicidade, são intrínsecas ao modelo acusatório, enquanto a Justiça negociada é uma especificidade do sistema acusatório de tradição *Common Law*.[4]

Para entender o êxito da colaboração premiada nos Estados Unidos, é preciso entender, antes, o pano de fundo filosófico-pragmático do seu sistema penal, pautado, sobretudo, pelo utilitarismo processual e pela busca da máxima eficiência. Sob o viés utilitarista, a Justiça negociada é um "meio de aceleração, redução de custos, com simplificação procedimental e melhoria da eficiência do sistema".[5]

Ocorre que, nos Estados Unidos, a lei autoriza ao titular da ação penal e ao acusado negociarem o enquadramento legal, as penas e o regime de cumprimento, enquanto, no Brasil, essa é uma tendência assentada em bases frágeis, por serem normas vagas e muitas vezes contrárias à Constituição Federal, o que dificulta estabelecer os limites do que pode ser negociado, confundindo o que é legalidade com o que é oportunidade.

Nesse ponto, Aury Lopes Jr. lembra que a Lei 12.850/13 e a sua aplicação prática quanto ao instituto da colaboração premiada representam a quebra do princípio da legalidade, na medida em que trazem consequências negativas para as regras e para os princípios constitucionais, tais como: (i) mitiga o contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988); (ii) elimina a paridade de armas entre acusado e *Parquet;* (iii) extingue o ônus probatório da acusação; (iv) impede o direito a permanecer calado (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) e (v) viola os seguintes princípios: da necessidade – *nulla poena sine iudicio* (art. 5º,

4. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 600.

5. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 285.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

incisos XXXVII e LIII, da CF/88), da presunção de inocência (art. 5º, incisos LXI, LXV, LXVI e LXVIII, da CF/88) e da legalidade e anterioridade penal (art. 5º, inciso XXXIX).[6]

A quebra da legalidade prejudica até mesmo os jogos processuais, uma vez que as normas são condições de possibilidade para os jogos. É a partir das normas, que são prévias, que se estabelecem os sujeitos que atuarão no jogo, os lugares da partida e as funções dos jogadores. O réu, que está sujeito a ter sua liberdade tolhida a qualquer momento, precisa ter bem claro tanto as regras do jogo quanto os mapas mentais dos jogadores e, especialmente, do julgador, para, assim, delimitar a dinâmica do jogo e definir sua estratégia.

Para Rosa, na linha do garantismo, os direitos fundamentais possuem, como características teóricas, a inalienabilidade, a inegociabilidade e a indisponibilidade, e não poderiam ser renunciados via acordos de colaboração premiada no "mercado penal".

Por outro lado, Rosa considera louvável a lógica da eficiência processual e da eficácia operativa do *standard* de garantias e privilégios (que podem ser negociados). Assim, ressalta a importância de se apontar os limites à aplicação do modelo importado.

Nesse sentido, se o ordenamento jurídico brasileiro pretende adotar os moldes americanos de justiça negociada, é preciso que a sua introdução se dê em bases garantistas. Isso implica dizer que as condições de decidibilidade serão pautadas pelo controle objetivo e racional do procedimento e as decisões serão embasadas na verdade processual. Ocorre que isso depende da estrutura legal do ordenamento penal e processual penal do país.[7]

Contudo, as técnicas legislativa e jurisdicional brasileiras deixam bastante a desejar, pois normativamente permitem um elevado grau de decisionismo e, efetivamente, não satisfazem as condições garantistas de decidir a partir da verificação empírica dos pressupostos típicos acusatórios (condenação em caso de aproximação de uma verdade objetiva e absolvição em caso de dúvida).

6. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016.

7. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 70.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

2.1. O instituto da colaboração premiada e o modelo epistemológico garantista

Entre as diversas alterações legislativas trazidas pela Lei 13.964/2019, a chamada Lei Anticrime [*sic*], a colaboração premiada foi um dos institutos que mais sofreu mudanças. Antes prevista na já mencionada Lei de Organização Criminosa, o novo diploma acrescentou à figura em comento uma série de dispositivos, muitos deles já abarcados e consolidados pela jurisprudência e estudados pela doutrina, entre os quais se destacam os que seguem: (i) reconhecimento da colaboração premiada como negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, devendo ser observados a utilidade e o interesse públicos; (ii) a autoridade que rejeitar a proposta de celebração do acordo de colaboração deve fundamentar sua decisão; (iii) quando o acordo não for celebrado por iniciativa da autoridade pública, fica expressamente vedada a utilização das informações fornecidas pelo proponente; (iv) passa a ser nula a cláusula que preveja renúncia ao direito de recurso no que diz respeito à impugnação da decisão de homologação; (v) o magistrado não pode mais interferir diretamente nas cláusulas do acordo; (vi) na ocorrência de cláusula contendo ilicitude, as partes terão a oportunidade de saná-la; (vii) a imunidade processual agora tem aplicação restrita, sendo devida somente quando há fato desconhecido previamente pelo Ministério Público, não sendo cabível a revisão de acordos já celebrados; (viii) necessidade de adequação dos benefícios pactuados, além do exame de regularidade, legalidade e voluntariedade, já previstos na legislação anterior; (ix) se a sanção premial ocasionar privação de liberdade, as cláusulas que violarem os critérios legais de cumprimento de pena serão nulas; (x) O recebimento de denúncia ou queixa-crime tendo como base única e exclusivamente as alegações do colaborador não é mais possível; (xi) possibilidade de o delatado apresentar memoriais escritos após a apresentação dos memorais pelo colaborador.

Por fim, o acordo poderá ser rescindido em duas hipóteses: (i) caso ocorra omissão dolosa por parte do colaborador acerca dos fatos objetos da colaboração e (ii) caso o colaborador não cesse seu envolvimento com a conduta ilícita relacionada ao objeto da colaboração.

Há diversos questionamentos sobre o uso do instituto da colaboração premiada. Na visão de Camargo Aranha, a colaboração premiada constitui prova anômala, irregular, produzida no curso do interrogatório.[8] O interrogatório, na visão de Nucci, é momento privativo entre juiz e acusado, de natureza eminentemente

8. ARANHA, Adalberto José. Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 100.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

defensiva. Quando o interrogado, além de confessar a autoria do crime, atribui a outrem a prática do crime, o atingido nada pode perguntar, uma vez que o interrogatório se dá sem influência ou interferência das partes. Por essa razão, entende que a colaboração impede o contraditório.[9]

Ferrajoli, por sua vez, entende que o oferecimento de redução de pena, junto com o interesse subjetivo do réu em fazer declarações acusatórias ou pactuar sobre o conteúdo de suas imputações, é uma forma de subordinação legalmente autorizada que reforça a tendência de acolher verdades subjetivas e incontroladas, ao invés de limitar o arbítrio dos juízes e favorecer uma aproximação máxima de uma verdade objetiva.[10]

A epistemologia penal garantista busca definir as condições que permitam restringir as margens de discricionariedade potestativa do magistrado para que ele baseie o seu juízo na verdade processual, em vez de em valores de outras modalidades, limitando ao máximo seu arbítrio e sua tendência a acolher verdades subjetivas e incontroladas.

A colaboração premiada, entretanto, aumenta os condicionamentos subjetivos por dois motivos. Primeiramente, o colaborador tende a assumir como estratégia dizer o que imagina que o promotor e o magistrado gostariam de ouvir, como tentativa de aumentar as chances de ter o benefício concedido. Em segundo lugar, para o magistrado avaliar a eficácia da colaboração para fins de concessão do benefício, nos termos da Lei 12.850/13, fará, ainda que inconscientemente, uma predeterminação empírica de hipóteses de indagação a respeito dos fatos, para os quais o colaborador deverá apresentar provas corroborativas e às quais o magistrado tende a se apegar.

Assim, as provas não são produzidas *antes* e *independentemente* dessa investigação, mas *para* a investigação dos fatos que alude, o que aumenta os condicionamentos subjetivos, seja pela maior "implicação emocional" dos sujeitos, seja pelo maior interesse no êxito da investigação iniciada ou reforçada a partir das alegações do colaborador.[11]

9. NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 214.

10. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 63.

11. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 65.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Nas palavras de Lopes Jr.: "O juiz, ao ter iniciativa probatória está ciente (prognóstico mais ou menos seguro) de que consequências essa prova trará para a definição do fato discutido".[12]

Ou seja, como bem disse Lopes Jr., "se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição de hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada)".[13] No caso da colaboração premiada, quando o juiz que irá sentenciar avalia se as provas apresentadas pelo colaborador são suficientes para declarar a eficácia de sua colaboração e assim homologá-la, acaba por ter iniciativa probatória.

Lopes Jr. entende que a única vantagem da justiça negociada é a considerável economia de tempo e dinheiro e declara, em seguida, que é um modelo antigarantista.[14] A sua crítica se concentra no amorfismo da colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13, uma vez que não possui limites claros e precisos acerca da negociação, e questiona: "Será que não estamos indo no sentido da negociação, mas abrindo mão de regras legais claras, para cair no erro do decisionismo e na ampliação dos espaços indevidos da discricionariedade judicial?".[15]

Para o escopo da presente pesquisa, é interessante notar a vagueza também dos dispositivos que tratam da prisão cautelar, que preveem o seu cabimento em hipóteses elásticas e indeterminadas: necessidade de garantir a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal e a aplicação da lei penal.

Conceitos vagos são exemplos típicos de um modelo decisionista de Direito Penal que aspira à verdade substancial ou material, "uma verdade absoluta e onicompreensiva, carente de limites e confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais".[16] Esse modelo adota, ainda, uma concepção ontológica ou substancialista do desvio penalmente relevante e torna o indivíduo e a moralidade do desvio criminal objetos de tratamento penal também.

12. LOPES JR. Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 171.
13. Ibidem, 2016, p. 170.
14. Ibidem, 2016, p. 176.
15. Ibidem, 2016, p. 178.
16. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 48.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Assim, o que fundamenta a relevância penal das condutas, das provas ou dos meios de prova não é uma verdade processual – empírica e intersubjetivamente controlável a partir da autoridade da lei; mas um convencimento intimamente subjetivo, confiado à sabedoria do julgador, resultado de valorações, diagnósticos ou suspeitas subjetivas.

No jogo processual, a vagueza de hipóteses legais para prisão preventiva, combinada com um instituto da colaboração premiada "amorfo" e que desconsidera bases legais e constitucionais, torna-se um cenário perigoso para as garantias e os direitos fundamentais, favorecendo ao decisionismo.

2.2. O instituto da colaboração premiada e a Teoria dos Jogos

A concepção do modelo de tomada de decisão sob a lógica da subsunção (premissa maior, deduzida da lei, aplicada à premissa menor, decorrente dos fatos apurados, leva a uma conclusão lógica), é ultrapassado e incapaz de responder por que os mesmos fatos e as mesmas normas levam a decisões tão diferentes.

Rosa apresenta a Teoria dos Jogos como um caminho para se entender a "matriz de tomada de decisão". O conceito de matriz de decisão de um julgador diz respeito a todos os elementos racionais levados em consideração no momento de decidir e leva em conta um conceito mais ampliado de racionalidade, "no qual a aparente irracionalidade (emoções, raiva, rancor, amor, ciúmes etc.) possa ser compreendida e componha a matriz de decisão".[17]

A Teoria dos Jogos aplicada ao Direito Penal é uma adaptação de conceitos da matemática ao campo do Direito, apresentando um "novo instrumental para leitura do contexto da interação processual".[18]

A Teoria dos Jogos, enquanto instrumento de análise da dinâmica do Processo Penal, visa à formulação de expectativas de comportamento estratégico. Cada jogador adota uma estratégia para alcançar o objetivo do jogo, que é a decisão favorável para si e, para isso, vale-se de várias táticas, direcionadas à otimização da estratégia.

A Teoria dos Jogos não elimina os aspectos cognitivos, emocionais, racionais e contextuais, questões complexas envolvidas nas interações humanas, que

17. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 468.

18. Ibidem, 2016, p. 41.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

consciente ou inconscientemente são considerados no momento da decisão.[19] É a partir da interação entre os jogadores que se chega a uma decisão.

A formação da decisão depende de complexo mecanismo de atribuição de sentido, que está sujeito a heurísticas e vieses, é influenciado por pressões e constrangimentos extraprocessuais e é influenciado pelos interesses dos jogadores/julgadores. A resposta está, para Rosa, no mapa mental do julgador.

Para ele, compreender os mapas mentais dos jogadores é condição de possibilidade para o entendimento dos jogos processuais.[20] A "inferência/dedução/compreensão de sentido" fica, então, condicionada ao mapa mental, a despeito de os significantes probatórios e normativos serem compartilhados por todos.[21]

O mapa mental é o perfil teórico do julgador.[22] Engloba a noção do sujeito acerca da Constituição, da teoria do delito, do sentido atribuído às provas, das regras aplicáveis e das nulidades, ponto especialmente relevante, considerando que é a partir do seu mapa mental que o julgador avaliará a regularidade, legalidade e voluntariedade da colaboração premiada e a legalidade das prisões cautelares.

Há, então, uma convergência entre o modelo epistemológico de Ferrajoli e o conceito de mapa mental de Rosa e ambos levam ao mesmo resultado: se o julgador adota um perfil teórico-epistemológico garantista, não se deixando seduzir pelo mito da verdade real e buscando uma motivação das decisões suficientemente democrática, garantirá as regras operacionais do jogo processual imparcialmente, sem se comprometer com o resultado.[23]

Por outro lado, a depender do seu mapa mental, o julgador poderá adotar uma estratégia que, em alguns casos, chega ao extremo de a "necessidade de vitória" excluir a legalidade e o domínio das normas processuais em prol de um "bem (dito) maior".[24] Na Operação Mãos Limpas,[25] conduzida na Itália, por exemplo,

19. Ibidem, 2016, p. 469.
20. ROSA, Alexandre Morais da. Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 77.
21. Ibidem, 2016, p. 470.
22. Ibidem, 2016, p. 47.
23. Ibidem, 2016, p. 176.
24. Ibidem, 2016, p. 51.
25. No curso da Operação Mãos Limpas, comprovou-se que empresários pagavam propinas para vencer licitações de construção de ferrovias, autoestradas, prédios públicos e outras obras civis. Seus números impressionam: foram expedidos 2993 mandados

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

a estratégia adotada pelos magistrados foi a de incentivar os investigados a colaborar com a Justiça usando a prisão preventiva como mecanismo facilitador.[26]

De fato, medidas cautelares como a prisão temporária e preventiva e o bloqueio de bens servem como mecanismo de pressão cooperativa e/ou tática de aniquilamento.[27] Para melhor compreender essa estratégia, vale uma breve digressão para adentrar no Dilema do Prisioneiro, modelo teórico desenvolvido em 1950 e aplicado especialmente no regime de delações premiadas.[28]

A Teoria dos Jogos classifica como "estratégia dominante" aquela que mais se aproxima da recompensa pretendida pelo jogador, o que, no caso do réu, é a decisão favorável à decretação de sua inocência e manutenção de sua liberdade. O Dilema do Prisioneiro é o exemplo teórico de uma hipótese em que a estratégia dominante, de buscar a liberdade e comprovação da inocência do réu, pode ser a mais ineficiente.

É possível apontar algumas situações em que essa hipótese é possível, apesar de variar bastante caso a caso: a lei confere benefícios maiores ao réu que primeiro confessa e delata os demais agentes, quebrando a presunção de inocência e o silêncio; a jurisprudência dos tribunais é no sentido de condenar mais duramente àquele que se recusou a colaborar; por algum motivo anteviu-se o rompimento da inocência; ou é aplicada medida cautelar de prisão e os movimentos da defesa passam a se concentrar na soltura; entre outros.

Com relação à última situação, trata-se de estratégia de aniquilamento na medida em que um jogador coloca o outro em condição de inferioridade tal que compele este a agir conforme a estratégia própria daquele. Isso se dá ao retirar a estabilidade patrimonial do adversário, remover a paridade de armas, dificultar a comunicação e o acesso à informação e gerar sobre ele pressão midiática e psicológica.

Além disso, conforme se analise as jogadas e o mapa mental do julgador, caso se identifique que as medidas cautelares servem para o fim de execução penal antecipada e não para o fim instrumental de garantia do resultado útil do processo,

---

de prisão; foram investigadas 6059 pessoas, entre elas, 872 empresários, 1978 administradores locais e 438 parlamentares – sendo que quatro deles haviam sido primeiros-ministros.

26. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 299.

27. Ibidem, 2016, p. 299.

28. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 48.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

a prisão preventiva pode representar o rompimento da presunção de inocência, perdendo sentido a estratégia de defender-se dos ataques à inocência.

Dada a dinamicidade do jogo processual penal, qualquer uma dessas hipóteses traz novas informações e representam mudanças nas circunstâncias, que podem levar ao reconhecimento de que certa recompensa anteriormente vislumbrada se tornou inviável, demandando alteração da estratégia e tornando a colaboração premiada a melhor recompensa.

Conforme apontado, a jurisprudência do tribunal é relevante elemento do contexto a ser analisado para fins de definição das táticas e estratégias do réu. Trata-se, para a Teoria dos Jogos, de um jogo oculto em que o tribunal participa como jogador externo.

Os jogadores externos ou indiretos formam grupo de pressão para além dos autos e mantêm interação intensa com os jogos processuais, modificando as recompensas e impelindo os jogadores/julgadores a tomar decisões que lhe interessam.[29] Até mesmo os jogadores externos possuem interesses e atuam pautados por recompensas. Embora os jogadores externos não atuem diretamente nas negociações, a criação de contexto favorável é uma das táticas de fomento de acordos de colaboração premiada.[30]

Levando em conta que (i) a prisão preventiva é reconhecidamente uma tática de aniquilamento e que (ii) o tribunal, enquanto jogador externo, pode se articular para criar um contexto favorável à celebração de acordos de colaboração premiada, a seguir será apresentada a metodologia que será utilizada para identificar o mapa mental do tribunal e o modelo epistemológico por ele adotado. Essa identificação será feita a partir da análise dos seus julgamentos acerca da (i) legalidade das prisões preventivas suscitadas em *Habeas Corpus*.

3. Metodologia

Para atender ao objetivo do presente trabalho, de apurar a existência ou não de elementos autoritários na atividade jurisdicional do TRF4, serão analisadas 163 ementas de acórdãos dos *Habeas Corpus* impetrados nesse Tribunal, proferidas durante um intervalo de mais de dois anos: da deflagração da fase ostensiva da Operação Lava Jato até 7 de junho de 2020, data da coleta das ementas aqui elencadas.

29. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 180.

30. Ibidem, 2016. p. 294.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Primeiramente, é importante apontar a origem das ementas dos acórdãos do TRF4 que compõem a base de dados: elas foram extraídas da ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponibilizada no sítio eletrônico do próprio tribunal e foram utilizados diversos filtros para se chegar ao universo final de ementas,[31] que serão detalhados logo adiante.

O primeiro filtro utilizado foi o argumento de busca "13ª Vara Federal", referente à autoridade coatora, tendo em vista que a Operação Lava Jato foi deflagrada e está sendo conduzida em primeira instância nessa vara. Outros argumentos de busca como "13ª Vara Federal de Curitiba" ou "13ª Vara Federal Criminal" retornaram resultados pouco expressivos e, portanto, não foram utilizados. Esse argumento de busca foi considerado confiável tendo em vista que a autoridade coatora necessariamente será mencionada, ao menos uma vez, no endereçamento do acórdão.

Em busca preliminar utilizando apenas o argumento "13ª Vara Federal" obteve-se vários falsos positivos que diziam respeito a outros crimes, como tráfico de drogas e roubo de cargas, e outras operações policiais.[32] Por outro lado, essa busca preliminar retornou resultados que citavam a Operação Lava Jato como um todo, as Operações Integração e Operação Integração II (respectivamente 48ª e 55ª fases da Operação Lava Jato) e Operação Piloto (53ª fase da Operação Lava Jato). Por isso, para tornar os resultados mais precisos, ao lado do argumento de busca "13ª Vara Federal", foi utilizado o argumento "(jato ou integração ou piloto)".

O segundo filtro utilizado foi a seleção apenas de acórdãos, descartando as opções "súmulas", "decisões monocráticas" e "precedentes relevantes", uma vez que estavam fora da proposta da pesquisa. O terceiro filtro foi temporal, tendo como marco inicial a deflagração da Operação Lava Jato em 17 de março de 2014 e como data de término o dia da pesquisa na base de dados, qual seja, 7 de junho de 2020. Vale notar que se optou por abarcar todas as decisões proferidas, independentemente da data de publicação. O quarto filtro foi a escolha da classe processual "HC".

31. Sítio eletrônico da ferramenta de pesquisa de jurisprudência. BRASIL. Portal da Justiça Federal da 4ª Região. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/pesquisa.php?tipo=1]. Acesso em: 07.09.2016.

32. Em uma primeira busca usando apenas o argumento "13ª Vara Federal" o resultado apresentou *habeas corpus* relacionados à Operação Hammer On, Operação Bemol, Operação Cargueiro, Operação Curaçao, Operação Fênix, Operação Denarius e Operação Cavalo de Fogo, que não possuem relação com a Operação Lava Jato.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Foram obtidos 218 resultados positivos, dos quais 12 foram retirados da análise, pois quatro estavam erroneamente duplicados, três apenas solveram questão de ordem para determinar o sobrestamento do feito e cinco, ainda assim, diziam respeito a crimes afetos ao tráfico de drogas. Diante disso, adiante serão tecidas considerações a respeito dos 206 acórdãos que foram analisados.

A importância dos *Habeas Corpus* e do Tribunal para análise pretendida no presente trabalho se resume a três motivos. Em primeiro lugar, se o processo penal é o termômetro dos elementos autoritários ou democráticos de uma Constituição, o *Habeas Corpus* serve de termômetro de aferição dos elementos autoritários da atividade jurisdicional.[33] Em segundo lugar, as decisões e o comportamento do tribunal possuem um alto potencial de influenciar na escolha dos réus sobre delatar ou não, uma vez que essa escolha deve levar em consideração suas consequências, entre as quais, a manutenção ou não da prisão preventiva. E, finalmente, em terceiro lugar, as decisões em sede de *Habeas Corpus* propiciam situações-limite favoráveis à discussão sobre os limites da legalidade das prisões preventivas decretadas em primeira instância, os limites à aplicação da colaboração premiada e os limites à disponibilidade de direitos e garantias fundamentais do acusado.

A hipótese é que o Tribunal, no papel de jogador externo, é capaz de atuar coordenadamente para favorecer a colaboração premiada, na medida em que decide se a prisão preventiva será mantida ou decretada ilegal por meio do julgamento de *Habeas Corpus*.

As bases teóricas para construção da hipótese de correlação entre prisão preventiva, colaboração premiada e *Habeas Corpus* estão na Teoria dos Jogos desenvolvida por Rosa. Essa teoria serve de instrumento para análise da dinâmica do processo penal; dos sentidos construídos nos jogos processuais; da matriz de decisão do Tribunal e das expectativas de comportamento estratégico dos jogadores do jogo processual, conceitos já trabalhados no capítulo anterior.

Para apurar o grau de garantismo ou autoritarismo do Tribunal, será utilizada a construção de modelos epistemológicos de Ferrajoli e o conceito de mapa mental de Rosa. Dada a convergência entre ambos, já apontada anteriormente, essas teorias auxiliarão na aferição de elementos autoritários na atividade jurisdicional do TRF4. Para auxiliar no trabalho de identificar os sentidos construídos nos jogos processuais e apurar os fundamentos da matriz de decisão para, enfim,

33. LOPES JR., Aury. A moda agora é dar Habeas Corpus "de ofício, mas só quando eu quiser". *ConJur*, 22.08.2014. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-ago-22/moda-dar-habeas-corpus-oficio-quando-eu-quiser]. Acesso em: 01.02.2017.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

identificar o modelo epistemológico/mapa mental do Tribunal, serão analisadas as ementas dos *Habeas Corpus* do Tribunal.

Essa análise se dará em dois níveis: quantitativo e qualitativo. A análise no nível quantitativo apurará a taxa de êxito dos *Habeas Corpus*; identificará a existência ou não de acórdãos padronizados e os categorizará. Assim, poderão ser respondidas algumas questões: qual postura tem assumido o Tribunal? Pode-se dizer que sua atuação é coordenada? Suas decisões visam a impelir os jogadores em alguma direção? Qual direção?

A partir da aferição da expressividade dos dados obtidos será possível dizer se há, nas decisões do Tribunal, potencial real de impelir os jogadores/julgadores a tomar decisões no sentido da celebração de acordo de colaboração premiada. Servirá, também, de indício do sentido que o Tribunal atribui à prisão preventiva e à sua manutenção e aos *Habeas Corpus*.

A análise no nível qualitativo, por sua vez, se dará a partir do método de Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD) aplicada aos argumentos trazidos nas ementas dos acórdãos do TRF4.[34] Essa análise proverá elementos para apurar os fundamentos da matriz de decisão, o mapa mental do Tribunal e identificar qual o modelo epistemológico utilizado. Nas palavras de Isaac Reis, criador do método, a retórica concebe a realidade como controle público da linguagem. A linguagem, para Rosa, é justamente onde ocorre a luta por convencer os jogadores e o julgador.

Nesse ponto, vale ressaltar que tanto a linguagem quanto os paradigmas de pesquisa e ciência encontram-se em disputa e o pressuposto é de que qualquer análise não tem o poder de chegar ao "verdadeiro" acerca da essência da realidade, de modo que não apenas a realidade se encontra em disputa.[35]

No desenvolvimento desse método de análise, Reis se baseou no modelo de análise de Joan Leach e Katharina Sobota, que terão alguns aspectos retomados a seguir de modo a agregar os primeiros elementos básicos da análise retórica que se pretende.

34. REIS, Isaac Costa. *Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

35. REIS, Isaac Costa. *Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 56.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A retórica, enquanto análise de atos de persuasão, consiste na busca por contextualizar a mensagem objeto de análise, mais do que simplesmente recuperar as intenções do autor. Para tanto, Reis cita Leach para dizer que nessa busca é preciso "perguntar-se a respeito de dois elementos: o *kairos* (tempo e oportunidade do discurso) e a *phronesis* (conveniência e adequação do discurso a esse tempo)".

Quanto a esse ponto, dado o escopo da pesquisa, identifica-se o tempo como o período de investigação e apuração de condutas delitivas no âmbito da Operação Lava Jato, em que diversas prisões preventivas estão sendo decretadas e mantidas, dentro da hipótese de que seriam instrumentos de pressão para a colaboração premiada. A oportunidade, conveniência e adequação do discurso se detraem da própria posição do Tribunal enquanto jogador externo capaz de influenciar o comportamento dos jogadores internos.

Um segundo passo seria identificar os tipos de discurso, divididos entre forense (interlocutores buscam convencer um terceiro acerca da explicação sobre evento pretérito); deliberativo (debate acerca do rumo de uma ação ou projeto futuro, típico da política); e epidêitico (centrado na avaliação de determinado indivíduo ou acontecimento do momento presente), para, em seguida, desvelar as regras organizadoras do discurso e avaliar a eficácia do efeito pretendido sobre o auditório.[36]

Quanto a esse quesito, os acórdãos do tribunal claramente pertencem a um discurso persuasivo forense, voltados para a explicação de fatos passados. Entretanto, ressalte-se que a retórica dos tribunais faz uso de um discurso especializado e mescla elementos dos outros modelos (deliberativo e epidêitico) e, portanto, não se pode dizer que obedece rigorosamente a um só modelo.

O método de Leach prevê, ainda, um terceiro passo, que é a investigação da aplicação dos cinco cânones retóricos: a apresentação do discurso; a memória, conteúdo cultural compartilhado com o público; o estilo, literário, científico, jurídico etc.; a disposição, organização das partes do discurso; e a invenção, que envolve os elementos *ethos*, *pathos* e *logos*.[37] O quarto passo é a revisão e aprimoramento da análise.[38]

36. Ibidem, 2016, p. 59.

37. REIS, Isaac Costa. *Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 59.

38. Ibidem, 2016. p. 61.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Katharina Sobota, por outro lado, desenvolveu um método de análise retórica que remonta a Aristóteles, pautado pela definição de correção do discurso "não apenas por meio de justificação racional (*logos*), mas também por meio da atitude do orador (*ethos*) e dos sentimentos provocados no auditório (*pathos*)".[39] Para isso, tais dimensões de análise foram definidas e fracionadas em tipos de argumento (indicadores) facilmente individualizáveis, possibilitando a identificação no discurso e a mensuração do uso de cada um dos tipos e categorias de argumento.

Além dos modelos de Leach e Sobota, a Análise Empírico-Retórica do Discurso (AERD) valeu-se ainda dos fundamentos dos estudos linguísticos da análise do discurso que reconhece o discurso como práxis, como elemento de construção da vida social, e nega sua neutralidade, posto que carregado de símbolos e significados muitas vezes inconscientes para os interlocutores.

Encerrada a apresentação teórico-metodológica, parte-se para a descrição da técnica de análise da AERD. Para cada uma das três dimensões de análise *ethos*, *pathos* e *logos* são desenvolvidos, caso a caso, indicadores que "permitirão determinar tanto a ocorrência como a frequência das manifestações que descrevem".[40] Por meio de uma leitura exploratória, os indicadores foram definidos e distribuídos entre as três dimensões.

Nesse ponto, importa descrever cada uma das dimensões de análise:

(i) *Ethos* "refere-se ao caráter do orador, quando o discurso é proferido de modo tal que leva o receptor a crer que aquele é digno de crédito". Na AERD, inclui também indicadores que apontam estratégicas que visam a atribuir autoridade e legitimidade aos oradores.[41] São eles:

E1 amplificação do valor do caso em exame, como forma de promover uma conexão entre a relevância do caso e a importância da decisão tomada pelo Tribunal, estabelecendo correlação entre responsabilidade e poder;

E2 remissões à legitimidade, credibilidade e coerência interna dos Tribunais e instâncias julgadoras,[42] por meio da citação de decisões hierarquicamente

39. Ibidem, 2016. p. 62.

40. Ibidem, 2016. p. 155.

41. REIS, Isaac Costa. *Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 155.

42. Ibidem, 2016. p. 155.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

superiores ou inferiores, acolhidas sem adentrar no mérito; e da referência genérica a precedentes e suposta "construção jurisprudencial", dando a entender que o entendimento é unânime e amplamente reconhecido. Inclui também a defesa do melhor entendimento do magistrado acerca do ordenamento jurídico sob o texto da lei, como quando o acórdão decide arbitrariamente por afastar a aplicação de um dispositivo legal "salvo casos excepcionais" por não se revestir de "qualquer utilidade prática", dando a entender que o legislador errou ao prever aquele dispositivo;[43]

E3 digressões para lecionar, e expor lições elementares de Direito, irrelevantes para a resolução da questão;

E4 súmulas e jurisprudência, quando meramente citadas, embora, a princípio, o uso de súmulas e jurisprudência pudesse parecer uma motivação objetiva e racional, em muitos casos servem apenas como argumento de autoridade. A mera citação de julgados não é suficiente sem a identificação dos seus fundamentos determinantes e demonstração de como o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos, como o próprio ordenamento jurídico brasileiro estipula no Código de Processo Civil (art. 489, § 1º, inciso V);

E5 ato normativo, quando apenas indicado, reproduzido ou parafraseado, da mesma forma que a mera indicação de súmula e jurisprudência não cumpre papel fundamentador de decisão judicial, a simples indicação de ato normativo, sem contextualização e explicação sobre sua relação com a causa, serve apenas para demonstrar erudição e conhecimento do ordenamento jurídico e não supre o dever de fundamentação (art. 489, § 1º, inciso I, do CPC).

(ii) *Pathos* refere-se ao convencimento do destinatário por meio da emissão de sentimentos em falas que buscam despertar emoções no auditório.[44] Inclui:

P1 linguagem hiperbólica e argumento *ad terrorem,* uso de linguagem perceptivelmente hiperbólica, apontando a gravidade das consequências dos ilícitos cometidos e a grandeza dos prejuízos causados pela conduta criminosa a justificar a manutenção da prisão preventiva;

43. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 8ª Turma Recursal. *Habeas Corpus* 5007061-81.2014.404.0000/PR. Data de Julgamento em 30/04/2014.

44. REIS, Isaac Costa. *Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. p. 156.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

P2 remissão ao meio social contemporâneo aos fatos, em referência à opinião pública, para provocar o sentimento de identidade e pertencimento, união contra o combate à impunidade;[45]

P3 uso de palavras vazias de conteúdo semântico, "uso de expressões vagas, que provocam o assentimento por incompreensão, ou de fórmulas vazias, de conteúdo puramente estético, que geram simpatia e cumplicidade no auditório".[46] O Código de Processo Civil corrobora o entendimento de que esse tipo de argumento não é racional e metodologicamente aceitável (art. 489, § 1º, inciso II).

(iii) *Logos* refere-se a manifestações que "focam no caráter objetivo e sistemático do discurso", voltado para a validade pela consistência, coerência e organização do discurso e não pela credibilidade do emissor. Apresenta o que parece ser a verdade apropriada ao caso concreto.[47] Abrange:

L1 argumentos de codificação, citações de dispositivos legais;

L2 argumentos de construção jurídica, decorrente do pensamento jurídico e da experiência geral. Ponto de vista espontâneo construído a partir do senso comum jurídico. É conclusão explícita indicativa do pressuposto de que a conclusão é correta porque mantém a coerência e logicidade do ordenamento jurídico;

L3 análise de eventos de prova, apontamento de circunstâncias do caso concreto a efetivamente justificar a manutenção ou decretação de prisão preventiva;

L4 argumentos baseados em princípios gerais, e conceitos e categorias de Teoria Geral como o princípio da proporcionalidade,[48] da razoabilidade,[49] da ampla defesa[50] e até mesmo *in dúbio pro societae*;[51]

L5 deduções, muitas vezes, premissas ocultas;

45. Ibidem., 2016. p. 157.
46. Ibidem, 2016. p. 157.
47. Ibidem, 2016. p. 157.
48. A título de exemplo, esse princípio é mencionado no *Habeas Cor*pus 5008770-44.2020.4.04.0000, julgado pelo TRF4. Data de Julgamento em 27/05/2020.
49. A título de exemplo, esse princípio é mencionado no *Habeas Corpus* 5024983-38.2014.4.04.0000, julgado pelo TRF4. Data de Julgamento em 05/11/2014.
50. A título de exemplo, esse princípio é mencionado no *Habeas Corpus* 5040657-85.2016.4.04.0000, julgado pelo TRF4. Data de Julgamento em 30/11/2016.
51. A título de exemplo, esse princípio é mencionado no *Habeas Corpus* 5042023-62.2016.4.04.0000, 5003803-87.2019.4.04.0000, julgado pelo TRF4. Data de Julgamento em 23/11/2016.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Lô jurisprudência e súmulas, quando foram indicadas demonstrando como o caso sob julgamento se ajusta ou não àqueles fundamentos.

De posse dos resultados dessa análise, foi identificado o modelo epistemológico do tribunal, nos termos de Ferrajoli, e o mapa mental do tribunal, nos termos de Rosa.

A classificação do modelo epistemológico em graus de garantismo e decisionismo ou do mapa mental do tribunal em mais ou menos inquisitório/acusatório baseou-se na identificação da técnica jurídica e do procedimento utilizados nas decisões do TRF4, conforme tenha priorizado ou o devido processo legal e o respeito ao arcabouço de direitos e garantias fundamentais, mantendo-se isento no jogo processual, ou priorizado o resultado útil do processo penal, atuando coordenadamente no sentido de impelir os jogadores em certa direção, atuando, conforme a Teoria dos Jogos, no papel de jogador externo.

4. Análise das ementas dos acórdãos de *habeas corpus*

"A aplicação formalista do Direito se opunha a qualquer tipo de raciocínio consequencialista ou teleologicamente orientado".[52] Contudo, a partir de uma nova compreensão do Direito, influenciada pelo pragmatismo filosófico, a lógica deixa de ser protagonista na construção da decisão judicial e dá lugar à análise das consequências do caso concreto e a melhor decisão (pragmática e funcional).[53]

Sob essa influência, desenvolveu-se o realismo jurídico norte-americano e a lógica da tomada de decisão passou a ser baseada na máxima *first we decide, then we deduce*. Não há controle da motivação e do trajeto da decisão. A noção de "real" dependerá dos processos cognitivos dos magistrados, inexistindo uma visão objetiva, mas subjetiva e parcial, vinculada ao contexto e custos da decisão.

A análise da argumentação jurídica trazida nos *Habeas Corpus* se torna especialmente relevante na medida em que, sob a lógica da eficiência e justiça negociada, a verdade não é dada ou revelada, mas realiza-se no nível da utilidade e operatividade, tendo em vista as consequências práticas.

É nesse ponto que Lopes Jr. e Rosa concordam que é importante se compreender a argumentação jurídica[54] e valer-se da análise do discurso para, por exemplo,

52. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 169.

53. Ibidem, 2016, p. 170.

54. LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 171.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

demonstrar que houve quebra da imparcialidade na hipótese em que o juiz decreta prisão preventiva de ofício ou adota iniciativas probatórias.[55]

4.1. Análise quantitativa

O primeiro ponto da análise quantitativa que chama atenção é o fato de a grande maioria dos acórdãos ter sido julgada por unanimidade: 194 de 206. Desses acórdãos unânimes, em 20 decidiu-se pela concessão da ordem, em 128 decidiu-se pela denegação da ordem, 19 pelo não conhecimento e 27 foram julgados prejudicados.

Considerando que os dispositivos legais do sistema penal brasileiro são reconhecidamente pouco garantistas, pois atribuem ao julgador ampla margem de discricionariedade, a sua aplicação pelos magistrados e ratificação pelo tribunal, sem que seja suscitada divergência entre os desembargadores, indica que não houve discussão a fundo da matéria, considerando as particularidades caso a caso.

Contudo, sem essa discussão, não é possível que a verdade processual, que é única de cada processo, tenha sido considerada. Mais preocupante ainda é a constatação de que a unanimidade em 90% dos casos se deu em desfavor do réu, 174 de 194 *Habeas Corpus*.

Uma segunda observação relevante é que, ampliando a análise para o universo total de acórdãos, dos 2016 *Habeas Corpus*, apenas 24 foram julgados total ou parcialmente procedentes, ou seja, em 88% dos casos a ordem foi denegada. Isso se dá a despeito da vagueza de conceitos e de hipóteses legais para prisão preventiva do processo penal brasileiro, que dá margem a arbitrariedades que deveriam ser combatidas pelo Tribunal.

É curioso notar que em todas as ementas em que a ordem foi concedida não há a descrição da *ratio decidendi*, não se extrai um argumento sequer que possa corroborar, em casos futuros, a concessão da ordem, o que a torna imprestável para construção de jurisprudência favorável ao réu. Ainda mais intrigante é constatar que dos 24 acórdãos que concederam a ordem, as ementas de apenas oito se distinguiram mais marcadamente das demais e não utilizaram frases idênticas ou muito semelhantes para resumir o acórdão, conforme será explicado mais à frente.

Uma terceira observação relevante é quanto à matéria levada ao Tribunal via *Habeas Corpus*. Nas ementas dos acórdãos foram identificados 17 assuntos

55. Ibidem, 2016, p. 174.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

principais que, em muitos casos, não possuem qualquer relação com o direito de ir e vir.

Tabela 1 – Padrões de Ementas dos Acórdãos do TRF4

#	Padrão
1	Padrão A: decretação prisão preventiva
2	Padrão B: nova prisão
3	Padrão C: perda de objeto do *Habeas Corpus* por revogação do primeiro decreto de prisão preventiva
4	Padrão D: vícios materiais e formais da prova
5	Padrão E: competência e litispendência
6	Padrão F: prisão de ofício
7	Padrão G: produção de prova e direito de defesa
8	Padrão H: trancamento de inquérito policial
9	Padrão I: fixação de outras cautelares
10	Padrão J: desnecessidade de reapreciação do contexto dos autos
11	Padrão K: desmembramento dos autos
12	Padrão L: execução provisória da pena
13	Padrão M: transferência de unidade prisional
14	Padrão N: prazo da prisão preventiva
15	Padrão O: delação premiada
16	Padrão P: suspeição
17	Padrão Q: cessamento da violência ou coação
18	Sem Padrão

Fonte: dados obtidos por meio de ferramenta de busca do sítio eletrônico do TRF4.
Nota: dados trabalhados pelas autoras.

Outro ponto de destaque foi a repetitividade das ementas. Alguns acórdãos abordavam mais de uma das 18 temáticas apontadas na Tabela 1, mas, ainda assim, repetiam as frases mais utilizadas em cada padrão. Dessa forma, algumas frases, independentemente do padrão, foram reiteradamente identificadas nas ementas. Portanto, as ementas eram muito semelhantes não apenas em

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

comparação às outras ementas do seu próprio padrão, mas também frente a todas as ementas de forma geral.

As ementas padronizadas correspondem a 139 das 206 analisadas, o que representa 67,5% do total. Ainda nesse sentido, cabe observar que quase metade das 139 decisões padronizadas tratam do tema da prisão preventiva (Padrão A), corroborando a hipótese de que o tribunal não só adota uma estratégia como age coordenadamente e usa a prisão preventiva para pressionar o réu a colaborar com a Justiça.

Além disso, das 77 ementas do Padrão A, 66 são idênticas na maior parte do seu conteúdo. Ou seja, os acórdãos que discutem majoritariamente o cabimento da prisão preventiva são justamente aqueles em que há uma padronização maior, de forma que mais de 90% das ementas do Padrão A são idênticas na maior parte do seu conteúdo. Esses dados são mais um indício de que as turmas recursais não discutem os *Habeas Corpus* caso a caso e não obedecem aos preceitos legais e aos deveres constitucionais de fundamentar, individualizar a conduta e a pena e aplicar as medidas cautelares conforme a necessidade e adequação.

Indo além, apresentamos a seguir uma breve análise das principais decisões em que o tribunal concedeu a ordem do *Habeas Corpus*, para ajudar a entender o mapa mental do tribunal e traçar os (poucos) limites que estão sendo impostos ao juízo de primeiro grau. É possível esboçar qual o *standard* de garantias sobre as quais inexiste disponibilidade das partes e quais direitos constituem privilégios, plenamente suprimíveis em prol da tática de pressão pela colaboração e renunciáveis mediante celebração e homologação do acordo.

Duas ementas dizem respeito à revogação de prisão decretada de ofício.[56] Nesse ponto, vale relembrar a lição de Lopes Jr. e Rosa a respeito da imparcialidade do juiz, que resta comprometida nesses casos, na medida em que, sem qualquer impulso por parte do Ministério Público, o magistrado determinou a prisão cautelar por entender que havia prejuízo à aplicação da lei penal.[57]

56. Os dados apresentados fazem referência aos *Habeas Corpus* 500620668.2015.404.0000 e 500670807.2015.404.0000, julgados pelo TRF4. Data de Julgamento em 15/04/2015 e 09/04/2015.

57. Sobre esse ponto, importa dizer que a Lei Anticrime [*sic*] inovou também ao incluir a figura do juiz das garantias no ordenamento jurídico, que seria responsável por assegurar direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal, além de dispor sobre a prisão provisória do investigado e seus respectivos pedidos de liberdade provisória. No entanto, em virtude de decisão cautelar proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, sua eficácia está suspensa.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

O tribunal deferiu a ordem dos *Habeas Corpus*, mas chancelou a postura parcial do juiz afirmando que "não há óbice à decretação da prisão de ofício pelo magistrado, a quem cumpre zelar pela legalidade da ação penal". A ilegalidade da prisão foi declarada não pela ruptura da imparcialidade e inércia do juiz, mas, sim, pela ausência de riscos à ordem pública, à aplicação da lei penal ou à instrução do processo, pois não havia "nenhum ato concreto capaz, efetivamente, de prejudicar a aplicação da lei penal".

Essa postura do tribunal indica que a sua matriz de decisão não é pautada pela estrita legalidade e demais princípios e garantias fundamentais do Direito Penal. Ao contrário, o sentido atribuído ao decreto de prisão cautelar de ofício é de que se trata de medida respaldada pelo dever de cautela do magistrado, apontando para um mapa mental menos garantista e mais autoritário. Assim, mais uma vez, o tribunal dota o magistrado de poderes para excluir a legalidade e o domínio das normas processuais em prol de um "bem (dito) maior".

Dois *Habeas Corpus* trataram de hipótese excepcional de intervenção recursal no juízo instrutório (Padrão D), em virtude de indeferimento de juntada de prova pelo assistente do Ministério Público e de indeferimento de prova requerida pela defesa que já havia sido deferida anteriormente.[58]

Nos Autos do Processo 500847109.2016.404.0000, Padrão M, a ordem foi parcialmente concedida para "assegurar, nos dias restantes do prazo para apresentação de alegações finais, o período de duas horas diárias para entrevista da defesa com o acusado". Nesse ponto, confirma-se o uso da prisão preventiva como tática de aniquilamento que dificulta a comunicação da parte, retira a paridade de armas e coloca o réu em posição bastante inferior com relação à acusação.

Nos Autos do Processo 502367819.2014.4.04.0000, também Padrão M, a ordem foi concedida com relação ao pedido principal, mas não é possível saber do que se trata, pois a ementa se reduz a afirmar o seguinte:

> "1. Transferência do paciente para Presídio Federal de Catanduvas/PR indeferido, porquanto indemonstrado o risco à segurança pública ou à própria integridade física do preso. 2. O direito do preso provisório de permanecer em local próximo aos seus familiares não configura garantia absoluta, podendo ser afastada quando houver conflitos entre os direitos do preso e os interesses

58. Os dados apresentados fazem referência aos *Habeas Corpus* 5046562-08.2015.404.0000 e 502956025.2015.404.0000, julgados pelo TRF4. Data de Julgamento em 16/12/2015 e 02/09/2015.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

da administração da justiça criminal. 3. Ordem concedida no tocante ao pedido principal."[59]

Nos Autos do Processo 502393107.2014.404.0000, Padrão N, a ordem foi concedida para devolver ao réu prazo para alegações finais, haja vista que o magistrado determinou que a contagem do prazo se iniciaria a partir da intimação por telefone, a despeito do que disciplina a Lei 11.419/2006 para intimação em processos eletrônicos. Contudo, o relator faz ressalva prevendo que "a sistemática de intimações do processo eletrônico comporta temperamentos, sobretudo quando o aguardo da intimação pelas vias normais, puder resultar prejuízo a qualquer das partes do processo ou perecimento do próprio direito discutido".

Entretanto, ao falar em perecimento do direito, há um equívoco em conceber o direito penal sob a mesma lógica do direito civil. Isso porque, no processo penal, não há um direito do Estado de condenar que possa perecer, mas, sim, o direito do acusado de se defender. Se o crime prescreve, não há perecimento de um direito, mas a extinção da punibilidade, da pretensão punitiva do Estado, em benefício do acusado. O acusado, sim, possui direito: direito de defesa, que não prescreve e não pode ser prejudicado em nenhuma hipótese, sob pena de nulidade. A sociedade, o magistrado ou o Estado não detêm direito de condenar e punir que possa perecer. Hipótese de prejuízo às partes é impossível, dentro da lógica e sistematicidade do processo penal, e não pode servir de motivo para violação de dispositivo legal.

Para concluir, o relator desse acórdão entende que "em se tratando de ato processual sem nenhuma peculiaridade que lhe exija celeridade extraordinária, deve prevalecer a regra geral do processo eletrônico". A regra geral é a única regra que há, não há previsão legal de sua mitigação por necessidade de celeridade extraordinária. Entender diferente é dotar o magistrado de poderes para excluir a legalidade e o domínio das normas processuais em prol de um "bem (dito) maior".

No julgamento dos *Habeas Corpus* 5020150-06.2016.4.04.0000 e 5020160-50.2016.4.04.0000, Padrão D, a ordem foi parcialmente concedida, para garantir ao paciente o direito ao acesso a todas as provas que possam interferir na sua defesa, mas no limite do que tenha sido utilizado na denúncia, e não na integralidade que o paciente pretendia. Já o *Habeas Corpus* 504656208.2015.4.04.0000,

59. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 8ª Turma Recursal. *Habeas Corpus* 5023678-19.2014.4.04.0000. Data de Julgamento em 08/10/2014.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

também referente ao Padrão D, concedeu parcialmente a ordem para propiciar a juntada de provas.

No julgamento do *Habeas Corpus* 5021307-14.2016.404.0000, Padrão A, o acusado foi solto com base no fundamento de que o delito a ele imputado não diz respeito à participação em organização criminosa, mas ao crime de lavagem do dinheiro obtido dessa atividade antecedente. O paciente seria o destinatário final dos valores e não exerceria função essencial à continuidade das atividades criminosas. Também se fundamentou a soltura na alegação de que, naquele estágio do processo, não era possível afirmar com exatidão que o paciente conhecia toda a triangulação de operações financeiras e comerciais.

Assim, a despeito da afirmação de que "as prisões preventivas se mostram extremamente eficazes como forma de desarticular o grupo criminoso", nesse caso não estariam presentes as duas premissas importantes, construídas jurisprudencialmente, para justificar a cautela processual: (a) possuir o domínio do fato ou exercer papel importante na engrenagem criminosa; e (b) haver fortes indícios da participação em organização criminosa, em crimes de lavagem de capitais e contra o sistema financeiro nacional, todos relacionados com fraudes em contratos públicos, justificando-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública.

No julgamento dos *Habeas Corpus* 5044380-10.2019.4.04.0000, 5038824-27.2019.4.04.0000 e 5042891-35.2019.4.04.0000, Padrão A, os acusados tiveram a ordem concedida sob o fundamento de que não estava demonstrada nos autos a participação central e preponderante nos fatos imputados e relacionados ao contexto envolvendo os crimes praticados em desfavor da Petrobras e suas subsidiárias. Ainda assim, a liberdade provisória foi garantida após fixação de fiança, para garantir a sua vinculação ao processo.

Além desses, no julgamento do *Habeas Corpus* 5051272-32.2019.4.04.0000, Padrão I, o Tribunal entendeu pelo relaxamento da prisão, pois a organização criminosa já foi debelada e a restituição do produto do crime mantido no exterior já foi providenciada, de modo que já não mais persiste a necessidade de assegurar a ordem pública ou econômica. Ademais, foram instruídas e julgadas dezenas de ações penais relativas à Operação Lava Jato, já não persistindo interesse na prisão fundada na conveniência da instrução penal.

A despeito disso, o Tribunal determina o uso de tornozeleira eletrônica e outras medidas cautelares menos gravosas para assegurar a vinculação do paciente ao processo, mesmo reconhecendo a sua notoriedade como medida que poderia ser suficiente. O Tribunal até desafia o entendimento do STF que impede a prisão em segunda instância, alegando que o cumprimento de pena nessa fase seria adequado e daria efetividade e credibilidade ao sistema de Justiça. Assim, indaga-se

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

se a intenção do Tribunal com essa decisão é impor medidas cautelares indefinidamente, até que a execução da pena possa de fato começar. Nesse caso, a conclusão lógica é que a cautelar seria substitutiva à prisão e imporia gravame excessivo à liberdade do indivíduo.

Esses quatro julgados destoam de todos os outros *Habeas Corpus*, pois foram, dos 24 *Habeas Corpus* concedidos, os únicos em que a ordem foi concedida com base na análise individualizada da conduta do paciente, seu domínio sobre os fatos e sua efetiva participação em organização criminosa.

De todos os 79 *Habeas Corpus* em que se apreciou matéria afeta a prisões preventivas (Padrão A e Padrão F), em apenas 11 a ordem foi concedida: dois em hipótese de notório abuso e flagrante ilegalidade, quando da decretação de prisão de ofício, e, nessa hipótese, em que a preservação da ordem pública foi mitigada em razão da análise das particularidades do caso concreto.

Dessa forma, confirmou-se a expressividade das decisões do tribunal que chancelaram as medidas cautelares impostas pela primeira instância. Os réus, sabendo que a grande maioria dos *Habeas Corpus* teve a ordem denegada mesmo em situações de patente ilegalidade, como no caso das prisões de ofício, necessariamente adequarão suas estratégias. Os sentidos, a matriz de decisão e o mapa mental do tribunal que se delineiam reforçam o impacto das medidas de aniquilamento aplicadas pelo juízo de primeiro grau.

A primeira conclusão a que se chega é que as decisões do tribunal em sede de *Habeas Corpus* e a aplicação de medidas cautelares em primeira instância, coordenadamente, exercem pressão suficiente para impelir os jogadores em direção à negociação de acordos de colaboração premiada.

4.2. Análise qualitativa

A respeito da análise qualitativa, o primeiro ponto a se observar é que foram identificados um total de 3.015 indicadores, divididos entre *ethos*, *pathos* e *logos* da seguinte forma:

Tabela 2 – Dimensões de Análise e Indicadores da AERD

Ethos					*Logos*						*Pathos*		
E1	E2	E3	E4	E5	L1	L2	L3	L4	L5	L6	P1	P2	P3
77	70	135	192	184	5	665	219	39	11	1	691	64	492
Total: 658					Total: 1.110						Total: 1.247		

Fonte: dados obtidos a partir de ferramenta de busca do sítio eletrônico do TRF4.
Nota: dados trabalhados pelas autoras.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Observa-se, assim, que as manifestações voltadas ao caráter objetivo e sistemático do discurso representam pouco mais de um terço do total de argumentos utilizados pelo tribunal (37%). O uso considerável de argumentos que apelam às emoções dos destinatários e à credibilidade dos julgadores para dar legitimidade à decisão aponta para uma preocupação menor com o embasamento das decisões em critérios objetivos e controláveis racionalmente.

Repise-se que os indicadores "súmulas e jurisprudências" (E4 e L6) e "argumentos de codificação" (E5 e L1) constaram em duas dimensões de análise pelo fato de sua classificação variar conforme o seu uso. Os parâmetros legais de motivação de decisão judicial previstos no Código de Processo Civil estabelecem hipóteses em que o uso desses indicadores não constitui argumento objetivo e juridicamente válido.[60]

Dessa forma, quando um ato normativo foi invocado nas ementas sem que fosse explicada sua relação com a causa ou a questão decidida, não atendendo ao requisito do inciso I do § 1º do art. 489 do CPC, o indicador foi classificado como *ethos* (E5) e não *logos* (L1). No caso de "súmulas e jurisprudências", quando um precedente ou enunciado de súmula foi indicado sem demonstrar como o caso sob julgamento se ajustava àqueles fundamentos, o indicador foi classificado como E4 ao invés de L6.[61]

60. Veja: "Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

61. Considerando que foi identificado apenas um indicador L6, segue transcrição: "Incabível o pleito de readequação do rito processual, com extensão dos efeitos a todos os atos da instrução, pois o pedido extrapola o que foi decidido pelo STF no HC nº 166.373/PR, seja porque o feito ainda não se encontra em fase de alegações finais, seja, ainda, porque o indeferimento se deu apenas por ora, facultada a reiteração do pedido no decorrer da instrução" (Extraído da ementa do acórdão do *Habeas Corpus* 5045017-58.2019.4.04.0000. Data de Julgamento em 10/12/2019).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

A partir da análise das ementas constatou-se que tais argumentos foram utilizados sempre como forma de atribuir autoridade e legitimidade aos oradores, e não como forma de conferir validade ao discurso pela consistência e coerência e, portanto, foram todos enquadrados na categoria de *ethos* e não *logos*.

Vale ressaltar que a decretação da prisão pressupõe o que Rosa chamou de "trajeto democrático da motivação". O trajeto democrático parte (i) da presunção de inocência e da liberdade como ponto de partida; e (ii) pelo *periculum libertatis* e pelo comportamento processual do acusado (*fummus comissi delicti*) para definir o cabimento da prisão cautelar com base na adequação, necessidade de proporcionalidade.[62]

Para o segundo passo, o *fummus comissi delicti* deve ser avaliado a partir da existência de prova razoável e elementos sólidos de materialidade. Não cabe um mero juízo de probabilidade. Ainda, para o segundo passo, o *periculum libertatis* deve ser real, fundado em elementos concretos e não em conjecturas e termos vagos e ambíguos como "ordem pública" e "conveniência da instrução criminal". Tais termos, oriundos do art. 312 do CPP, quando aplicados pura e simplesmente, geram um ambiente retórico e incontrolável.

Entretanto, as ementas trouxeram o *periculum libertatis* apenas enquanto conceito, sem demonstrar de que forma se aplica ao caso concreto para atender ao requisito de uma decisão singularizada, democraticamente motivada. O conceito *periculum libertatis* foi citado em 74 oportunidades diferentes apenas de maneira genérica por meio de exposição de lições elementares de direito, sem qualquer relevância para a resolução da questão, equivalendo ao indicador "E3: Digressões para lecionar".

Já o termo "ordem pública", como bem anunciado por Rosa, foi usado retoricamente, sem demonstrar argumentativamente de que forma se aplicava à hipótese singular. O termo foi utilizado 178 vezes e, em razão da sua característica vaga e ambígua, foi classificado como "P3 Uso de palavras vazias de conteúdo semântico", usada para provocar o assentimento por incompreensão e gerar simpatia e cumplicidade no auditório.

É importante notar que os indicadores encontrados com mais frequência foram "E1: Amplificação do valor do caso em exame", encontrado 774 vezes; "P1: Linguagem hiperbólica e *argumento ad terrorem*", encontrado 691 vezes; "L2: Argumentos de construção jurídica", identificado 665 vezes; e "P3: Palavras vazias de conteúdo semântico", encontrado 492 vezes.

62. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 302.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Um exemplo típico do uso do indicador E1 é o seguinte trecho padrão utilizado 158 vezes, em sua maioria nos *Habeas Corpus* que julgavam a legalidade da decretação de prisão preventiva (Padrão A):

> "A complexidade e as dimensões das investigações relacionadas com a denominada 'Operação Lava Jato', os reflexos extremamente nocivos decorrentes da infiltração de grande grupo criminoso em sociedade de economia mista federal, bem como o desvio de quantias nunca antes percebidas, revela a necessidade de releitura da jurisprudência até então intocada, de modo a estabelecer novos parâmetros interpretativos para a prisão preventiva, adequados às circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos."

O indicador P1 foi identificado fartamente nesse mesmo contexto. Foram utilizadas diversas hipérboles como meio de realçar a gravidade e proporção dos crimes cometidos: os "reflexos extremamente nocivos" de "desvio de quantias nunca antes percebidas". Argumentos *ad terrorem* tratam da periculosidade dos agentes devido à capacidade de "infiltração de grande grupo" e o risco de permanecerem soltos caso a jurisprudência não seja atualizada para se adequar às circunstâncias concretas. A linguagem hiperbólica também foi utilizada para deixar muito claro que, em alguns casos, o *Habeas Corpus* só se aplica excepcionalmente.[63]

Ocorre que a gravidade em tese de infração não serve como justificativa idônea, como decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso López Álvares *versus* Honduras.[64] De acordo com esse entendimento, o Estado-Membro pode restringir a liberdade do preso desde que dentro dos limites necessários para assegurar que, solto, o acusado não prejudique a colheita de provas ou que, ainda, embarace a ação da Justiça. A prisão preventiva é, portanto, "medida cautelar y no punitiva". Assim, não são consideradas suficientes, para a

63. É excepcionalíssimo o cabimento de *Habeas Corpus* contra rejeição de exceção de incompetência, admissível tão somente para evitar a tramitação do feito perante juízo flagrantemente incompetente, e exclusivamente quando houver prova preconstituída, aferível de plano, de flagrante ilegalidade na condução da causa pela autoridade apontada como coatora, pois incabível a incursão em matéria fática na via estreita do *writ* (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 8ª Turma Recursal. *Habeas Corpus* 5038580-98.2019.4.04.0000. Data do Julgamento em 26/11/2019).

64. Reconhecido dirigente *garífuna*, López Álvares foi detido em 27 de abril de 1997, acusado de um delito que não cometeu, permanecendo por anos em prisão preventiva enquanto o processo ainda estava na fase de instrução. Durante sua reclusão, foi proibido pelo diretor da penitenciária de falar no idioma de sua etnia.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

decretação da prisão, a gravidade da suposta conduta ou as características pessoais do acusado.[65]

O Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, sumulou o entendimento de que "a opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada" (Súmula 718). Seguindo esse mesmo racional, é inconcebível a imposição de prisão preventiva como forma de antecipação da pena em razão de, genericamente, a conduta imputada à organização criminosa como um todo ser grave e ter gerado grandes prejuízos à Administração Pública. Trata-se de hipótese em que prevalece no mapa mental do tribunal a lógica de defesa social, "em que os pressupostos para o deferimento [da prisão cautelar] são manipulados por frases prontas, discursos alarmistas, sem vinculação concreta com o caso".[66]

Assim, imprime-se aos destinatários do discurso o sentimento de indignação e ultraje e, ainda que de maneira subentendida, o medo da impunidade, reforçando a importância do caráter retributivo da pena como forma de expiação da falta cometida. Entretanto, a prisão preventiva é medida cautelar que visa a proteger o resultado útil do processo e não pode figurar como antecipação da pena, o que desvirtua completamente o instituto.[67] A distorção do instituto é reconhecida e atestada pelo próprio tribunal, que assim entende o seu papel: "as prisões preventivas se mostram extremamente eficazes como forma de desarticular o grupo criminoso".[68]

O raciocínio de fundo desse argumento é que sem a desarticulação do grupo criminoso há risco de reiteração delitiva. Entretanto, esse raciocínio está assentado em bases inconstitucionais que violam a presunção de inocência. Além disso, tal raciocínio é antigarantista por atribuir discricionariedade exagerada ao julgador, que passa a decretar prisões a partir de previsões e probabilidades enviesadas e tendenciosas, sem qualquer lastro.

65. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório 124/01, Caso 12.387, Alfredo López Alvarez v. Honduras, j. em 01.02.2006.

66. Ibidem, 2016. p. 301.

67. Com as mudanças trazidas pela Lei Anticrime [*sic*], o magistrado não pode mais decretar a prisão preventiva de ofício, podendo fazê-lo somente a requerimento do Ministério Público, do assistente de acusação ou por representação da autoridade policial.

68. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 8ª Turma Recursal. *Habeas Corpus* 5021307-14.2016.4.04.0000/PR. Data de Julgamento em 06/07/2016.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Já o terceiro indicador mais encontrado, L2, refere-se a argumentos de construção jurídica, ponto de vista espontâneo construído a partir do senso comum jurídico e, algumas vezes, reproduzido sem maiores embasamentos teóricos e sem preocupação com a razão deontológica para existência de certas garantias processuais, como o direito de defesa, o papel do *Habeas Corpus*, o instituto de nulidades, contraditório e produção de provas e prazos processuais.

São exemplos de argumentos em que se apontam o indicador L2 os seguintes trechos, retirados respectivamente dos *Habeas Corpus* 5007061-81.2014.4.04.0000 (Padrão N) e 5006349-91.2014.4.04.0000 (Padrão A):

> "Inviável em sede de habeas corpus que ataca a legalidade da prisão preventiva a análise de matérias impertinentes ao tema e que digam respeito à instrução processual."
>
> "Desnecessário constar na decisão que prorroga o prazo de conclusão do inquérito policial com réu preso, que sejam repetidas das razões que levaram à prisão preventiva do paciente, quando não houver alteração das condições de fato e de direito que a determinaram."

Vale destacar, ainda, o quarto indicador mais encontrado, P3, a indicar o uso de expressões vagas como "limites razoáveis", "complexidade da investigação", "demora injustificada", "peculiaridade do caso", "situação *excepcional* que afete *sobremaneira* a ampla defesa" ou "situação *excepcional* quando houver *flagrante* ilegalidade". Com tal uso, o argumento torna-se irrefutável, porque se alinha ao senso comum jurídico e invoca princípios como razoabilidade e legalidade e categorias gerais como ampla defesa, mas não delimita o conceito jurídico indeterminado de modo a dar contornos concretos e práticos ao seu uso pelo Tribunal.

São exemplos desse indicador o *Habeas Corpus* 5029902-02.2016.4.04.0000/PR em que a 8ª Turma Recursal entendeu que o *Habeas Corpus* "deve ser resguardado para situações excepcionais, quando houver flagrante ilegalidade e que afete sobremaneira a ampla defesa" e que "somente se justifica de modo excepcional", em caso de "flagrante ilegalidade", pois "inexistindo flagrante ilegalidade aferível de plano, não se conhece da impetração". Com relação ao reconhecimento de excesso de prazo durante a instrução, essa "somente é admissível quando a demora for injustificada, impondo a adoção de critério de razoabilidade no exame de sua eventual ocorrência" e completa dizendo que tais prazos não são peremptórios, "podendo ser dilatados dentro de limites razoáveis, quando a complexidade da investigação assim exigir". Por fim, conclui que "não se mostra gravame desproporcional a manutenção de medidas substitutivas

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

à prisão perfeitamente adequadas às circunstâncias do processo e à necessidade de acautelamento".[69]

A ausência de fundamentos sólidos, lastreados em raciocínios e teorias jurídicas consistentes faz com que as decisões não possuam uma *ratio decidendi* universalizável, mas variem bastante caso a caso, conforme as circunstâncias e conveniências. Sequer o próprio tribunal tem convicção acerca do seu posicionamento sobre essas garantias processuais e, então, para se resguardar, decide em um sentido já antecipando que se trata de hipótese excepcional. Ao final, a lei e as garantias processuais só são observadas em casos de "flagrante ilegalidade"; em casos que a ilegalidade "afete sobremaneira a ampla defesa" ou que a ilegalidade seja "aferível de plano"; ou a violação a essas garantias se mostre "injustificada" ou "desarrazoada".

Há uma inversão clara de valores: em situações excepcionalmente graves, envolvendo grupo criminoso complexo infiltrado em sociedade de economia mista fiscal com reflexos extremamente nocivos, os direitos e garantias fundamentais previstos legalmente são mitigados e a prisão preventiva se impõe. Mas essas situações excepcionais representam 90% dos *Habeas Corpus* analisados. Por outro lado, os dispositivos legais que preveem direitos e garantias fundamentais só são levados em consideração em raras hipóteses, quando há sua violação patente.

A própria essência da norma resta desconfigurada. A norma não mais detém bilateralidade, pois sequer o Estado se sente no dever de observá-la e o Poder Judiciário não se sente compelido a garantir o direito subjetivo do réu à sua observância. A generalidade e a aplicabilidade da norma para todos os indivíduos sem distinção também não subsistem. A abstratividade é relegada ao segundo plano, pois as "circunstâncias do caso e ao meio social contemporâneo aos fatos" determinam a aplicação ou não da lei. Por fim, não há imperatividade porque as normas são obedecidas conforme convier ao caso e ao julgador e não há coercitibilidade, uma vez que o próprio tribunal, que teria capacidade de coagir os demais a observar as normas, reproduz essa lógica desconfigurante da essência da norma.

O próprio tribunal impõe a observância dos direitos e das garantias do acusado apenas excepcionalmente, conforme o caso concreto. A lei, quando favorável ao réu, não é genérica e abstrativamente aplicada, mas apenas excepcionalmente. Por outro lado, a prisão preventiva é decretada e mantida com base em fundamentos genéricos acerca da complexidade e das dimensões das investigações,

69. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 8ª Turma Recursal. *Habeas Corpus* 502990202. 2016.4.04.0000/PR. Data de Julgamento em 27/07/2016.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

dos reflexos e consequências nocivas dos crimes abstratamente mensurados e da periculosidade do réu vagamente apontada. Sanções e restrições, medidas desfavoráveis ao réu e, portanto, excepcionais, são aplicadas genericamente, apesar de a lei exigir análise concreta das circunstâncias e da conduta do réu.

A análise dos argumentos apresentados nas 77 ementas em que se discute prisão preventiva (Padrão A) corrobora esse entendimento. A grande maioria (52) possui um parágrafo padrão em que, supostamente, é analisada a materialidade e autoria. O parágrafo diz: "havendo prova da participação do paciente [...] e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública". É interessante notar que há uma ligeira diferença nesse parágrafo em 48 dessas ementas: elas substituem prova por "fortes indícios", reduzindo a exigência de lastro probatório necessário para a decretação da medida.

Além disso, 58 ementas falam da "probabilidade efetiva de continuidade no cometimento da *grave* infração denunciada" (grifo nosso). Contudo, parece um contrassenso atribuir efetividade a um evento que é apenas uma probabilidade. Recorre-se, mais uma vez, a expressões vagas para provocar o assentimento.

Apenas 32 fazem, em um parágrafo, qualquer menção às especificidades do caso concreto, apontando elementos de materialidade e indício de autoria. As demais seguem o padrão de ementa mais simples em que esse parágrafo é suprimido e não há nenhuma referência à materialidade e autoria.

Das 32 ementas que trazem um parágrafo sobre o caso concreto, 18 ainda adotam algum tipo de parágrafo padrão sobre materialidade e autoria e outras 14 ementas não seguem um padrão.[70]

---

70. Os parágrafos padrão sobre materialidade e autoria são os seguintes:

"Verificada a presença dos elementos necessários à aplicação da prisão preventiva. A reiteração das condutas delituosas imputadas ao paciente demonstra não só sua indiferença perante o direito, mas também sua intenção de continuar praticando crimes, relevando maior risco à ordem pública e a necessidade de cessar a atividade criminosa" (*Habeas Corpus* 5007862-94.2014.404.0000; 5008654-48.2014.404.0000; 5007601-32.2014.404.0000; 500754329.2014.404.0000; 500865448.2014.404.0000 e 502136233.2014.404.0000, julgados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 07/05/2014, 02/07/2014, 07/05/2014, 07/05/2014, 21/05/2014 e 24/09/2014 respectivamente);

"Verificada, nos autos da ação originária, o risco à instrução criminal, caracterizado pela tentativa de ocultação de provas, diretamente ou por terceiros, mostra-se pertinente a segregação do paciente" (*Habeas Corpus* 5005979-15.2014.4.04.0000 e

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O simples fato de as prisões preventivas decretadas serem mantidas sem qualquer análise concreta da materialidade e indício de autoria é bastante sintomático das consequências negativas de um dispositivo legal tão aberto e vago, que dá margem para subjetividades e discricionariedade do julgador.

Nesse ponto, é curioso notar a construção jurisprudencial acerca dos casos de cabimento da prisão preventiva:

> "algumas premissas são importantes para justificar a cautela processual: (a) em grupo criminoso complexo e de grandes dimensões, a prisão cautelar deve ser reservado aos investigados que, pelos indícios colhidos, possuam domínio do fato [...]; havendo fortes indícios da participação em 'organização criminosa', em crimes de 'lavagem de capitais' e 'contra o sistema financeiro nacional', todos relacionados com fraudes em contratos públicos dos quais resultaram vultuoso prejuízos a sociedade de economia mista e, na mesma proporção, em seu enriquecimento ilícito e de terceiros, justifica-se a decretação da prisão preventiva, para a garantia da ordem pública."[71]

A primeira premissa a justificar a prisão preventiva, relativa ao domínio do fato e à importância do agente na engrenagem da organização criminosa, implica dizer que serão mantidos presos apenas os dirigentes da organização criminosa, que são justamente aqueles que possuem mais informações acerca do *modus operandi* da organização e dos demais envolvidos. É uma forma clara e eficiente de o

---

5006349-91.2014.4.04.0000, julgados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 09/04/2014 e 30/04/2014 respectivamente);

"Materialidade e indícios suficientes de autoria reforçados pelo oferecimento e recebimento de denúncia e ação penal correlata" (*Habeas Corpus* 500613906.2015.4.04.0000, 502906090.2014.4.04.0000, 503069776.2014.4.04.0000, 503074280.2014.4.04.0000, 5000383-40.2020.4.04.0000 e 5052170-45.2019.4.04.0000, julgados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 15/04/2015, 17/12/2014, 17/12/2014, 17/12/2014, 18/03/2020 e 18/03/2020 respectivamente);

"Materialidade e indícios suficientes de autoria caracterizados pela transferência de significativo numerário entre contas situadas no exterior, em nome de *offshores* das quais paciente figura como controlador e beneficiário, inclusive no curso da investigação e após a sua notoriedade" (*Habeas Corpus* 501366927.2016.4.04.0000, 501781866.2016.4.04.0000, 503454282.2015.4.04.0000, 5046797-38.2016.4.04.0000, 5010558-35.2016.4.04.0000, e 5010758-76.2015.4.04.0000, julgados pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 25/05/2016, 01/06/2016, 14/10/2015, 30/11/2016, 01/06/2016 e 15/04/2015 respectivamente).

71. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. 8ª Turma Recursal. *Habeas Corpus* 5021307-14.2016.4.04.0000/PR. Data de Julgamento em 08/07/2016.

USO EXCLUSIVO DO OBSERVATÓRIO

tribunal exercer pressão sobre os líderes para que colaborem com a Justiça, sobre pena de serem mantidos presos.

A segunda premissa trata, abstratamente, da gravidade e dos prejuízos decorrentes da conduta delitiva e a partir disso tem-se que a ordem pública foi violada e precisa ser garantida, mas, em última instância, qualquer conduta delitiva infringe a ordem pública. Um conceito autorizador tão vago como ordem pública, somado a uma premissa de valoração subjetiva da conduta e suas consequências, impede qualquer controle racional sobre a motivação da prisão preventiva. Ressalte-se que o exato teor da segunda premissa reproduzido anteriormente é utilizado como fundamento para a manutenção de prisão preventiva em todas as 49 ementas que tratam dessa temática.

Nesse ponto, vale trazer um julgado em que de fato houve análise do caso concreto para determinação da materialidade e indício de autoria:

> "1. [...] Examinado o conjunto probatório, o Colegiado entendeu que a prisão do paciente era essencial para a desestruturação do esquema criminoso e para evitar a reiteração delitiva, bem como em razão da ausência de comprovação de atividade lícita, sobretudo a corroborar o alto padrão de vida mostrado durante o período em que foi investigado e à falta de comprovação acerca da alegada residência fixa no distrito de culpa, tendo a autoridade policial apontado concretos indícios de intenção de fuga do réu para o exterior."[72]

Detrai-se do trecho apresentado que o tribunal julgou suficiente, para fins de materialidade do crime, o alto padrão de vida do acusado e imputou-lhe o dever de comprovar o exercício de atividade lícita. A ausência de comprovação corroborou a convicção de que teria praticado ato de corrupção e, assim, manteve-se a prisão preventiva. É transparente, nesse caso, que a presunção de inocência do acusado há muito não era considerada, pois se lhe impôs o ônus de provar a ausência de materialidade. Trata-se de prova negativa e completa inversão da lógica processual: ora, cabe ao Ministério Público provar a materialidade do crime e não ao acusado provar a ausência de prova, o que redunda em tautologia absurda.

O *Habeas Corpus* anteriormente citado é um exemplo claro de como se desenvolveria a acusação: retira-se a presunção de inocência e o acusado passa a ter de provar a origem lícita da sua renda, sob pena de considerar-se que a sua riqueza adveio de um crime para o qual "não foi possível descobrir ou comprovar quais

72. BRASIL. Tribunal Regional Federal. 7ª Turma Recursal. *Habeas Corpus* 5022476-07.2014.404.0000/PR. Data de Julgamento em 30/09/2014.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

foram os atos específicos de corrupção praticados". Ou seja, para as hipóteses em que não houver materialidade do crime.

Como bem apontado por Rosa, a prisão cautelar confundida como modalidade de "antecipação da tutela" é incompatível com o regime da presunção de inocência.[73] O seu uso como tática no jogo processual "submete aos estragos midiáticos de reputação, constrição da liberdade e psicológica, além de servir de elemento indutor de colaborações premiadas".[74]

Em resumo, quando o tribunal não combate o descumprimento da norma e ele próprio a viola, dois pontos nevrálgicos da estratégia do réu são atacados: a presunção de inocência e a liberdade. Assim, o que resta a ele discutir? Qual o resultado útil da impetração de *Habeas Corpus* se a lei só é observada em casos absurdos e excepcionais? O que resta para negociar?

A conclusão a que se chega é que o tribunal, efetivamente, é um jogador externo. Primeiramente, a instituição age coordenadamente, dado o grande número de acórdãos unânimes e a maioria absoluta de ordens não concedidas. Além disso, a grande quantidade de ementas idênticas letra a letra, a ausência de fundamentação racional e objetiva, o uso exagerado de linguagem hiperbólica e *ad terrorem* e as violações aos dispositivos legais garantistas demonstram que as decisões foram tomadas priorizando não o devido processo legal e o respeito ao arcabouço de direitos e garantias fundamentais, mas o resultado útil do processo.

O sentido atribuído às medidas cautelares pelo tribunal, em suas próprias palavras, é "medida rigorosa" que se justifica "nas hipóteses em que presente a necessidade real e concreta". Entretanto, a necessidade é aferida abstratamente e não respeita princípios básicos como legalidade, imparcialidade, necessidade e adequação.

A análise realizada indicara que a matriz de decisão do tribunal está pautada pela repercussão social das condutas, pela gravidade dos crimes em abstrato, pelo utilitarismo e necessidade de vitória e apuração dos crimes e condenação dos acusados antes mesmo da sentença e à revelia da Constituição e da legalidade.

Da análise qualitativa se detrai que o tribunal possui um grau mais acentuado de decisionismo e autoritarismo, um baixo controle jurisdicional da atividade de primeira instância e suas próprias decisões não possuem um alto controle objetivo e racional do procedimento decisório e dos fundamentos.

73. ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 301.

74. Ibidem, 2016, p. 324.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

5. Conclusão

No âmbito do processo penal, e especialmente de um tribunal, existem diversos mapas mentais, heurísticas e vieses que, embora não sejam manifestados nas decisões, podem determinar o seu resultado. Negar que emoções, ideologias e visões preconcebidas não afetarão no processo de decisão dificulta a compreensão da racionalidade (um conceito mais amplo de racionalidade) por trás da matriz de decisão.

Um conceito mais amplo de racionalidade não impede, contudo, que se façam críticas à motivação e fundamentação das decisões judiciais. Isso se dá, principalmente, porque um modelo democrático de Justiça e processo penal, como se pretende no ordenamento jurídico brasileiro, não pode se furtar a legitimar suas decisões a partir de uma *ratio decidendi* válida e sólida.

A análise empírico-retórica do discurso pretendeu identificar a solidez dos argumentos trazidos pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região a partir da sua categorização em *pathos, logos* e *ethos* e avaliar sua validade a partir do frágil equilíbrio entre eficiência e garantismo.

Eficiência não enquanto a busca pela celeridade, numa lógica puramente economicista, de produtividade pela produtividade, mas enquanto meio para a concretização dos fins do processo penal: realização da justiça, tutela de bens jurídicos, estabilização das normas e paz jurídica.

Já o conceito de garantismo, adotado enquanto teoria jurídica de validez e efetividade (teoria do direito e crítica do direito), corresponde ao exato cumprimento das garantias oferecidas pelo devido processo legal, seja subjetiva quanto objetivamente, sobretudo no que diz respeito às garantias do acusado e também ao justo processo.

Entretanto, o que se observa é que as decisões do tribunal não ambicionaram a eficiência assim conceituada, pois estavam comprometidos com um resultado, estavam agindo coordenadamente na direção de pressionar acusados a firmar acordos de colaboração premiada, adotando a estratégia de liquidação, que consiste em manter a prisão preventiva e colocar os acusados em desvantagem frente aos demais jogadores.

A análise das ementas das decisões permitiu concluir que o mapa mental do tribunal ainda está distante do perfil teórico-epistemológico garantista ambicionado pela Constituição Federal de 1988, pois se vale de conceitos vagos e abstratos para manter a prisão preventiva, sem se preocupar com as particularidades do caso concreto e sem buscar uma motivação suficientemente democrática para as hipóteses em que o caso concreto foi considerado.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O modelo de justiça negociada, que cada vez mais se expande sobre o ordenamento jurídico e prática brasileira, pressupõe a existência de direitos e garantias fundamentais, que devem ser observados, e privilégios, que podem ser negociados. Embora haja autores que abominam essa visão da justiça e suas consequências sobre o processo penal e distorções sobre os papéis da parte e do julgador, a pretensão desse trabalho não é defender sua extinção. Muito pelo contrário: o objetivo é discutir e fortalecer os limites à disponibilidade de direitos.

Os *Habeas Corpus* têm papel fundamental na definição desses limites, na medida em que esses remédios constitucionais são como instrumentos de controle jurisdicional da atividade de primeira instância que determina as prisões preventivas, escopo deste trabalho.

No intuito de contribuir na fixação desses limites, vale lembrar a importância da preservação do princípio da presunção de inocência. Esse princípio deve ser o ponto de partida das decisões, pois assim está previsto expressamente na Constituição; e o modelo brasileiro de tradição continental, pautado pelo princípio da estrita legalidade, assim entendia até o advento da justiça negociada.

Entretanto, o que se observou nos *Habeas Corpus* analisados é que a presunção de inocência foi reiterada e sumariamente desconfigurada, o que acaba servindo como instrumento de pressão para o acusado que, ao vê-la precipitadamente suprimida no processo, sente-se compelido a negociar.

A colaboração premiada demanda a adoção de novos pressupostos para a compreensão do processo penal, especialmente no tocante à distinção entre garantias e direitos fundamentais e privilégios. Ao se conceber o processo e a liberdade do acusado enquanto privilégios, ele poderá dispor desses em negociações com o Estado acerca da ação penal e da pena.

A oportunidade de dispor do que se conceitua como privilégios não pode se confundir com plena disponibilidade, cabendo ressaltar que incide o controle jurisdicional sobre os limites dessa disponibilidade no âmbito da ação penal. Defende-se a tese de que deve haver controle jurisdicional dos limites da disponibilidade em dois momentos: primeiro, quando da homologação da colaboração premiada e, segundo, no julgamento de *Habeas Corpus*.

O primeiro garante a voluntariedade da disposição de tais privilégios durante as negociações e celebrações de acordos, enquanto o segundo visa a garantir que as prisões cautelares são necessárias, respeitam as hipóteses legais de cabimento e não são manejadas simplesmente como instrumento para pressionar o acusado a delatar. No âmbito das colaborações premiadas, o réu deve ser o único que pode verdadeiramente dispor da própria liberdade em negociações com o Estado.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Uma coisa é reconhecer ao acusado "privilégios" dos quais pode dispor voluntariamente. Bem diferente disso é se apropriar desse "privilégio" para que o acusado, sem ter nada a perder, sinta-se pressionado a dispor do que já não lhe era garantido em troca de informações necessárias para a sua prisão definitiva e condenação.

A linha tênue que permitirá dizer se foi disposição voluntária ou pressão não foi estabelecida no ordenamento jurídico. A legislação brasileira não estabeleceu critérios de aferição e dimensões da voluntariedade na celebração de acordos de colaboração premiada. Assim, resta ao Tribunal fixar os limites do que é privilégio e do que é garantia e direito fundamental – fato que torna ainda mais relevante o seu comprometimento com um sistema teórico-epistemológico garantista e não com a "necessidade de vitória" em prol de um "bem (dito) maior" que exclui a legalidade, a presunção de inocência e demais normas processuais.

Referências bibliográficas

ARANHA, Adalberto José. Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. Ministério Público Federal. Entenda o caso. *lavajato.mpf.mp.br*. Disponível em: [http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso]. Acesso em: 15.09.2016.

FERRAJOLI, Luigi. Criminalidad y Globalizacion. In: FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006. Disponível em: [http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3825/30.pdf]. Acesso em: 22.09.2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 70, p. 229-268, jan.-fev. 2008.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal*: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Soraia da Rosa (Org.). *A Delação/Colaboração Premiada em Perspectiva*. Brasília: IDP, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *As dez medidas contra a corrupção*. Disponível em: [www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/documentos/resumo-medidas.pdf]. Acesso em: 21.07.2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

REIS, Isaac Costa. *Limites à legitimidade da jurisdição constitucional: análise retórica das cortes constitucionais do Brasil e da Alemanha*. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

TOLDO, Nilo Oliveira. A atualidade e importância do *Habeas Corpus* no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 92, p. 155-172, set-out. 2011.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A colaboração por meio do acordo de leniência e seus impactos junto ao processo penal brasileiro – um estudo a partir da "operação lava jato", de Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais e Daniela Villani Bonaccorsi – *RBCCrim* 122/93-113 (DTR\2016\22979);
- Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação lava jato como processo penal do inimigo, de Gustavo de Souza Preussler – *RBCCrim* 134/87-107 (DTR\2017\2542); e
- Colaboração premiada: análise de sua utilização na operação lava jato à luz da verossimilhança e da presunção de inocência, de Erica do Amaral Matos – *RBCCrim* 143/155-176 (DTR\2018\12747).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial

Imprisonment, proportionality in its application and the new paradigm of consensual criminal justice

Emetério Silva de Oliveira Neto

Doutor em Direito Penal pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, 2019). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC, 2015). Pós-Doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Professor Efetivo (Graduação e Pós-Graduação) da Universidade Regional do Cariri (URCA). Advogado com atuação na área criminal.
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6534418651811908].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-5164-2463].
emeteriodireito@yahoo.com.br

Gustavo César Machado Cabral

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP, 2013). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC, 2011). Pós-Doutor pelo Instituto Max-Planck para a História do Direito Europeu (Alemanha, 2017). Professor Adjunto (Graduação e Pós-Graduação) da Universidade Federal do Ceará. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC. Bolsista de Produtividade do CNPq (Pq-2).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/4661382578024132].
ORDIC: [https://orcid.org/0000-0001-8565-1328].
gustavocesarcabral@gmail.com

Recebido em: 06.03.2020
Aprovado em: 20.07.2020
Última versão dos autores: 21.07.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: Esta pesquisa tem como objetivo analisar criticamente o instituto da pena de prisão à luz das principais teorias que justificam tanto a sua existência quanto a sua aplicação. Mostra que, apesar das finalidades de prevenção (geral e especial), que dominam as considerações contemporâneas em torno desse método punitivo,

Abstract: This research aims to analyze, in a critical perspective, the imprisonment, using the main theories of justice that justify both its existence and its application. It shows that, despite its prevention purposes (general and specific), which are mainstream among the contemporary views on this punitive method, the culpability

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

a culpabilidade funciona como base de legitimação da sanção criminal. Esclarece, ainda, que a aplicação e a execução da pena privativa de liberdade devem subserviência aos princípios constitucionais da proporcionalidade, legalidade e igualdade. Além disso, e diante dos problemas inerentes ao cárcere, que dificultam sobremodo a ressocialização do apenado, defende-se a adoção de soluções que atenuem os efeitos maléficos dele decorrentes, sobretudo quando em jogo a seletividade do sistema penal. Demonstra-se como uma das saídas o paradigma da justiça criminal negocial, que traz importantes mecanismos para se restringir o encarceramento, em benefício não apenas do agente, mas também da vítima, a par do estímulo à reparação dos danos por ela sofridos em decorrência da ação criminosa, e da própria sociedade, com o alcance da vicejada pacificação. A pesquisa é de cunho bibliográfico e documental, em que são analisadas algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre a temática.

Palavras-chave: Pena de prisão – Legitimidade – Teorias da pena – Proporcionalidade – Justiça criminal negocial.

acts as the basis for legitimizing criminal sanctions. It also clarifies that the application and the execution of the imprisonment must obey the constitutional principles of proportionality, legality and equality. In addition, due to the problems that are inherent in imprisonment and make the rehabilitation even more difficult, we argue solutions that mitigate the harmful effects therefrom resulting, particularly when the selectivity of the penal system is at stake. One of the proposals is the consensual criminal justice, which highlights relevant mechanisms in order to restrain the use of imprisonment as penalty in favor not only of the authors, but also of the victims (stimulating the compensation of the damages suffered by them as a result of the criminal action) and of the entire society (with the scope of the social pacification). This study uses a bibliographic and documental research, analyzing decisions taken by the Brazilian Supreme Court.

Keywords: Imprisonment – Punishment – Legitimacy – Proportionality – Consensual criminal justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Teorias de justificação e de aplicação da pena de prisão. 3. Histórico da pena de prisão e os seus efeitos na ordem jurídica brasileira. 3.1. Breves considerações sobre a prisão processual no sistema brasileiro. 4. Pena de prisão e os cânones da proporcionalidade e da isonomia. 5. A prisão e as dificuldades de atendimento da expectativa de prevenção especial positiva. 6. O paradigma da justiça criminal negocial. 6.1. Acordo de não persecução penal. 6.2. Nova vitimologia e justiça penal restaurativa. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho tematiza os fundamentos axiológicos da pena privativa de liberdade, explicitando, ademais, os principais parâmetros dogmáticos para a sua correta aplicação, os quais ajudam a evitar possíveis injustiças nesse que é um momento decisivo para a vida do apenado, que em nenhuma circunstância perde a condição de sujeito de direitos.

Esclarece que a execução do título prisional, via de regra, não cumpre, a contento, as principais finalidades que justificariam a sua existência nas sociedades

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

modernas. Além disso, evidencia que, do ponto de vista eminentemente empírico, um grande problema ainda enfrentado, mormente em países não inteiramente evoluídos, diz com o status econômico-social do infrator, que por diversos fatores representa uma importante barreira entre a infringência da norma penal incriminadora e a efetiva resposta estatal via pena de prisão, ressalvadas algumas exceções dignas de nota[1].

Nasce, nessa esteira, às vezes equivocadamente, uma compreensão social de que determinados setores da administração da justiça em alguma medida seriam lenientes com tipos específicos de crimes ou pessoas, aprofundando a desarmonia do sistema penal, da qual já cuidou, por exemplo, a *criminologia radical*[2]. Vê-se, então, que a função declarada de prevenção (geral e especial) da pena de prisão para a proteção dos bens jurídicos selecionados deixa a desejar, sendo os fatores: *1)* a instituição carcerária *per se* não dissuade o crime; *2)* as incorretas aplicação e execução da medida fomentam a macrocriminalidade, que tende a se organizar no interior dos próprios presídios[3].

A par disso, o sistema jurídico-penal, ao longo da sua existência, preocupado com o trinômio *crime – criminoso – pena*, poucas ferramentas efetivas ofereceu ao juiz para que, ao aplicar o direito penal material, melhor atenda aos interesses da vítima do injusto, na esteira dos consectários trazidos pela *nova vitimologia*,

1. Vejam-se dois exemplos: *1)* Ação Penal 470 ("caso mensalão"), julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) entre os anos de 2012 e 2013, em que políticos e empresários conhecidos foram condenados e presos; *2) Operação lava-jato*, iniciada no ano de 2014, tendo apresentado diversas condenações (e execuções de penas de prisões) contra empresários e políticos de enorme envergadura. Não há dúvidas de que tais casos trouxeram grandes expectativas sociais e efeitos no sistema de justiça penal que de certo modo contrariam a lógica da aplicação e execução da pena de prisão em sociedades como a brasileira.
2. Nesse sentido, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. p. 35-47. O modelo de Alessandro Baratta defendido por Cirino dos Santos é criticado, entre outros, por: AEBI, Marcelo Fernando. Crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, Fernando (Ed.). *Serta in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004. p. 17-56.
3. Como se sabe, a facção criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital) foi criada nas dependências de um presídio de segurança máxima do Estado de São Paulo. Para maiores considerações acerca do contexto de surgimento do PCC, cf. TEIXEIRA, Alessandra. Dispositivos de exceção e novas racionalidades do sistema punitivo: o surgimento do PCC e o modelo RDD. *Perspectivas*, São Paulo, v. 36, jul.-dez. 2009. p. 181-193.

USO EXCLUSIVO DO PROFESSOR

ciência que milita em favor de uma maior participação da vítima no bojo do processo penal, conferindo-lhe medidas compensatórias dos danos sofridos[4]. Tal perspectiva, timidamente estudada no Brasil, revela que as preocupações com a materialização da pena de prisão tornam esquecidos os interesses/direitos da vítima do crime, dificultando, nesse prisma, o alcance da paz social, fim último do direito. Nasce, contra isso, o conceito-chave de *justiça penal negocial*, ao qual se atrelam a já mencionada nova vitimologia, a justiça penal restaurativa e, mais recentemente, o acordo de não persecução penal, implementado no sistema processual brasileiro pela Lei 13.964/19.

Tendo por fio condutor a noção de que a pena de prisão é a última *ratio* do aparelho repressor, o presente artigo analisa criticamente as teorias da pena, assim como a instituição carcerária, desde a sua origem mais remota até os tempos hodiernos, o que faz à luz de princípios constitucionais como a proporcionalidade e a isonomia, mostrando caminhos para atenuar os mais drásticos efeitos da determinação e execução do título condenatório.

Com supedâneo na fórmula do Estado Democrático de Direito, analisa-se, ao longo do texto, alguns julgamentos paradigmáticos, demonstrando-se três deficiências comumente encontradas no instituto da pena de prisão: *a)* aplicação em detrimento da proporcionalidade pelo grau de culpabilidade do agente e da isonomia[5]; *b)* incapacidade para dissuadir o crime e ressocializar adequadamente o apenado[6]; *c)* não atendimento dos postulados albergados pela justiça penal negocial, em prol da conscientização do criminoso, dos reais anseios da vítima do delito e da própria sociedade.

4. A respeito, defendendo, cf. FATTAH, Ezzat A. Victimología: pasado, presente y futuro. Trad. María del Mar Daza B. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Andalucía, n. 16-r2, 2014. p. 14 e ss.

5. Muitas prisões, sobretudo as processuais, são, no Brasil, aplicadas como regra contra os sujeitos mais pobres ou vulneráveis (grande maioria), ao passo que os mais afortunados (pequena parcela) sofrem menos com esse tipo de medida invasiva.

6. Michel Foucault já observava que as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, aumentando, paradoxalmente, tanto a quantidade de crimes quanto a de criminosos. (Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 221.) Para Luis Rodriguez Ramos, o direito penal não é um instrumento eficaz de prevenção da delinquência: "el Derecho Penal no es el instrumento único, ni el más importante, em la prevención general de la delincuencia" (Cf. RAMOS, Luiz Rodriguez. *Liberdades civicas y derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1975. p. 361).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

2. Teorias de justificação e de aplicação da pena de prisão

As principais ideologias penais que por anos tentaram responder ao *se* e ao *por que* punir, proibir e julgar, como forma de melhor compreender os fundamentos justificadores da pena privativa de liberdade enquanto instituição estatal, são: as doutrinas *abolicionistas*, as justificações *retributivistas* e as justificações *utilitaristas*. A construção abolicionista questiona as razões que tornariam justo ou moralmente aceitável que à violência ilegal representada pelo delito se agregue uma segunda violência, legal, travestida na pena. Como resultado, as doutrinas abolicionistas, em geral, não reconhecem a legitimidade do direito penal e, por constatarem a ausência de fundamento ético-político em sua base, defendem a sua eliminação das sociedades, pois consideram as vantagens do uso desse instrumento inferiores aos altos custos da tríplice constrição social que produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação, a sujeição a um processo e a punição dos que como tais são julgados[7].

O segundo grupo, chamado de justificações retributivistas, desdobra-se em teorias rotuladas de absolutas e relativas[8]. As primeiras concebem a pena como um fim em si mesma, isto é, como castigo, reação, reparação ou retribuição ao crime cometido (*quia peccatum est*). As relativas, ao contrário, consideram e justificam a pena como meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos (*ne peccetur*)[9]. No grupo das justificações utilitaristas, a concepção da pena como meio, em vez de fim ou valor, representa o traço comum de todas as

7. De acordo com Ferrajoli, são abolicionistas somente aquelas doutrinas axiológicas que "acusam o direito penal de ilegítimo, ou porque moralmente não admitem nenhum tipo de objetivo como capaz de justificar as aflições que o mesmo impõe, ou porque consideram vantajosa a abolição da forma jurídico-penal da sanção punitiva e a sua substituição por meios pedagógicos ou instrumentos de controle de tipo informal e imediatamente social" (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 231).

8. Classifica-se, ainda, a teoria da retribuição com base nas seguintes variantes: teorias negativas da retribuição, teorias positivas da retribuição, essas divididas em teorias absolutas ou próprias da retribuição e teorias relativas ou impróprias da retribuição, e teorias mistas. Segundo as últimas, que combinam retribuição com prevenção, embora a prevenção seja um requisito necessário da justificação da pena, não seria um requisito suficiente. Para maiores aprofundamentos de cada uma dessas subdivisões, cf., por todos, TEIXEIRA, Adriano. Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo. *En Letra:* Derecho Penal, v. 7, 2018. p. 43-69.

9. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 236.

USO EXCLUSIVO DO RBCRIM

doutrinas relativas (utilitaristas), desde as da emenda e da defesa social até aquelas da intimidação geral, da neutralização do delinquente e da integração dos outros cidadãos[10]. Dessa doutrina, que prega a máxima utilidade para o maior número de pessoas, emerge a ideia fulcral da pena como *prevenção dos delitos*, a qual funciona, de um lado, como intimidação ou reforço da ordem mediante a reafirmação dos valores jurídicos lesados (prevenção geral negativa e positiva) e, do outro, como neutralização ou correção do réu (prevenção especial negativa e positiva)[11].

Nesse contexto, importa destacar que, no sistema funcionalista ou teleológico-racional, a teoria dos fins da pena adquire valor basilar, pois se o delito é o conjunto de pressupostos da pena, devem ser estes construídos tendo em conta as suas consequências e os seus fins, de sorte que a pena meramente retributiva perante o ato eivado de culpabilidade[12] é rechaçada em nome de uma pena puramente preventiva, cujo objetivo, numa perspectiva roxiniana, é proteger bens jurídicos, operando efeitos sobre a generalidade da população ou sobre o autor do delito[13].

De seu turno, as teorias expressivas sustentam que, além do mal físico, o elemento de censura constitutivo da pena desempenha um papel fundamental na sua justificação. Esse *juízo de desvalor* serviria para estabelecer um diálogo com o

10. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 240.

11. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 244-261.

12. Representando o pensamento do *common law*, Michael Moore justifica, talvez com um certo radicalismo, o retributivismo como uma teoria segundo a qual a única função do direito penal consiste em punir aqueles que merecem sofrer por suas transgressões ou crimes, evidenciando a culpabilidade como elemento normativo suficiente para a justificação da pena. (Cf. MOORE, Michael. *Placing blame*: a general theory of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2010. p. 153-188.)

13. GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 8, n. 32, out.-dez. 2000. p. 132. Ver, também, ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. (Org. e Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli). 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 11 e ss. Como exceção, Günther Jakobs dirá que a missão da pena consiste em reafirmar a vigência da norma (JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general:* fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras et al. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 13). Em sentido parecido, Aníbal Bruno: "na cominação da pena exprime-se a reprovabilidade que a consciência jurídica faz pesar sobre o fato e reafirma-se a vontade do Estado de assegurar a validade da norma que o proíbe" (BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 11).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

infrator, mostrando-lhe o significado da gravidade da sua conduta delitiva e tratando-o, em vez de simples objeto da persecução dos fins preventivos do Estado, como um agente moral, autorresponsável pelos seus atos[14]. Serve, também, a punição, ao ver de Tatjana Hörnle, como uma espécie de comunicação à vítima de que o injusto contra ela praticado foi de responsabilidade de um terceiro, assim reconhecido e punido pelo Estado, isentando-a, nesse sentido, de qualquer culpa pelo dano ou lesão que sofreu[15]. Não se busca, pois, com essas teorias, nenhum *desideratum* preventivo por meio do cárcere, mas apenas transmitir *ex post factum* mensagens específicas ao infrator, à vítima e à sociedade. Considerando que tais razões não se pautam no fim último da proteção dos cidadãos perante o cometimento de novos delitos, pode-se afirmar que as teorias preventivas se afiguram mais propínquas ao atingimento desse escopo.

Do ponto de vista da teoria da aplicação, tem-se que não necessariamente as considerações de prevenção devem ser levadas em conta pelo magistrado no momento da fixação da sanção no caso concreto[16]. Disso exsurge a necessidade de uma determinação da pena que seja proporcional à gravidade do fato criminoso. Para Adriano Teixeira, o imperativo da proporcionalidade entre a pena aplicada e a gravidade do delito deduz-se da estrita observância dos princípios da culpabilidade e da legalidade[17], assegurando-se a igualdade na aplicação da sanção penal. A determinação judicial da pena, outrossim, não pode se divorciar dos elementos da teoria do delito, o que se explica quando se sabe, por exemplo, que o

14. Explicativo, sobre o tema, TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena:* fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 90. Nessa linha, adverte o expressivista Von Hirsch que o elemento *censura* explicaria/justificaria o duro tratamento por meio da privação da liberdade, exercendo uma função de prudência sobre o infrator. (Cf. VON HIRSCH, Andrew. *Censure and sanction*. New York: Oxford University Press, 1993. p. 12-13.)

15. HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011. p. 37-41.

16. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria*, cit., p. 97 e ss.

17. A observância do princípio da culpabilidade na determinação da pena significa que o *quantum* desta deve guardar uma relação justa com a gravidade do delito e com a culpabilidade do autor, valorando-se nesse momento apenas as circunstâncias que o autor podia conhecer e evitar. De seu turno, o princípio da legalidade no âmbito da aplicação da pena implica que essa fase não deve ser relegada ao arbítrio judicial, pois a lei reduz a discricionariedade do magistrado, sendo vedada a aplicação de penas indeterminadas, pois numa democracia é do legislador a legitimidade para estabelecer os limites, os pressupostos e o alcance da punibilidade. (Cf. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria*, cit., p. 106-114.)

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

comportamento da vítima influencia na análise da medida do grau de culpabilidade do agente, exercendo em todo caso a culpabilidade uma função limitativa (proporcional) – por impedir que se tomem em consideração circunstâncias que o autor não poderia conhecer – e não apenas retributiva de um castigo[18].

3. Histórico da pena de prisão e os seus efeitos na ordem jurídica brasileira

Com efeito, o uso do ergástulo prisional nem sempre apresentou um caráter punitivo, uma vez que, por muitos anos, essa medida não era aplicada como pena propriamente dita. Na Grécia e Roma antigas, por exemplo, a prisão apenas custodiava o imputado para evitar que viesse a subtrair-se do castigo definitivo[19], vazado na pena de morte (mais comum) e em penas corporais e infamantes. O direito penal da antiguidade, portanto, não utilizava a privação de liberdade como sanção penal autônoma[20].

Essa realidade também parece ter estado presente no Medievo[21] e começo da Modernidade, quando a pena de morte, em crise, deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, invenção que aparentava ser meio eficaz de controle social, tornando-se, a partir do início do século XIX, a principal forma de punição[22]. A bem da verdade, conforme assinalam Rusche e Kirchheimer, na Alta Idade Média prevaleciam as penas pecuniárias, que perderam proeminência para as penas corporais e de morte durante a Baixa Idade Média[23]. As penas privativas de liberdade, de seu turno, conforme salientam os autores, ganharam evidência no albor do séc. XVIII, fortemente influenciadas

18. Nesse sentido, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del Derecho penal*: cuestiones fundamentales. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991. p. 172 e ss.
19. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão:* causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 8.
20. Para uma análise da evolução das penas privativas de liberdade, cf. BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 54-65.
21. BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 9.
22. DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998. p. 43.
23. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Temis Librería, 1984. p. 7.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

pelas novas condições sociais e econômicas, nomeadamente o nascente mercantilismo, que tornou cada vez mais escassa a mão de obra, com isso dando azo ao surgimento das chamadas *casas de correção* (logo transformadas em verdadeiras instituições penais), nas quais eram trancafiados vagabundos e mendigos cujas forças de trabalho passaram a ser aproveitadas por corporações estatais e privadas[24]. Em vista disso, pode-se afirmar que a prisão, no sentido de medida punitiva, apenas com o passar do tempo ganhou previsão nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais[25].

Presentemente, a pena de prisão, no Brasil, por regra é a mais grave consequência jurídica contra o cometimento de um crime[26], valendo ressaltar que a sua aplicação é dificultada em se tratando de delitos considerados de menor potencial ofensivo, caracterizados no art. 61 da Lei 9.099/95. Em consonância com o ideal desencarcerador, a prisão pode ser substituída por penas restritivas de direitos quando a condenação não ultrapassar determinado montante, obedecidos, ainda, os demais requisitos descritos no art. 44 do Código Penal.

O Código Penal brasileiro dispõe, em seu artigo 32, que as penas podem ser privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa. A pena privativa de liberdade será cumprida em duas modalidades distintas: reclusão ou detenção. A primeira, para o regime fechado, semiaberto ou aberto, e a segunda, quando o regime for semiaberto ou aberto. Conforme visto, a execução definitiva da pena de prisão exige sentença penal condenatória transitada em julgado.

---

24. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Op. cit., p. 49-60.

25. No período colonial, as Ordenações Afonsinas e Manuelinas, incorporadas à jurisdição brasileira, previam a pena de prisão com caráter preventivo, para evitar a fuga do autor do crime até o seu julgamento. No Império, o Código Criminal previa as penas de prisão com trabalho (ocupação laboral diária) e de prisão simples (o indivíduo permanecia recluso). (Cf. DOTTI, René Ariel. Op. cit., p. 41-54.) Na República, houve uma ampliação da aplicação da pena de prisão, a qual se manteve, ao longo dos anos (ditadura e democracia), como modalidade de pena independente.

26. A Constituição Federal de 1988 veda as penas de prisão perpétua, de trabalhos forçados, de banimento e as cruéis (art. 5, inc. XLVII, als. *b*, *c* e *d*). A pena de morte também é vedada, salvo em caso de guerra declarada (art. 5, inc. XLVII, al. *a*), em que será aplicada para os crimes militares, regulamentados no Código Penal Militar (CPM). É importante de logo destacar que, no Brasil, há duas maneiras distintas de se aplicar a medida de prisão, quais sejam: *1)* Como resultado de uma sentença penal condenatória transitada em julgado (*pena propriamente dita*); *2)* Como medida de cunho provisório, decretada pela autoridade judiciária no curso da investigação criminal ou do processo penal (*natureza processual*).

USO EXCLUSIVO DO RBCRIM

3.1. Breves considerações sobre a prisão processual no sistema brasileiro

Além da prisão *como pena*, vista no item anterior, existe a prisão *como medida cautelar* (temporária, nos termos da Lei 7.960/89[27]; e preventiva, fundamentada no art. 312 do Código de Processo Penal[28]), que possui natureza instrumental, ou seja, tem como foco assegurar o bom andamento da investigação ou o resultado útil do processo. Por tratar-se de ato que restringe direito fundamental *ante tempus*, esse tipo de medida, marcada pela nota da provisoriedade, deve subserviência a taxativos requisitos legais, sendo defeso ao magistrado, nesse tocante, subtrair-se da moldura normativa, consoante consagrada expressão de Hans Kelsen[29].

Historicamente, a pena de prisão é aplicada basicamente contra as camadas desfavorecidas da população, "clientes" prediletos do sistema carcerário. Com isso, o aparelho criminal apresenta um grave paradoxo: máximo rigor para comportamentos característicos das massas marginalizadas da sociedade, que também estão à margem do mercado de trabalho e de consumo; e ausência de rigor para comportamentos característicos das elites de poder econômico e político, como a criminalidade econômica ou financeira[30]. Como consequência, pondera Zaffaroni, a seletividade do sistema penal, que também se torna letal, produz a impunidade das pessoas que não lhe são vulneráveis (contenção de grupos bem determinados)[31]. Daí que o autor argentino desenvolveu a chamada teoria agnóstica ou *negativa* da pena, de ceticismo em relação ao sistema de justiça criminal, cuja legitimidade é com veemência questionada[32].

---

27. Cabível nas seguintes hipóteses: *a)* quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; *b)* quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; *c)* quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado em crimes gravosos, como homicídio doloso e tráfico de drogas.
28. Pode ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (redação dada pela Lei 13.964/19).
29. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 391.
30. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia*, cit., p. 45.
31. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa et al. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 40.
32. Veja-se a seguinte passagem: "A quebra de racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício de

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Por anos a fio, o STF manteve uma visão restritiva da prisão processual, ao entender que a sua banalização representaria odiosa antecipação de pena, em violação à presunção de inocência, encartada na Constituição, eis que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória a liberdade deve ser a regra, e a prisão, a exceção[33]. Esse posicionamento ganhou novos contornos com o advento da "Operação Lava Jato", em que se percebeu uma paulatina relativização por parte dos Tribunais Superiores de diversas garantias constitucionais fundamentais, cristalizada em subversões ao devido processo legal e em alongadas prisões preventivas, mesmo contra sujeitos pertencentes a camadas sociais mais elevadas.

A título de exemplo, no ano de 2016, ao julgar o HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, o plenário do STF mudou o entendimento consolidado desde o ano de 2009, quando do julgamento do HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, minorando os efeitos de garantia emanados do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, inciso LVII, da CF/88[34], quando passou a admitir a execução da pena de prisão a partir de uma condenação confirmada em segunda instância, mesmo pendentes de julgamento eventuais recursos excepcionais (especial e/ou extraordinário) interpostos pelo condenado. Apesar de não ter sido recebida de modo unânime entre os juristas, essa orientação foi por maioria apertada (6 x 5) mantida pelo Tribunal no mesmo ano ao julgar as medidas cautelares das ADCs 43 e 44[35], Rel. Min. Marco Aurélio, e ratificada pela decisão no ARE 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, que reafirmou a dominância da nova jurisprudência[36]. A par

poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a consequente legitimidade do sistema penal tornaram-se utópicas e atemporais: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum" (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. cit., p. 19).

33. Entendimento explicitado no julgamento do paradigmático HC 95009-SP (paciente Daniel Dantas).

34. "LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

35. Em síntese, essas ações sustentaram que, após o julgamento do Habeas Corpus 126292-SP, que não tem força vinculante, os tribunais de todo o País passaram a adotar idêntico posicionamento, produzindo uma série de decisões que, deliberadamente, ignoram o disposto no artigo 283 do CPP, que diz: "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

36. Reflexos no julgamento plenário (STF) do HC 152.752/PR (Rel. Min. Edson Fachin; paciente Luiz Inácio Lula da Silva). Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5346092]. Acesso em: 06.03.2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de intensos debates, apenas em novembro de 2019, quando do julgamento conjunto do mérito das ADCs em menção, mais a ADC 54, o STF novamente muda o seu posicionamento, voltando ao entendimento de 2009, vale dizer, vedação de execução antecipada da pena de prisão, com isso preservando a higidez do comando constitucional que consagra a presunção de inocência.

Diante de tantas hesitações jurisprudenciais no âmbito do próprio STF, replicadas em diversas instâncias do Judiciário nacional, tornou-se perceptível no dia a dia forense que os Tribunais Superiores em algum momento deixaram de ser os bastiões de garantia dos direitos fundamentais concernentes à liberdade de locomoção. Por outro lado, trilhou-se, nesse cambiante contexto, um caminho em que os indivíduos detentores de recursos políticos, econômicos e sociais sentiram, tal qual de há muito já sentem os clientes *par excellence* do sistema prisional (pobres, negros etc.), o peso da persistente violação de direitos pelos órgãos jurisdicionais[37].

4. Pena de prisão e os cânones da proporcionalidade e da isonomia

Com efeito, todas as vezes em que a aplicação da pena ocorrer de modo a reproduzir as desigualdades sociais, configurar-se-á uma realidade de desprestígio ao princípio constitucional da isonomia[38]. Tendo por base a teoria desenvolvida por Robert Alexy[39], a isonomia constitui um *mandamento de otimização*, o que exige, diante de situações fáticas e jurídicas, a sua máxima realização. Nesse sentido, deve-se atentar para que a aplicação da pena de prisão atenda ao mandamento

37. Na contramão disso, vê-se importantes decisões proferidas pela 2ª Turma do STF: *1)* Reclamações (RCLs) 30.008 e 30.245, em que por maioria a Turma concedeu medida cautelar para suspender a execução provisória de penas; *2)* Decisões liminares do min. Gilmar Mendes nos HC 157,410, 157,480, 157,604 e 157,752, determinando a substituição de prisões preventivas por medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal.

38. Do ponto de vista da teoria geral dos princípios, entende Humberto Ávila que a igualdade funciona ora como regra (quando proíbe tratamento discriminatório), ora como princípio (quando institui a igualdade como fim a ser fomentado), ora como postulado específico, orientando a aplicação do direito, uma vez que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. (Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 171-172.)

39. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012. p. 90.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

constitucional de que todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*)[40], satisfazendo-se o quanto possível a máxima que advoga um *direito penal igualitário*.

Alguns aspectos alusivos ao exercício do *jus puniendi* merecem destaque. A discriminação no exercício do poder punitivo deriva de sua seletividade estrutural, mesmo em se tratando de países democráticos e desenvolvidos. Em um de seus profícuos estudos, Lïoc Wacquant revela que o tratamento político da miséria nos Estados Unidos, maior economia do mundo, é feito por meio da criminalização, o que sublinha a expansão do direito penal e penitenciário, assim como a necessidade de se investir em segurança pública, perante a ausência de investimentos nas áreas sociais[41]. Esquece-se, com isso, que a prisão é medida da maior gravidade, a exigir, para sua concretização, ataques mais substanciais ao bem jurídico protegido (princípio da intervenção mínima). A essa lógica, contrapõem-se as experiências de que a resposta provinda do aparelho punitivo por vezes é perniciosa e não resolve o problema da criminalidade.

Em outra pesquisa, Wacquant explica que, à semelhança dos Estados Unidos, os governantes da União Europeia recorrem aos métodos punitivistas (polícia, tribunais e prisão) como meios para estancar as desordens geradas pelo desemprego em massa e pelo encolhimento da proteção social[42], ao que se somam a *guerra às drogas* e a criminalização, com pena de *prisão*, de condutas pouco ofensivas (expansão desmesurada do direito penal)[43], problema que é acentuado nos países periféricos, marcados por velhas práticas de autoritarismo. Todas essas reflexões demonstram que, no que diz respeito aos métodos de aplicação da pena

40. Para atingir o bem igualdade, diz Celso A. B. de Mello, o sistema normativo concebeu uma fórmula que interdita desequiparações fortuitas ou injustificadas, "posto que, exigindo *igualdade*, assegura que os preceitos genéricos, os abstratos e atos concretos colham a todos sem especificações *arbitrárias*, assim proveitosas que detrimentosas para os atingidos" (BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 22. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 18).

41. WACQUANT, Lïoc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 30-31.

42. WACQUANT, Lïoc. *As prisões da miséria.* Trad. André Telles. 2. ed. amp. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 19.

43. Consequentemente, "propaga-se na Europa um *novo senso comum penal neoliberal* (...), articulado em torno da maior repressão dos delitos menores e das simples infrações (...), o agravamento das penas, a erosão da especificidade do tratamento da delinquência juvenil, a vigilância em cima das populações e dos territórios considerados "de risco", a desregulamentação da administração penitenciária e a redefinição da divisão do trabalho entre público e privado" (WACQUANT, Lïoc. *As prisões*, cit., p. 144).

USO EXCLUSIVO DO PROCRIM

privativa de liberdade, são semelhantes as experiências brasileira, europeia e norte-americana, pois em todos esses países o sistema penitenciário perpetra sistemáticas violações aos direitos humanos.

Segundo a proposta da criminologia radical, esse paradigma de brutal desigualdade seria quebrado ampliando-se o sistema punitivo para a criminalidade das elites de poder econômico e político, concomitante à contração do sistema punitivo para a criminalidade das classes e camadas sociais subalternas, "democratizando-se", nesse diapasão, o sistema de justiça criminal[44]. Com isso, a metodologia pretende corrigir alguns defeitos da aplicação e execução da medida prisional, que seriam: *1)* reflexo das diferenças sociais, que nulificam a pretensão de equidade teoricamente abraçada pelo Estado de direito; *2)* produção e reprodução do fenômeno da criminalidade, apesar de declarar que objetiva o seu controle e redução; *3)* resultado da criminalização de pessoas pertencentes às classes sociais desfavorecidas, em detrimento de preocupações com as ações praticadas[45]. A isso, acrescente-se o abandono dos direitos ou interesses da vítima violados pela ação delitiva, a ser enfrentado, como se verá com mais vagar adiante, por intermédio de mecanismos da justiça penal negocial.

Com efeito, se se quer verdadeiramente, pelo menos, suavizar as distorções já apresentadas por determinados setores da criminologia crítica ou radical[46],

44. SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia,* cit., p. 122.

45. Para uma análise do sistema penal e reprodução da realidade social, assim como do cárcere e marginalidade social, cf. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 171 e ss.

46. O pensamento criminológico crítico de Alessandro Baratta não passou incólume às críticas, destacando-se a dirigida à ausência de atenção à vítima, aqui entendida como elemento central à democratização da teoria da pena. Outros rechaços, apresentados por Marcelo Aebi, são: *1)* inconvenientes epistemológicos, manifestados *a)* pelo caráter infalseável da criminologia crítica, que busca a partir de critérios discutíveis refutar todas as outras teorias a ela alternativas, o que, segundo pugnado por Karl Popper, retira a conotação científica de pretensão desse jaez, *b)* pelos problemas de definição excessivamente restrita da criminologia e pela inclusão da sociologia jurídico-penal no objeto de estudo daquela, *c)* pela maneira com que aplica o conceito de paradigma e de revolução científica à ciência criminológica, *d)* pela etiologia do comportamento desviado e pelo determinismo, baseando as suas explicações na classe social a que pertence o autor do delito (estrutura socioeconômica da sociedade capitalista); e *2)* inconvenientes metodológicos, identificados *a)* pela observação seletiva, ao ignorar estudos que poderiam pôr em dúvida a suas teses, *b)* pela confusão entre os conceitos de prevalência e incidência da delinquência, *c)* pela adoção de uma teoria única para o conjunto

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

uma vez que a igualdade plena no âmbito do sistema de justiça penal é, de fato, inalcançável, há que se palmilhar novos caminhos, e nesse contexto calham as propostas de aplicação da pena com base no paradigma da proporcionalidade, assim resumidas por Tatiana Stoco[47]: *a) teoria da pena proporcional ao fato sob fundamentos de prevenção geral de integração*, de acordo com a qual o desvalor quantificado do fato ou a gravidade do injusto fornece o critério decisivo da determinação da quantidade de pena (justa retribuição); *b) teoria da pena proporcional ao fato sob fundamentos de uma teoria expressiva da pena*, tratado em outro momento deste texto, que justifica a imposição da sanção penal a partir do papel da censura como elemento de expressão de reprovação e estabilização da norma; *c) teoria da pena proporcional ao fato como corolário dos princípios da culpabilidade e da legalidade*, igualmente já analisada, demarca a função de prevenção geral de delitos ao contexto de justificação da existência da pena perante a sociedade, restando ao momento da aplicação a necessidade de sua legitimação perante o afetado, possível apenas se ancorada nos princípios da culpabilidade e da legalidade, barreiras ético-jurídicas que se colocam contra o exercício do poder estatal; *d) adoção da perspectiva proporcional ao fato como modelo de determinação judicial da pena*, evidenciando o papel da culpabilidade para a medida da pena (princípio da *culpabilidade pelo fato*), o que possibilita o definitivo abandono de avaliações discricionárias da personalidade do autor. Em todos esses modelos, que invariavelmente tratam do conceito de proporcionalidade, o ato de aplicação da pena deverá previamente enfrentar uma análise subsidiária dos requisitos da adequação, necessidade e proporcionalidade *stricto sensu*[48].

da delinquência, em que os crimes não são estudados segundo a sua gravidade, *d)* pelo erro de raciocínio, que consiste em considerar que a discriminação do sistema de justiça penal é provada pelo simples fato de constatar que as pessoas de classe desfavorecida são majoritárias entre os prisioneiros. (Cf. AEBI, Marcelo Fernando. Op. cit., p. 29-63.)

47. STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena:* uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019. p. 104-114.

48. Para Virgílio Afonso, a aplicação da regra da proporcionalidade nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras, de sorte que se pode dizer que tais sub-regras se relacionam de forma subsidiária entre si. (Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais,* São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002. p. 35 e ss.) Essa ideia de proporcionalidade, originária do direito constitucional, pode ser relacionada à teoria da proporcionalidade da pena ao injusto culpável (*Tatproportionalität*) na medida em que responda às seguintes indagações formuladas por Cirino dos Santos, demonstrando-se a relação entre merecimento ou culpabilidade do infrator e a pena aplicada: *i)* a pena criminal é um meio adequado (entre outros) para realizar o *fim* de proteger um bem jurídico? e *ii)* a pena criminal (meio *adequado*, entre outros) é, também, *meio*

USO EXCLUSIVO DO PROGRAM

5. A prisão e as dificuldades de atendimento da expectativa de prevenção especial positiva

Como exaustivamente demonstrado até aqui, improcede o argumento político-criminal-oficial de que a prisão teria o condão de promover a ressocialização. Ao contrário, aprofunda a marginalização social do sujeito encarcerado[49]. Enquanto *instituição total*[50] que é, o cárcere inviabiliza que o indivíduo tenha condições elementares de retornar ao convívio social em estágio melhor comparativamente ao que era quando nele ingressou, o que torna de difícil realização a proposta da prevenção especial positiva. Para ilustrar o resultado de uma convivência privada da vida comunitária e submetida a um conjunto de práticas de humilhações, veja-se a seguinte passagem de Erving Goffman:

> "Embora os internados possam ter planos para a saída e tenham um cálculo até de horas para a data de sua liberação, os que se aproximam desta tendem frequentemente a sentir-se angustiados e, como já foi sugerido, alguns criam um problema ou se alistam novamente no exército, a fim de evitar o problema. A angústia do internado quanto à liberação parece apresentar-se, muitas vezes,

necessário para realizar o *fim* de proteger um bem jurídico?, lembrando, ainda de acordo com Cirino dos Santos, que a proporcionalidade em sentido estrito tem por objeto a otimização das possibilidades jurídicas, ao nível da criminalização primária e da criminalização secundária, "também formulado em forma interrogativa: a pena criminal cominada e/ou aplicada (considerada meio adequado e necessário, ao nível da realidade) é *proporcional* em relação à natureza e extensão da lesão abstrata e/ou concreta do bem jurídico?". (Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 7. ed., rev. atual. e amp. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 29.)

49. Nesse sentido, Baratta chegou a opinar que "o cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o autorrespeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele", ao passo que as cerimônias de degradação no início da detenção, "com as quais o encarcerado é despojado até dos símbolos exteriores da própria autonomia (vestuário e objetos pessoais), são o oposto de tudo isso" (BARATTA, Alessandro. Op. cit., p. 183-184). Em suma, a vida no cárcere, como universo disciplinar, tem um caráter repressivo e uniformizante, diametralmente conflitante com o que se entende por efetiva educação/correção.

50. O caráter de uma instituição total, diz Erving Goffman, é simbolizado pelas barreiras que impõe à relação social do detento com o mundo externo, bem como pelas proibições à saída que muitas vezes estão incluídas no esquema físico do ergástulo prisional, como as portas fechadas, as paredes altas, o arame farpado, os fossos etc. (Cf. GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. 16.)

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

> sob a forma de uma pergunta que apresenta a si mesmo e aos outros: 'Será que posso me sair bem lá fora?' Esta pergunta abrange toda a vida civil como algo a respeito da qual tem concepções e preocupações. O que, para os de fora, é um fundo não-percebido para figuras percebidas, para o internado é uma figura num fundo maior. Talvez essa perspectiva seja desmoralizante, e seja uma das razões para que os ex-internados frequentemente pensem na possibilidade de 'voltar', bem como uma razão para que um número apreciável faça exatamente isso."[51]

Interessante destacar que a Lei de Execuções Penais (7.210/84) assegura, logo em seu art. 1º, que a execução penal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, além de prever outros direitos imprescindíveis ao resguardo do núcleo intocável da sua dignidade humana (p. ex.: arts. 10, 17, 28, 41 e 83). Em que pese a vigência desse catálogo de direitos, o plenário do STF, ao julgar a Medida Cautelar (MC) na ADPF 347-DF (09/09/2015), rel. min. Marco Aurélio, reconheceu, emulando paradigmática decisão da Corte Constitucional da Colômbia[52], o chamado Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) dos presídios brasileiros, tendo por consequência determinado: *a)* aos juízes e tribunais, que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão[53]; *b)* aos juízes, que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, perante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; *c)* à União, que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

---

51. GOFFMAN, Erving. Op. cit., p. 66-67.

52. Trata-se da Sentença T-025/2004, em que aquela Corte reconheceu o direito à moradia da "população deslocada colombiana" como passível de defesa pela aplicação do ECI. Íntegra do pronunciamento disponível em: [www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm]. Acesso em: 21.07.2020.

53. Após essa decisão, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 213, de 15.12.2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, a chamada audiência de custódia. Nessa linha, a Lei 13.964/19 deu nova redação ao *caput* do art. 310 do CPP, obrigando ao juiz, após o recebimento do auto de prisão em flagrante, a promoção de audiência de custódia com a presença do acusado no prazo máximo de 24 horas após a realização da prisão.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Trilhando os passos dessa importante decisão, o Supremo definiu, ao julgar o Recurso Extraordinário 580252-MS, rel. min. Teori Zavascki (julgamento finalizado no ano de 2017), que o preso submetido à situação degradante e à superlotação na prisão tem direito à indenização do Estado por danos morais, reconhecendo-se, pois, a responsabilidade do Estado pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia[54].

Aliada às ausências de ambientes físico e psicológico capazes de oferecer dignidade mínima ao preso durante o cumprimento da sua pena, bem como de condições de adaptabilidade do egresso ao mundo exterior, a ideia de ressocialização pode vir a ferir a sua autodeterminação, pois não há dúvidas de que a ressocialização configura uma livre escolha do indivíduo, isto é, não pode ser imposta pelo Estado. Nesse ponto, Luigi Ferrajoli pondera:

> "Ainda que sustentadas por boa parte da hodierna cultura penalista e que tenham penetrado até mesmo em nossa Constituição, as ideologias correcionalistas são, em primeiro lugar, incompatíveis com aquele elementar valor da civilização que é o respeito à pessoa humana: destas, aquelas da emenda, mesmo nas suas variantes mais atuais e edificantes da 'reeducação', ou 'ressocialização', ou 'reabilitação' ou, ainda 'recuperação social do réu', contradizem, irremediavelmente, o princípio da liberdade e da autonomia da consciência. 'Sobre si próprio, sobre a sua mente', afirmou John Stuart Mill, 'o indivíduo é soberano' [...]."[55]

A liberdade, no sentido de autonomia do indivíduo, já dizia Kant, é o único direito original, inato (natural), pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes[56]. Entende-se, pois, que, apesar de serem diminutas as condições de o cárcere produzir resultados úteis à ressocialização, não se pode pura e simplesmente abandonar o objetivo declarado de reintegração do condenado

54. Na ocasião, foi aprovada pelo plenário a seguinte tese: "Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento". Informação disponível em: [www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=336352]. Acesso em: 09.02.2020.

55. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 253.

56. KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru: EDIPRO, 2008. p. 83.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

à sociedade, que se inicia por uma adequada aplicação da pena de prisão, se tal medida realmente for indispensável para a paz social. A redução do encarceramento, assim como o implemento de medidas favoráveis à abertura do cárcere à sociedade, que ulteriormente receberá o apenado, são medidas importantes. A reintegração social do condenado, portanto, deve ser perseguida apesar da pena carcerária, que, pela visão minimalista aqui adotada, não pode ser completamente abolida, buscando tornar menos negativa a vida no cárcere, quando, repita-se, este não puder de alguma maneira ser evitado ou substituído.

6. O paradigma da justiça criminal negocial

Nem sempre é interessante ao acusado de um crime enfrentar as agruras e incertezas do processo penal, do qual poderá redundar um título condenatório, a ser cumprido debaixo das precárias condições carcerárias vistas anteriormente, sem contar o estigma social que a tão só existência do processo criminal comumente acarreta, eis que a mera imputação é confundida com culpa formada. Dessarte, situações há em que o tradicional caminho processual que conduz à aplicação e execução da pena de prisão a ninguém interessa, seja ao apenado, seja à vítima, seja à sociedade[57].

Como o próprio nome o diz, a *justiça penal negocial* implica a realização de um negócio jurídico, ordinariamente entre o Estado e o acusado ou entre este e a própria vítima. Por natural, o negócio que se entabula busca, dentro de parâmetros prefixados, satisfazer os interesses de ambas as partes envolvidas. No Brasil, a despeito da previsão vergastada no art. 98, inc. I, da Constituição Federal de 1988, o grande marco de incentivo desse tipo de prática é a Lei 9.099/95, que abriu, embora para as restritas hipóteses de crimes cuja pena máxima não seja superior a dois anos (menor potencial ofensivo), importantes espaços de consensos, verificados nos casos de composição dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo (arts. 69-76, 79 e 89). Em todos eles, o acusado se coloca na postura de aceitar cumprir obrigações, livrando-se do cárcere.

57. O mesmo ocorre em relação às empresas que, diante da possibilidade de incorrerem em alguma prática criminosa no exercício das suas atividades comerciais (*v.g.*: lavagem de dinheiro ou corrupção), terminam optando por adotar sistemas de *criminal compliance*. As vantagens legais estão previstas no art. 7º, inc. VIII, da Lei Anticorrupção (12.846/13), que diz: "Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: [...]; VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica".

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

De seu turno, a Lei 12.850/13, que deu uma nova roupagem ao instrumento da colaboração premiada[58], considerada um meio de obtenção de prova, abriu margens até então inimagináveis de negociações quanto à aplicação do direito penal, dentro ou fora dos domínios do processo penal, independentemente da natureza dos crimes sob investigação. Segundo o art. 4º da Lei 12.850/13, o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Assegura, ademais, a mesma lei, que se a colaboração for posterior à sentença, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 4-A, § 5º, incluído pela Lei 13.964/19).

Um outro aspecto da justiça criminal consensual refere-se à barganha ou *plea bargaining*, que significa, basicamente, a renúncia do acusado ao seu direito constitucional de defesa, o que faz em troca de algum benefício, em regra redução de pena. Ao passo que na colaboração premiada o colaborador, além de reconhecer os crimes praticados, compromete-se a incriminar terceiros (coautores, partícipes), na barganha é suficiente um reconhecimento unilateral de culpabilidade (autoincriminação), acelerando-se o percurso necessário à imposição da sanção penal. No Brasil, com algumas variantes, destacaram-se as seguintes tentativas de introdução desse controvertido método negocial: "pacote anticrime", do Ministério da Justiça[59]; Projeto de Lei do Senado Federal (PLS) 159/09, que institui o Novo CPP; e PLS 236/12, que institui o Novo Código Penal[60].

58. Para um interessante estudo sobre a colaboração premiada como negócio jurídico extrajudicial, cf. MORAIS DA ROSA, Alexandre et al. *Delação premiada como negócio jurídico*. Florianópolis: EMais, 2019.

59. Essa tentativa fracassou rapidamente, pois a Câmara Federal logo de início rejeitou o instituto do *plea bargain* incorporado ao Projeto, tendo posteriormente aprovado a Lei 13.964/19 sem a sua presença.

60. Para comentários críticos em relação aos dois últimos, cf. GIACOMOLLI, Nereu José. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Criticam-se os ensaios de cópia do modelo norte-americano de *plea bargaining*[61] por ele supostamente relativizar princípios que impõem limites à aferição da culpabilidade do acusado, cruciais a um processo penal democrático, entre eles a presunção de inocência, o *in dubio pro reo*, o *due process of law* e o dever de fundamentação da decisão judicial[62], pois no ambiente negocial o magistrado exerce uma função meramente formal, homologatória da avença. Para Bernd Schünemann, enquanto o "direito da sociedade" encontra a sua legitimação última na autonomia privada, o direito penal, em virtude de seu papel de *ultima ratio* para a proteção de bens jurídicos, pressupõe uma inquebrantável vigência de normas, o que o impossibilita de tornar-se objeto de processos de negociação[63].

Em que pesem as objeções apresentadas contra o *plea bargain*, muitas delas fundamentadas e dignas de cuidadosas reflexões, vê-se que o paradigma da justiça penal negocial, cujos contornos se afiguram inegavelmente mais abrangentes, é uma realidade inexpugnável no mundo contemporâneo, mesmo em países fincados na matriz de *civil law*, de sorte que a preocupação que se sustenta como a mais acertada caminha no sentido de se equalizar esse modelo consoante as peculiaridades de cada ordenamento jurídico que decida o adotar. Com efeito, situações haverá em que a pena de prisão se fará imprescindível para a eficiente proteção social (p. ex., em se tratando de crimes cometidos mediante o emprego de violência física), malgrado passível de modulação a partir de uma negociação amparada na própria lei.

---

expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, v. 20, n. 3, set-dez. 2015. p. 1120.

61. Ver maiores aprofundamentos em torno dessa complexa sistemática em: ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review,* v. 79, n. 1, jan. 1979. p. 1-43; ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 36, n. 1, Autumn, 1968. p. 50-112; STUNTZ, William J. Plea bargaining and criminal law's disappearing shadow. *Harvard Law Review,* n. 117, n. 8, jun. 2004. p. 2548-2569; STUNTZ, William J. et al. Plea bargaining as contract. *The Yale Law Journal,* v. 101, n. 8, jun. 1992. p. 1909-1968; SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. *The Yale Law Journal,* v. 101, n. 8, jun. 1992. p. 1979-2009.

62. Mesmo nos Estados Unidos, país matriz do modelo, há severos questionamentos em relação à sua (des)funcionalidade. Deve-se, pois, ter muito cuidado com a transferência de itens jurídicos de um ordenamento jurídico a outro (*transplantes jurídicos*), pois frequentemente a operação não é exitosa. A propósito do tema, cf. DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* n. 39, dez. 2018. p. 76-96.

63. SCHÜNEMANN, Bernd. In: GRECCO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 314.

USO EXCLUSIVO DO PROGRIM

6.1. Acordo de não persecução penal

Sem dúvida, o acordo de não persecução penal, previsto originalmente na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), é mais uma manifestação da justiça criminal negocial, sendo inúmeras as suas vantagens: limita ainda mais a aplicação da pena de prisão, impõe celeridade ao trâmite processual, diminui a pesada carga de trabalho no Judiciário e promove a reparação dos danos sofridos pela vítima do crime.

Conforme o art. 18 da resolução em apreço, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal (ANPP) quando, cominada pena mínima inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Não tardou e tal modalidade de acordo tornou-se objeto de muitos contestes, sob o argumento de inconstitucionalidade por violação ao princípio acusatório, à reserva de jurisdição e ao princípio da legalidade. Veio, porém, a Lei 13.964/19, tendo positivado no âmbito do CPP o instituto, o que fez praticamente nos mesmos moldes da resolução do CNMP (art. 28-A do CPP), cumprindo ao juiz das garantias a tarefa de homologar o ANPP, quando formalizado durante a investigação (art. 3º-B, inc. XVII, do CPP). Ressalte-se que, recentemente, a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) ingressou no STF com a ADI 6.305, alegando inconstitucionalidades nos incisos III e IV e §§ 5º, 7º e 8º do art. 28-A do CPP, nomeadamente as partes que entregam ao juízo da execução algumas competências sobre o acordo firmado, o que desafiaria a prerrogativa constitucional do Ministério Público, decorrente da sua titularidade exclusiva

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

da ação penal pública, além da própria concepção do sistema acusatório e da imparcialidade objetiva do juiz[64].

6.2. *Nova vitimologia e justiça penal restaurativa*

A nova vitimologia nada mais é do que um movimento de reação às práticas de neutralização da figura da vítima, iniciadas desde o instante em que o Estado assumiu o *jus puniendi*[65]. Fala-se, assim, modernamente, no aparecimento de uma fase de *redescobrimento* desse sujeito até então relegado à mera função de testemunha, na qual intenta-se atender aos seus legítimos direitos[66], minimizando-se os efeitos dos processos de vitimização[67]. Com isso, todo e qualquer método

64. Importante salientar que em decisão cautelar monocrática proferida no dia 22.01.2020, o min. Luiz Fux, relator da ação, indeferiu, no ponto, o pedido. Decisão disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf]. Acesso em: 11.02.2020.

65. Para maiores considerações sobre *idade de outro*, *neutralização* e *redescobrimento* da vítima, cf. ALFARO, Luis Miguel Reyna. Las víctimas en el Derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. *Eguzkilore*: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 22, 2008. p. 136-137; BOVINO, Alberto. La víctima como preocupación del abolicismo penal. In: MAIER, Julio (Comp.). *De los delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p. 272-274; MAIER, Julio B. S. La víctima y el sistema penal. In: MAIER, Julio B. S. (Comp.). *De los delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p. 185-187 e 241 ss.; HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000. p. 29.

66. Para George Fletcher, "victims definitely have a place in the definition of the interests protected by the criminal law". (Cf. FLETCHER, George P. The place of victims in the theory of retribution. *Buffalo Criminal Law Review,* v. 3, n. 1, apr. 1999. p. 51-52.) A bem da verdade, a vítima por longo período tornou-se esquecida tanto do direito penal quanto do processo penal e da criminologia. O primeiro, ao tratar da proteção de bens jurídicos, castigando aquele que cometeu o delito, negligenciou o dano causado à vítima e a necessidade de reparação. O segundo, ao deixá-la à margem do processo, prejudicou a proteção dos seus direitos. A terceira, inicialmente preocupada com o delinquente, quando passou a entender o delito como um fenômeno relacional, não analisou a vítima da relação, restringindo-se, apenas, ao escrutínio dos processos de criminalização. (Cf. nesse sentido, PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 46.)

67. Por vitimização *primária*, entende-se a que deriva diretamente do crime. A *secundária* emana das unidades estatais que atendem a vítima, responsáveis pelas respostas formais e informais. Por fim, a *terciária* procede da conduta posterior da mesma vítima, resultante dos processos de rotulação. Ver, mais detalhadamente, BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Universidade de Brasília, 2000a. p. 103-109.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

legal que, satisfazendo prioritariamente os direitos da vítima, produza como consequência restrições na aplicação da pena de prisão ao seu algoz, será compatível com os ditames da nova vitimologia.

Contrapondo-se à tradicional ideia de culpabilizar a vítima pela ocorrência do delito, esse novo modelo preocupa-se em tornar o sujeito vitimizado mais proativo no âmbito do processo penal, em que participará ativamente na definição da situação jurídica do autor[68]. Pautado na perspectiva do atendimento prioritário dos interesses da vítima, Claus Roxin vislumbra, ao lado das penas privativas de liberdade e das medidas de segurança, portanto sem as eliminar por completo, uma terceira modalidade de sanção jurídico-penal, qual seja a *reparação*, cuja finalidade estruturante seria a de propiciar a expiação do crime a partir dos interesses exclusivos da vítima[69]. Analisando as virtudes de tal possibilidade, Jesús-María Silva Sanchez menciona a promulgação de recomendações por parte do Conselho da Europa e das Nações Unidas, como também de leis nacionais nos Estados Unidos, na Alemanha, na França, na Inglaterra e na Bélgica, todas elas no sentido de melhor proteger a vítima dos danos advenientes da vitimização secundária (fase processual), garantindo-se a obtenção pela vítima de indenização de modo seguro e não dependente de eventual solvência do autor do crime[70]. Para Lola Aniyar de Castro, é chegado o momento de transição da antiga vitimologia positivista, que joga a culpa do delito na conta de responsabilidade da vítima, para uma dimensão que reclama não só justas indenizações, mas também a presença da vítima como parte importante do processo penal, facilitando-se a

68. Contrariamente, ver: LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002. p. 101. Com reservas no que se refere à posição da vítima como parte no processo penal, cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos*, cit., p. 112-123.

69. ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. Trad. Julio B. J. Maier y Elena Carranza. In: MAIER, Julio et al. *De los delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992. p. 156. Silva Sánchez diz que tal qual as multas, não caberia ignorar uma reparação do dano como sanção no campo processual penal. Segundo assinala, em virtude do estigma característico do penal, a reparação sancionatória "poderia claramente se mostrar como uma sanção eficiente para um determinado setor de fatos lesivos, em relação aos quais a pena criminal torna-se desproporcional e a reparação especificamente civil ineficaz na tarefa de dissuasão". (Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Mauricio Antonio R. Lopes. Barueri: Manole, 2004. p. 44.)

70. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmática". *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 15, 1993. p. 13.

USO EXCLUSIVO DO CORRIM

solução privada dos conflitos e a obrigação de dar à vítima as devidas assistências social e psicológica[71].

Seguindo os mesmos passos da nova vitimologia, a justiça penal restaurativa trata com prioridade a figura da vítima[72], fomentando especiais técnicas de autocomposição dos conflitos, sempre num ambiente de concórdia. Ao passo que a justiça retributiva ou tradicional prioriza culpabilizar e infligir sofrimento ao ofensor, o modelo de justiça penal restaurativa envolve a vítima, o autor do fato e a comunidade na busca de soluções criativas em prol da reparação, reconciliação e segurança para todos os envolvidos, sendo de teor eminentemente cooperativo o processo no qual se dão tais esforços[73]. Conforme aponta Elena Larrauri, as origens da justiça restaurativa encontram-se no abolicionismo, na vitimologia e nos grupos críticos do sistema penal, interessados em implementar alternativas à pena de prisão[74].

Trata-se, portanto, de uma proposta que enfrenta com coragem o fracassado sistema de justiça criminal. Dada a sua importância, espera-se que em um futuro próximo seja adotada para a resolução *suasória* de crimes mais graves, pois não

71. CASTRO, Lola Aniyar de. Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas. *Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP,* Perú. 2. ed., 2006. p. 3.

72. Para Ezzat Fattah, o futuro da vitimologia dependerá em grande medida da aceitação do paradigma da justiça penal restaurativa. (Cf. FATTAH, Ezzat A. Op. cit., p. 23.)

73. As diferenças entre esses sistemas são apresentadas por Howard Zehr: *a)* Justiça retributiva: (1) o crime viola o Estado e suas leis; (2) o foco da justiça é o estabelecimento da culpa; (3) para que se possa administrar doses de dor; (4) a justiça é buscada através de um conflito entre adversários (5) no qual o ofensor está contra o Estado; (6) regras e intenções valem mais que os resultados; (7) um ganha e o outro perde; *b)* Justiça restaurativa: (1) o crime viola pessoas e relacionamentos; (2) a justiça visa identificar necessidades e obrigações; (3) para que as coisas fiquem bem; (4) a justiça fomenta o diálogo e entendimento mútuo; (5) dá às vítimas e ofensores papéis principais; (6) é avaliada pela medida em que responsabilidades foram assumidas, necessidades atendidas, e cura (de indivíduos e relacionamentos) promovida (cf. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes:* justiça restaurativa para o nosso tempo. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 214). Contra a dicotomia dos dois sistemas apresentados, portanto defendendo a compatibilidade ou relação entre ambos, cf. DUFF, Antony. Restoration and retribution. In: VON HIRSCH, Andrew et al. *Restorative justice and criminal justice.* Competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 43-59.

74. LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 51, 2004. p. 71.

USO EXCLUSIVO DO PROGRIM

há na legislação dispositivos expressos que autorizem a cabal isenção de responsabilidade penal – mas unicamente atenuação do *quantum* da pena, conforme, *v.g.*, art. 65, inc. III, *b*, CP – ao agente que entre em composição com a vítima de crime que envolva violência física ou grave ameaça. Esse vácuo, ao que parece, seria colmatado apenas sob uma perspectiva *de lege ferenda*. Por enquanto, há a Resolução 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que dispõe sobre a política nacional de justiça restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Segundo esse documento, o modelo de justiça

> "constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano (concreto ou abstrato), são solucionados de modo estruturado" (artigo 1º).

Sendo três as proposições técnicas de solução dos conflitos: *1ª)* Necessária participação do ofensor, da vítima, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso (inciso I)[75]; *2ª)* Coordenação das práticas restaurativas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos (inciso II); *3ª)* Foco das práticas restaurativas na satisfação das necessidades de todos os envolvidos, na responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o fato danoso e no empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro (inciso III)[76].

Ainda de acordo com a resolução em comento, a aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, considerando-se as suas implicações à luz do sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a

75. Nesse sentido, retratando com muita propriedade as vantagens na prevenção do crime que esse modelo carreia, cf. HUDSON, Barbara. Victims and offenders. In: VON HIRSCH, Andrew et al. *Restorative justice and criminal justice*. Competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 177-194.

76. Sem embargo, apresentam-se críticas ao modelo restaurativo de justiça, destacando-se: múltiplos e pouco claros objetivos; subespecificação de seus meios e modalidades; pouco ou nenhum critério disposicional, ou seja, larga discricionariedade em seu procedimento; pendências nos padrões de avaliação da sua funcionalidade. Cf., por todos, nesse tocante, VON HIRSCH, Andrew et al. Op. cit., p. 22-24.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

comunidade (§ 2º do art. 1º). A justiça restaurativa se orienta pelos seguintes princípios: a corresponsabilidade, a reparação dos danos, a atendimento às necessidades de todos os envolvidos, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade (artigo 2º)[77].

Insta salientar que a resolução foi precedida de um "protocolo interinstitucional para difusão da justiça restaurativa" celebrado entre o CNJ e entidades outras do Poder Judiciário em 14 de agosto de 2014. Seu objetivo geral consiste em promover a difusão dos princípios e práticas de Justiça Restaurativa como estratégia de solução autocompositiva e pacificação de situações de conflitos, violências e infrações penais, incentivando-se o desenvolvimento de atividades como: mobilização social e difusão cultural; promoção do enfoque restaurativo e da cultura da paz; formação de recursos humanos e aplicação dos conceitos da justiça restaurativa e suas práticas; apoio à implantação dos programas.

Diante dos valores humanos que abarca, ressaltando-se a preocupação com os legítimos direitos e necessidades da vítima do crime, assegurados no âmago de um processo marcado pela consensualidade, o que desmitifica a imagem de *vencedor e vencido*, típico do processo contencioso, a Justiça (Penal) Restaurativa pode e deve ser acatada como um importante instrumento para promover o alcance da desejada pacificação social.

7. Considerações finais

Apesar das dificuldades de justificação enfrentadas ao longo da sua conturbada existência como método punitivo autônomo, realçadas, por exemplo, pela *teoria agnóstica* de Eugenio Zaffaroni, que discute a sua legitimação, a pena de prisão persiste nas sociedades contemporâneas como uma das principais respostas do Estado contra o crime, tratando-se, por vezes, há que se reconhecer, de um mal necessário. Por isso, tem-se que, em vez de se defender a sua completa abolição do organograma jurídico-penal, mostra-se mais sensato buscar mecanismos que, de um lado, a tornem mais igualitária – na ocasião da aplicação – e

77. No mesmo sentido, John Braithwaite atribui à justiça restaurativa valores como: não dominação; empoderamento; proibição de qualquer forma de tratamento degradante ou humilhante (honra aos limites); escuta respeitosa; igual preocupação com todas as partes envolvidas; responsabilidade e apelabilidade. (Cf. BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, Andrew et al. *Restorative justice and criminal justice*. Competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. p. 8-14.)

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

humana – no momento da execução – e, do outro, restrinjam-na a situações pontuais, imprescindíveis à manutenção da harmonia social.

Nessa linha argumentativa, não mais se aceita dizer que a pena cumpre a função de mera retribuição (às vezes confundida com vingança) ao autor do injusto penal. À moderna finalidade preventiva da pena de prisão há que se justapor a culpabilidade como base de legitimação, sendo certo que a imposição do cárcere encontra limites em princípios da cariz constitucional, como os da proporcionalidade segundo o grau da ofensa praticada, legalidade e igualdade.

Constatou-se que as dificuldades de se atender a contento ao requisito da prevenção especial (positiva), que diz com a ressocialização do apenado, levou a que o tradicional modelo adversarial de justiça penal fosse confrontado com o nascente método de justiça criminal negocial, no qual há um voluntário reconhecimento de culpabilidade da parte do autor, que na mesma toada também se compromete a determinadas obrigações (por exemplo: reparação dos danos à vítima, ressarcimento ao erário, indicação dos demais autores e partícipes do fato criminoso etc.).

Esse modelo tem potencialidade para trazer inúmeros benefícios aos sujeitos envolvidos na querela judicial penal, bem como à própria sociedade, mormente no que concerne à redução da criminalidade, pois se materializa no seio de um processo cooperativo (e comunicativo), cujo primado é o envolvimento da vítima, do ofensor e da comunidade na busca de soluções criativas que promovam a reparação, a reconciliação e a segurança, tornando, dessarte, o direito penal mais eficiente e humanizado. Alguns métodos, todavia, a exemplo do *plea bargain*, ainda se mostram bastante controversos, o que reclama uma maior maturidade institucional antes do seu efetivo transplante ao ordenamento jurídico doméstico.

8. Referências bibliográficas

AEBI, Marcelo Fernando. Crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta. In: PÉREZ-ALVAREZ, Fernando (Ed.). *Serta in Memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2004.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

ALFARO, Luis Miguel Reyna. Las víctimas en el derecho penal latinoamericano: presente y perspectivas a futuro. *Eguzkilore:* Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, n. 22, 2008.

ALSCHULER, Albert W. The prosecutor's role in plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v. 36, n. 1, p. 50-112, Autumn 1968.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review,* v. 79, n. 1, p. 1-43, jan. 1979.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. 22. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal:* introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio. *Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia.* Trad. Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Universidade de Brasília, 2000a.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão:* causas e alternativas. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BOVINO, Alberto. La víctima como preocupación del abolicismo penal. In: MAIER, Julio (Comp.). *De los delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, Andrew et al. *Restorative justice and criminal justice.* Competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

BRUNO, Aníbal. *Das penas*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

CASTRO, Lola Aniyar de. Derechos humanos: delincuentes y víctimas, todos víctimas. *Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP,* Perú. 2. ed., 2006.

DOTTI, René Ariel. *Bases alternativas para o sistema de penas*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

DUFF, Antony. Restoration and retribution. In: VON HIRSCH, Andrew et al. *Restorative justice and criminal justice.* Competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

DUTRA, Deo Campos. Transplantes Jurídicos: história, teoria e crítica no Direito Comparado. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS,* n. 39, p. 76-96, dez. 2018.

FATTAH, Ezzat A. Victimología: pasado, presente y futuro. Trad. María del Mar Daza B. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* Andalucía, n. 16-r2, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FLETCHER, George P. The Place of victims in the theory of retribution. *Buffalo Criminal Law Review,* v. 3, n. 1, apr. 1999.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GIACOMOLLI, Nereu José. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos* – Eletrônica, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, set.-dez. 2015.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos.* Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2015.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, ano 8, n. 32, p. 120-163, out.-dez. 2000.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2000.

HÖRNLE, Tatjana. *Straftheorien*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011.

HUDSON, Barbara. Victims and offenders. In: VON HIRSCH, Andrew et al. *Restorative justice and criminal justice.* Competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal, parte general:* fundamentos y teoría de la imputación. Trad. Joaquín Cuello Contreras et al. 2. ed. corr. Madrid: Marcial Pons, 1997.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru: Edipro, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 51, p. 67-105, 2004.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

MAIER, Julio B. S. La víctima y el sistema penal. In: MAIER, Julio B. S. (Comp.). *De los delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

MOORE, Michael. *Placing blame:* a general theory of the criminal law. New York: Oxford University Press, 2010.

MORAIS DA ROSA, Alexandre et al. *Delação premiada como negócio jurídico*. Florianópolis: EMais, 2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa:* da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

RAMOS, Luiz Rodriguez. *Liberdades civicas y derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1975.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. Trad. Julio B. J. Maier y Elena Carranza. In: MAIER, Julio et al. *De los delitos e de las víctimas*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André L. Callegari e Nereu J. Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Temis Librería, 1984.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 7. ed., rev. atual. e amp. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. *The Yale Law Journal*, v. 101, n. 8, p. 1979-2009, jun. 1992.

SCHÜNEMANN, Bernd. La función del principio de culpabilidad en el derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, Bernd (Comp.). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-María Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. In: GRECCO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 91, n. 798, abr. 2002.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. La consideracion del comportamiento de la víctima en la teoria juridica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmatica". *Cuadernos de Derecho Judicial*, n. 15, p. 11-52, 1993.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Mauricio Antonio R. Lopes. Barueri: Manole, 2004.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Culpabilidade e medida da pena:* uma contribuição à teoria de aplicação da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2019.

STUNTZ, William J. et al. Plea bargaining as contract. *The Yale Law Journal*, v. 101, n. 8, p. 1909-1968, jun. 1992.

STUNTZ, William J. Plea bargaining and criminal law's disappearing shadow. *Harvard Law Review,* v. 117, n. 8, p. 2548-2569, jun. 2004.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena:* fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TEIXEIRA, Adriano. Las teorías retributivas en el pensamiento angloamericano contemporáneo. *En Letra:* Derecho Penal, v. 7, p. 35-77, 2018.

TEIXEIRA, Alessandra. Dispositivos de exceção e novas racionalidades do sistema punitivo: o surgimento do PCC e o modelo RDD. *Perspectivas,* São Paulo, v. 36, p. 175-208, jul.-dez. 2009.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

VON HIRSCH, Andrew. *Censure and sanction*. New York: Oxford University Press, 1993.

VON HIRSCH, Andrew et al. Specifying aims and limits for restorative justice: a 'making amends' model? In: VON HIRSCH, Andrew et al. *Restorative justice and criminal justice*. Competing or reconcilable paradigms? Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

WACQUANT, Lïoc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Lïoc. *As prisões da miséria.* Trad. André Telles. 2. ed. amp. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas:* a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa et al. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes:* justiça restaurativa para o nosso tempo. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O Princípio da proporcionalidade como princípio limitador da pena, de Ulfrid Neumann e Antonio Martins – *RBCCrim* 71/205-232 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 1/523-545 (DTR\2008\743); e
- Reflexões sobre a proporcionalidade e suas repercussões nas ciências criminais, de Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo e Marco de Aguiar Villas Bôas – *RBCCrim* 74/230-280 (DTR\2008\775).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas

Magistrates' knowledge of memory processes in witness testimony and people recognition

Sabrina Schmidt

Mestre em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) (2019). Psicóloga na Universidade Feevale.
ORCID: 0000-0002-8416-4293
sabrischmidt@hotmail.com

Júlia Schneider Krimberg

Mestranda em Neurociências na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Psicóloga pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista CNPq no Grupo de Pesquisa em Processos Cognitivos da PUCRS.
ORCID: 0000-0003-3108-000X
juliaskrimberg@gmail.com

Lilian M. Stein

Pós-Doutora em Psicologia pela Universidad de Barcelona, Espanha (2011). PhD em Cognitive Psychology, University of Arizona, Arizona, Estados Unidos (1998). Professora titular do Programa de Pós-Graduação em Psicologia da PUCRS.
ORCID: 0000-0002-2314-7369
stein.lilian@gmail.com

Recebido em: 29.03.2019
Aprovado em: 19.08.2020
Última versão das autoras: 25.08.2020

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: Provas testemunhais dependentes da memória têm sido cruciais na tomada de decisão em processos judiciais. Contudo, a memória está sujeita a falhas e precisa ser preservada e coletada de forma adequada para minimizar distorções. Foi realizada uma pesquisa de

Abstract: Memory-dependent witness trials have been crucial in decision-making in court cases. However, memory is subject to failure and needs to be preserved and collected appropriately to minimize distortion. A survey was conducted in order to identify magistrates' knowledge about

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

levantamento a fim de identificar o conhecimento dos magistrados sobre a memória nos relatos testemunhais e reconhecimento de pessoas. Acreditava-se que o conhecimento dos juízes sobre o referido tema seria baseado em senso comum, diferentemente da literatura, e que tal conhecimento não seria significativamente diferente do público leigo. 234 participantes (51% juízes e 49% público leigo) responderam a um questionário com 30 declarações. O conhecimento dos magistrados foi analisado à luz de estudos científicos consolidados na área da Psicologia do Testemunho. Confirmando as hipóteses, os juízes apresentaram conhecimento relativamente limitado sobre o tema (M = 55%), independentemente do tempo de atuação na magistratura. Em 23% das declarações, os leigos apresentaram respostas mais condizentes com a literatura do que os magistrados. Essa discrepância entre conhecimento científico e as crenças dos magistrados – responsáveis pela condenação ou absolvição de suspeitos – pode impactar na tomada de decisão, gerando consequências no diz respeito aos direitos das pessoas envolvidas.

Palavras-chave: Psicologia do Testemunho – Memória – Direito Penal – Reconhecimento de Pessoas – Relatos testemunhais.

memory in witness reports and recognition of people. It was believed that the judges' knowledge of this subject would be based on common sense, rather the literature, and that such knowledge would not be significantly different from the lay public. 234 participants (51% judges and 49% lay public) answered a questionnaire with 30 statements. The knowledge of magistrates was analyzed in light of consolidated scientific studies in the area of Witness Psychology. Confirming the hypotheses, the judges presented relatively limited knowledge on the subject (M = 55%) regardless of the experience time as judge. In 23% of the statements, the laity presented answers that were more consistent with the literature than the magistrates. This discrepancy between scientific knowledge and the beliefs of magistrates – responsible for the conviction or acquittal of suspects – can impact decision making and hence generate consequences on the preservation of the rights of people involved.

Keywords: Witness Psychology – Memory – Criminal Law – Suspects Recognition – Witness Testimony.

Sumário: 1. Introdução. 2. Método. 2.1. Elaboração do Instrumento. 2.1.1. Participantes. 2.1.2. Instrumentos. 2.1.3. Procedimentos. 2.2. Estudo de Levantamento. 2.2.1. Delineamento. 2.2.2. Participantes. 2.2.3. Instrumentos. 2.2.4. Procedimentos. 3. Resultados e discussão. 3.1. Testemunho. 3.2. Reconhecimento. 3.3. Detecção de Mentiras. 3.4. Efeitos da experiência. 3.5. Comparação dos juízes com público leigo. 4. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O[1] relato de testemunhas e o reconhecimento de pessoas são meios de prova dependentes da memória e estão previstos, respectivamente, nos artigos 202 e 226 do Código de Processo Penal (CPP). Diferentes processos judiciais têm utilizado dessas provas como evidência para a tomada de decisões. Contudo, é preciso considerar que existem limitações em relação à veracidade de evidências

1. Declaro, para os devidos fins, não haver conflito de interesses que comprometa a cientificidade do trabalho apresentado.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

oriundas da memória humana, uma vez que a memória é falível e propensa a erros.[2] O que é codificado na memória depende de como a pessoa entende o evento, assim como de suas expectativas, necessidades e estado emocional no momento do armazenamento das informações.[3] Ou seja, está relacionado com a forma como o cérebro de cada testemunha vai codificar, armazenar e recuperar informações.[4] Sendo assim, a memória não pode ser considerada como uma filmadora ou uma máquina fotográfica, visto que envolve um processo de reconstrução e está sujeita a distorções.[5] Nos EUA, relatos equivocados de testemunhas foram considerados como fator responsável por 75% dos casos de prisão indevida.[6-7-8] Uma condenação injusta, além de implicar a privação de liberdade de um inocente, concede liberdade a um culpado, e, com isso, pode repercutir em riscos para a sociedade.[9]

A partir da literatura sobre o funcionamento da memória humana, a Psicologia do Testemunho vem estudando as possíveis implicações da memória para

2. HELM, R. K.; CECI, S. J.; BURD, K. A. Can implicit associations distinguish true and false eyewitness memory? Development and preliminary testing of the IATe. *Behav. Sci. Law*, [S.l.], v. 34, n. 6, p. 803-819, jul. 2017. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09658211.2018.1441421]. Acesso em: 23.10. 2018. p. 803-819.
3. HOWE, M. L.; KNOTT, L. M. The fallibility of memory in judicial processes: Lessons from the past and their modern consequences. *Memory*, [S.l.], v. 23, n. 5, p. 633-656, 2015. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4409058/]. Acesso em: 01.03.2019.
4. SCHACTER, D. L.; LOFTUS, E. F. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute? *Nat Neurosci.*, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 119-123, jan. 2013. Disponível em: [www.nature.com/articles/nn.3294]. Acesso em: 13.09.2017.
5. HOWE, M. L.; KNOTT, L. M.; CONWAY, M. A. *Memory and miscarriages of justice*. New York, NY, US: Routledge/Taylor & Francis Group, 2018.
6. HOUSTON, K. A. et al. Expert testimony on eyewitness evidence: in search of common sense. *Behavioral Sciences & the Law*, v. 31, n. 5, p. 637-651, set.-out. 2013. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/28906303.pdf]. Acesso em: 18.05.2017.
7. WELLS, G. L.; MEMON, A.; PENROD, S. D. Eyewitness Evidence: improving its probative value. *Psychological Science in the Public Interest*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 45-75, nov. 2006. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1111/j.1529-1006.2006.00027.x?url_ver=Z39.88-2003&rfr_id=ori:rid:crossref.org&rfr_dat=cr_pub%3dpubmed]. Acesso em: 03.06. 2017.
8. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. Applied *Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.
9. VAN DER WALT, L. M. Judicial understanding of the reliability of eyewitness evidence: A tale of two cases. *PER, Potchefstroom*, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 01-32, jun. 2016. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2862589]. Acesso em: 01.03.2019.

USO EXCLUSIVO DO EDITOR

os processos judiciais.[10] Há mais de 30 anos, pesquisas da Psicologia do Testemunho, realizadas em vários países, têm identificado fatores que afetam a precisão e a qualidade dos relatos de testemunhas e do reconhecimento de pessoas,[11] buscando fornecer subsídios para procedimentos de coleta de provas dependentes da memória (*i.e.*, testemunho e reconhecimento) mais confiáveis e fidedignos.[12]

A literatura internacional tem questionado o quanto os juristas estão cientes dos fatores que podem alterar a exatidão e a confiabilidade dos relatos testemunhais, dada a dificuldade de distinguir entre uma testemunha precisa e imprecisa.[13] Diferentes estudos apontam que os juízes têm conhecimento limitado sobre fatores que podem impactar no relato de testemunhas quando suas percepções são comparadas com a opinião de especialistas.[14-15-16-17] Ademais, o conhecimento

10. STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.
11. WISE, R. A.; SAFER, M. A.; MARO, C. M. What U.S. Law enforcement officers know and believe about eyewitness factors, eyewitness interviews and identification procedures. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 25 n. 3, p. 488-500, maio 2011. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/acp.1717]. Acesso em: 24.02.2019.
12. CECCONELLO, W. W.; ÁVILA, G. N.; STEIN, L. M. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Ciências Políticas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1058-1073, ago. 2018. Disponível em: [www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5312/3982]. Acesso em: 25.10.2018.
13. HOUSTON K. A. et al. Expert testimony on eyewitness evidence: in search of common sense. *Behavioral Sciences & the Law*, v. 31, n. 5, p. 637-651, set.-out. 2013. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/28906303.pdf]. Acesso em: 18.05.2017.
14. BENTON et al. Eyewitness memory is still not common sense: comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l], v. 20, n. 1, p. 115-129, nov. 2005 (2006). Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/acp.1171]. Acesso em: 03.07.2017.
15. KASSIN, S. M. False Confessions: causes, consequences and implications for reform. *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences*, [S.l.], v. 1, n. 1, p. 112-121, ago. 2008. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1467-8721.2008.00584.x]. Acesso em: 01.03.2019.
16. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.
17. WISE, R. A. et al. An examination of the causes and solutions to eyewitness error. *Front Psychiatry*, [S.l.], v. 5, n. 102, p. 01-08, maio 2014. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4131297/]. Acesso em: 18.07.2017.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

de juristas sobre relato de testemunhas tem se mostrado semelhante ao conhecimento de pessoas leigas.[18-19-20] Os juristas alegam aprender aspectos relacionados à memória (envolvendo reconhecimento de pessoas e de relatos testemunhais) a partir da sua prática profissional. Contudo, são identificadas discrepâncias entre conhecimento científico advindo da Psicologia do Testemunho e as práticas relatadas por esses profissionais. Os magistrados parecem confiar excessivamente na memória de testemunhas e vítimas e talvez não estejam devidamente apropriados sobre as implicações de adotar práticas que não estão em acordo com os avanços científicos da Psicologia do Testemunho.[21] A partir de estudos oriundos da Psicologia do Testemunho, países do Reino Unido, Canadá e países nórdicos têm modificado a legislação e as práticas relacionadas aos processos de entrevista com testemunhas, vítimas e suspeitos, e realizaram mudanças nos procedimentos utilizados para o reconhecimento de pessoas.[22-23-24-25]

18. GRANHAG, P. A.; STROMWALL, L. A.; HARTWIG, M. Eyewitness Testimony: Tracing the Beliefs of Swedish Legal Professionals. *Behavioral Sciences & the Law*, [S.l], v. 23, p. 709-727, 2005. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/bsl.670]. Acesso em: 03.07.2017.
19. WISE, R. A. et al. An examination of the causes and solutions to eyewitness error. *Front Psychiatry*, [S.l.], v. 5, n. 102, p. 01-08, maio 2014. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4131297/]. Acesso em: 18.07.2017.
20. YARMEY, A. D. Eyewitness identification: guidelines and recommendations for identification procedures in the United States and in Canada. *Canadian Psychology/Psychologie canadienne*, [S.l.], v. 44, n. 3, p. 181-189, ago. 2003. Disponível em: [https://psycnet.apa.org/record/2003-07215-001]. Acesso em: 01.08.2017.
21. STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.
22. GRASSI-OLIVEIRA, R. Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 32, n. 2, p. 204, jun. 2010. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462010000200024]. Acesso em: 25.05.2018.
23. WELLS, G. L. Eyewitness identification. In: LUNA, Erik (Ed.). *Reforming criminal justice*: Policing. Tempe, AZ: Sandra Day O'Connor College of Law, 2018. v. 2. Disponível em: [https://lib.dr.iastate.edu/psychology_pubs/67/]. Acesso em: 01.03.2019.
24. WISE, R. A. et al. A comparison of Chinese judges' and US judges' knowledge and beliefs about eyewitness testimony. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 16, n. 8, p. 695-713, fev. 2010. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10683160903153893]. Acesso em: 16.11.2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O primeiro diagnóstico brasileiro sobre práticas adotadas para o reconhecimento e a coleta de depoimentos forenses foi realizado em 2015, por Stein e Ávila. Identifica-se que poucos são os estudos brasileiros que avaliam a exatidão de relatos testemunhais. Além disso, a legislação brasileira não contempla os conhecimentos científicos, consolidados há mais de vinte anos, oriundos da Psicologia do Testemunho.[26]

O Brasil tem o processo judicial como instrumento por excelência na garantia de um direito. E o juiz é o protagonista desse processo: depende dele fazer com que a justiça seja independente, acessível, eficaz e confiável.[27] A proposta do Novo Código de Processo Civil (NCPC), enfatiza a importância do juiz como gestor do processo. O juiz tem permissão para atribuir o ônus da prova de modo diverso (artigo 373, § 1º) e determinar, de ofício, as provas necessárias ao julgamento do mérito (artigo 370). Contudo, para que os julgamentos possam ser realizados a partir de relatos e reconhecimentos mais fidedignos, é necessário que os atores jurídicos (jurados, policiais, advogados e juízes) tenham conhecimento das limitações e possíveis distorções decorrentes de relatos de testemunhas.[28-29] Considerando o papel que os juízes possuem na condução e decisão dos processos

25. STEIN, L. M.; NYGAARD, M. L. C. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 151-164, abr.-jun. 2003. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016997c7cd12954df99a&docguid=Id637cc202d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Id637cc202d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 31.10.2018.
26. STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.
27. GERLERO, M. S. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2006.
28. MAGNUSSEN, S. et al. What judges know about eyewitness testimony: A comparison of Norwegian and US judges. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 177-188, jun. 2008. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10683160701580099?scroll=top&needAccess=true]. Acesso em: 03.07.2017.
29. WISE, R. A. et al. An examination of the causes and solutions to eyewitness error. *Front Psychiatry*, [S.l.], v. 5, n. 102, p. 01-08, maio 2014. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4131297/]. Acesso em: 18.07.2017.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

judiciais,[30-31-32] e o impacto que ter conhecimento científico relacionado à memória pode ter na produção de provas dependentes da memória,[33-34-35-36] o presente estudo se propõe a identificar o conhecimento dos magistrados brasileiros sobre esse tema e comparar tal conhecimento com a literatura científica oriunda da Psicologia do Testemunho. Além disso, buscou contribuir na identificação de lacunas do conhecimento dos magistrados brasileiros, as quais, possivelmente, podem repercutir na forma como é apreciada a qualidade das provas dependentes da memória. E, com isso, poderá, também, trazer subsídios para propostas de treinamentos para os magistrados e, oportunamente, mudanças na legislação e na forma de conduzir os processos de reconhecimento de pessoas e relato de testemunhas, a partir de estudos científicos consolidados na área da Psicologia do Testemunho.

30. LIMA, F. M. Da prova no Processo Penal brasileiro: aspectos doutrinários e jurisprudenciais. *Revista Controle,* publicação oficial do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, v. 6, n. 2, p. 101-122, dez. 2007. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/327923566_Da_prova_no_Processo_Penal_brasileiro_Aspectos_doutrinarios_e_jurisprudenciais]. Acesso em: 22.06.2018.

31. MAGNUSSEN, S. et al. What judges know about eyewitness testimony: A comparison of Norwegian and US judges. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 177-188, jun. 2008. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10683160701580099?scroll=top&needAccess=true]. Acesso em: 03.07.2017.

32. WISE, R. A.; SAFER, M. A. A comparison of what U.S. judges and students know and believe about eyewitness testimony. *Journal of Applied Social Psychology*, [S.l.], v. 40, n. 6, p. 1400-1422, jun. 2010. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1559-1816.2010.00623.x]. Acesso em: 16.11.2018.

33. HOUSTON, K. A. et al. Expert testimony on eyewitness evidence: in search of common sense. Behavioral Sciences & the Law, v. 31, n. 5, p. 637-651, set.-out. 2013. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/28906303.pdf]. Acesso em: 18.05.2017.

34. MAGNUSSEN, S. et al. What judges know about eyewitness testimony: A comparison of Norwegian and US judges. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 177-188, jun. 2008. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10683160701580099?scroll=top&needAccess=true]. Acesso em: 03.07.2017.

35. WISE, R. A. et al. An examination of the causes and solutions to eyewitness error. *Front Psychiatry*, [S.l.], v. 5, n. 102, p. 01-08, maio 2014. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4131297/]. Acesso em: 18.07.2017.

36. WISE, R. A.; SAFER, M. A. A comparison of what U.S. judges and students know and believe about eyewitness testimony. *Journal of Applied Social Psychology*, [S.l.], v. 40, n. 6, p. 1400-1422, jun. 2010. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1559-1816.2010.00623.x]. Acesso em: 16.11.2018.

USO EXCLUSIVO DO PDCRIM

2. Método

Foram desenvolvidos dois estudos: 1) a Elaboração do Instrumento, com o objetivo de elaborar um instrumento para ser utilizado no segundo estudo; e 2) o Estudo de Levantamento, que se propôs a identificar o conhecimento dos juízes sobre processos de memória envolvidos no reconhecimento de pessoas e nos relatos de testemunhas, para comparar esse conhecimento com a literatura científica e com o conhecimento do público leigo.

2.1. Elaboração do Instrumento

O primeiro estudo envolveu a) elaborar um instrumento para identificar conhecimentos acerca de temas sobre a memória em relação ao relato testemunhal e ao reconhecimento de pessoas; b) buscar evidências de validade aparente sobre os itens adaptados de instrumentos semelhantes utilizados em estudos internacionais, e c) produzir um instrumento validado empiricamente para ser utilizado no segundo estudo – Estudo de Levantamento, em nível nacional.

2.1.1. Participantes

A amostra foi composta por 30 pessoas, entre estudantes universitários, juízes e advogados. A primeira versão do questionário piloto foi avaliada por cinco juízes e cinco pessoas de outras áreas de formação que não o Direito (n = 10). A segunda versão do instrumento foi avaliada por outras seis pessoas: três estudantes de graduação (que não o Direito) e três advogados (n = 6). Para a terceira e última versão, em formato *on-line*, 14 pessoas (juristas e leigos) realizaram um teste piloto e avaliação do questionário (n = 14). Nesse estudo, os participantes foram selecionados por conveniência e bola de neve, e o tamanho da amostra foi definido por saturação, ou seja, foi suspensa a inclusão de novos participantes quando os dados obtidos apresentaram, na avaliação dos pesquisadores, certa redundância ou repetição.

2.1.2. Instrumentos

Um questionário autoaplicável foi elaborado com base na literatura científica relacionada ao tema, e foi organizado em três seções: 1) dados sociodemográficos; 2) conhecimentos prévios sobre Psicologia do Testemunho; e 3) declarações/afirmações sobre memória no reconhecimento de pessoas e relatos de testemunhas.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

O questionário sociodemográfico contemplou oito questões relativas à: idade, sexo, nacionalidade, estado e escolaridade. O público leigo também foi questionado sobre ter tido experiência prévia como testemunha ou jurado(a) em processos judiciais. E os juízes responderam o tempo de formação na área de direito, o tempo de exercício na magistratura e a área de atuação (*e.g.*, geral, cível, penal, trabalhista ou outra). O quadro sobre conhecimento prévio relacionado à área de Psicologia do Testemunho contemplou temas relacionados a falsas memórias, interrogatório, reconhecimento, relatos testemunhais, técnicas de entrevista e detecção de mentira.

As 30 declarações da terceira seção do questionário foram baseadas em alguns dos itens utilizados em estudos internacionais similares.[37-38-39-40] Os tópicos dessas declarações estavam relacionados a provas dependentes da memória: distinção de testemunhos verdadeiros e falsos, observadores treinados (policiais), curva de esquecimento, tempo de exposição, redação de perguntas, intoxicação alcoólica, foco na arma, detecção de mentiras, formato da apresentação e condução do reconhecimento de pessoas, provas cruzadas, sugestionabilidade infantil, redação de perguntas, violência do evento, eventos estressantes, confiança-precisão, maleabilidade e detalhes *vs.* confiança da testemunha. As alternativas de resposta para as declarações foram organizadas em escala Likert (cinco pontos) – 24 declarações em escala de concordância (discordo totalmente, discordo parcialmente, não concordo nem discordo, concordo parcialmente, concordo totalmente) e seis declarações em escala de confiança (desconfio totalmente, desconfio parcialmente, não confio nem desconfio, confio parcialmente, confio totalmente).

37. BENTON et al. Eyewitness memory is still not common sense: comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l], v. 20, n. 1, p. 115-129, nov. 2005 (2006). Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/acp.1171]. Acesso em: 03.07.2017.

38. KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.

39. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. Applied Cognitive Psychology, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

40. WISE, R. A.; SAFER, M. A. A comparison of what U.S. judges and students know and believe about eyewitness testimony. *Journal of Applied Social Psychology*, [S.l.], v. 40, n. 6, p. 1400-1422, jun. 2010. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1559-1816.2010.00623.x]. Acesso em: 16.11.2018.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

2.1.3. Procedimentos

Os participantes foram contatados em formato presencial ou por *e-mail*, conforme preferência e disponibilidade de cada um. Foi-lhes explicado que o objetivo do estudo era que pudessem contribuir com o aperfeiçoamento de um questionário sobre memória nos processos judiciais de reconhecimento de pessoas e relato de testemunhas. Para realizar a análise do instrumento, os participantes foram orientados a considerar a clareza das afirmações para o público-alvo (juízes e população em geral) e também a realidade do sistema judiciário brasileiro. Os participantes foram informados de que a participação era individual e voluntária, e que o instrumento elaborado neste estudo seria utilizado, posteriormente, como instrumento autoaplicável para juízes e público leigo no assunto.

Nos contatos presenciais, os participantes relataram o que entenderam sobre cada uma das declarações e contribuíram com sugestões que pudessem facilitar a compreensão das questões pelo público-alvo. Essas contribuições foram registradas por escrito pelas pesquisadoras, para posterior análise. Nos contatos *on-line*, os participantes encaminharam suas sugestões por *e-mail*.

O questionário passou por três etapas de aperfeiçoamento: após contribuições na primeira versão do instrumento, foram realizadas adequações e aplicada uma segunda versão do questionário – também com juristas e acadêmicos, utilizando o mesmo procedimento da etapa anterior, por meio de contatos presenciais e *on-line*. Novos ajustes foram realizados e a terceira versão do instrumento foi disponibilizada em formato *on-line*, na plataforma Qualtrics[41] de pesquisa, para análise e validação final. Representantes dos estudantes/leigos e dos juristas preencheram o questionário e, com base nos retornos obtidos, foram realizadas as últimas adequações.

Em todas as etapas dessa versão piloto, os convidados que aceitaram participar do estudo assinaram Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE,[42] garantindo o caráter voluntário e anônimo, assim como a possibilidade de desistência da participação, a qualquer momento da pesquisa.

2.2. Estudo de Levantamento

O segundo estudo buscou identificar o conhecimento dos juízes sobre processos de memória envolvidos no reconhecimento de pessoas e nos relatos testemunhais. Foi aplicado o instrumento elaborado e validado no primeiro

41. *Software* para elaboração e preenchimento de questionários *on-line*.

42. Comitê de ética em pesquisa da PUCRS (CEP), Parecer 3.016.598.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

estudo – Elaboração do Instrumento. O conhecimento dos juízes brasileiros foi comparado com a) a literatura científica relacionada ao tema; e b) o conhecimento do público leigo sobre esse assunto.

2.2.1. Delineamento

O segundo estudo foi realizado em forma de pesquisa de levantamento e comparativa entre dois grupos. Foi aplicado um questionário autoaplicável com perguntas fechadas, a fim de restringir as respostas e facilitar a comparação sobre as percepções dos dois grupos.[43]

2.2.2. Participantes

Participaram dessa pesquisa 119 juízes e 115 leigos (representados, neste estudo, por estudantes universitários) de diferentes estados do Brasil. Para o grupo de juízes, foi utilizado como critério de inclusão estar exercendo função de juiz no momento do preenchimento do questionário. Para o público leigo, foram considerados como critério de exclusão ser estudante ou ter formação em psicologia, medicina e direito. Os participantes foram convidados por conveniência e bola de neve, por meios presencial e *on-line*, a fim de ampliar possibilidade de adesão.

Os juízes que responderam ao questionário estavam formados em média (M) 18,01 anos (DP = 9,58), e atuando na magistratura em média 13,29 anos (DP = 9,72). Dos 119 respondentes, 52,1% eram homens e 47,9% mulheres, com idade entre 26 e 69 anos (M = 43,35; DP = 8,92). Quanto ao local de exercício da função, 77,3% dos respondentes atuavam no Rio Grande do Sul e 22,7% em outros estados brasileiros (*e.g.*, Rio Grande do Sul, Bahia, Pará, São Paulo, Distrito Federal, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul, Paraná e outros). Em relação à área de atuação, 38,7% atuavam em comarcas gerais, 24,4% na área penal, e 37% em outras áreas (*e.g.*, cível, juizado especial, previdenciário, comercial, trabalho).

Os leigos tinham idade média de 25, 34 anos (DP = 4,84), 4,3% eram do sexo masculino e 95,7% do sexo feminino. 90,4% residiam no Rio Grande do Sul e 9,6% em outros estados brasileiros. Eram provenientes de diferentes cursos de graduação (*e.g.*, nutrição, administração, gestão de recursos humanos, engenharia), de instituições de ensino públicas e privadas, de diferentes estados brasileiros (*e.g.*, Rio Grande do Sul, Distrito Federal, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul).

43. GRAY, D. E. *Pesquisa no mundo real*. 2. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

USO EXCLUSIVO DO PDF RBCRIM

2.2.3. Instrumentos

Foi utilizado como instrumento o questionário elaborado e descrito na Elaboração do Instrumento, composto por três seções: Questionário Sociodemográfico, contendo oito perguntas; Sessão de Conhecimentos Prévios, contendo uma matriz com temas relativos à Psicologia do Testemunho e formas de obtenção de conhecimento; e Sessão de Declarações, contendo 30 declarações organizadas em escala Likert (cinco pontos) – 24 declarações em escala de concordância e seis declarações em escala de confiança.

2.2.4. Procedimentos

Diante da dificuldade de acessar os juízes por meio de associações de magistrados, optou-se por uma metodologia mista para contatar os participantes, a fim de ampliar a amostra: foram realizados contatos presenciais e em meio digital, por conveniência e bola de neve. Os juízes foram convidados a participar da pesquisa em eventos da magistratura e também pelas redes sociais. A relação de nomes dos juízes para contato nas redes sociais foi obtida a partir da relação de juízes disponibilizada ao público em geral no *site* do Tribunal de Justiça de diferentes estados brasileiros. Nos contatos presenciais, juízes e leigos receberam e preencheram o TCLE e o questionário em meio físico. Para os contatos realizados de forma *on-line*, os juízes foram convidados nas redes sociais: foi-lhes explicado, individualmente, o objetivo da pesquisa e solicitada autorização para envio de questionário *on-line*. Os leigos foram contatados nas salas de aula, pelas redes sociais e por *e-mail*. Mediante aceite para contribuir com a pesquisa, os participantes receberam *link* de acesso ao questionário digital, gerado a partir da plataforma Qualtrics, e registraram suas respostas por meio dessa plataforma. Ambos os grupos, no formato presencial e *on-line*, receberam e concordaram com o TCLE. Os participantes foram informados sobre o objetivo do estudo e do caráter anônimo e voluntário. Foi oportunizada desistência a qualquer momento da pesquisa. E os participantes foram informados de que o tempo despendido para responder o questionário seria em torno de dez minutos.

3. Resultados e discussão

Os resultados foram organizados em três blocos: Testemunho, Reconhecimento e Detecção de Mentiras; divididos de acordo com as temáticas contempladas nas 30 afirmações da Seção de Declarações do questionário. Cada bloco foi analisado considerando: 1) dados relativos ao que os juízes estimam conhecer sobre o tema (Sessão de Conhecimentos Prévios); 2) respostas dos juízes para as

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

afirmações (Seção de Declarações); 3) percentual de respostas em acordo com a literatura científica. Por fim, foram considerados a) o efeito da experiência (conhecimentos dos juízes em função do tempo de atuação profissional) e b) comparação do conhecimento dos juízes com o do público leigo.

Para estabelecer percentual de respostas em acordo com a literatura, foi elaborado um gabarito a partir da literatura científica e das respostas de uma especialista em Psicologia do Testemunho. A exemplo de estudos similares,[44-45] as respostas "concordo totalmente" e "concordo parcialmente" foram agrupadas como "concordância", e as respostas "discordo totalmente" e "discordo parcialmente" foram agrupadas como "discordância". O mesmo foi realizado com as respostas "confio totalmente" e "confio parcialmente", e "desconfio totalmente" e "desconfio parcialmente". As respostas para "não concordo nem discordo" e "não confio nem desconfio" foram classificadas como "neutras". As Tabelas 1 a 3 apresentam o percentual de respostas para cada declaração e o percentual em acordo com a literatura.

3.1. Testemunho

Testemunho está relacionado à capacidade de uma pessoa, tida como testemunha, em descrever detalhes de um determinado evento.[46] O testemunho envolve quatro fases: percepção, armazenamento, recuperação e expressão. A percepção está relacionada a como os órgãos dos sentidos vão captar, processar e interpretar as informações do ambiente. O armazenamento pode ser afetado pelo transcurso do tempo e pelas mudanças de crenças e de expectativas por parte de quem armazena as informações. A recuperação refere-se à habilidade de transformar lembranças em palavras. E exige que a pessoa compreenda a pergunta e

44. GRANHAG, P. A.; STROMWALL, L. A.; HARTWIG, M. Eyewitness Testimony: Tracing the Beliefs of Swedish Legal Professionals. *Behavioral Sciences & the Law*, [S.l], v. 23, p. 709-727, 2005. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/bsl.670]. Acesso em: 03.07.2017.

45. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

46. STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

busque palavras que possam expressar com clareza as lembranças que possui de um determinado fato – expressão.[47]

No presente estudo, quando os juízes foram questionados a respeito do seu conhecimento prévio sobre temas relacionados à Psicologia do Testemunho, 86% dos magistrados (n = 119) afirmaram conhecer fatores que podem afetar o relato de testemunhas/vítimas. Nesse quesito, mencionaram que a origem desse conhecimento provém, essencialmente, da experiência profissional (64%). Entre as fontes de conhecimento, também citaram os livros (36%) e conversas com outros juízes (28,8%). Os magistrados avaliaram ter conhecimento também sobre falsas memórias (75%), técnicas de entrevista (72%) e memória (69%) – temas que permearam as declarações sobre Testemunho. A fonte de conhecimento dessas temáticas também foi citada como sendo, fundamentalmente, baseada em suas experiências profissionais, seguida de artigos científicos (para falsas memórias) e livros e palestras (para memória).

No bloco Testemunho, foram consideradas 19 das 30 afirmações do questionário (Seção de Declarações). Em média, 58% (DP = 25%, variação entre 13 e 94 % – Tabelas 1 e 2) das respostas dos juízes (n = 119) estiveram alinhadas com a literatura e com a *expert* em Psicologia do Testemunho. Wise e Safer, em estudo realizado nos EUA, consideraram 80% como percentual que indica conhecimento adequado dos participantes (n = 160) acerca dos assuntos apresentados. Esse mesmo estudo revelou que os juízes tinham conhecimento limitado sobre relato de testemunhas, quando apenas 55% das respostas estavam em acordo com a opinião de especialistas.[48]

Corroborando com a percepção da maioria dos juízes do presente estudo (Questão 1 – Tabela 1), a literatura entende que, sendo a prova testemunhal dependente da memória, ela sofre interferência do fator tempo – o qual pode modificar a forma como os eventos e pessoas serão lembradas.[49] O transcurso do

47. AMBROSIO, G. Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 46, p. 31-51, jan.-jun. 2015. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100761/2015_ambrosio_graziella_psicologia_testemunho.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 26.02.2018.

48. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

49. VIANA, C. N. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais as implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1136-1157, ago. 2018. Disponível em: [https://publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5318]. Acesso em: 11.09.2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

tempo tende a tornar a representação mental do rosto de um criminoso menos detalhada e, com isso, aumentar a probabilidade de um falso reconhecimento.[50] Em relação à possibilidade de falsas memórias, estudos apontam que os relatos testemunhais podem refletir não apenas o que a testemunha viu, mas também informações que ela obteve depois do evento[51] – corroborando com as respostas da maioria dos juízes (Questão 2). Essas informações pós-evento podem alterar a memória da testemunha sobre os fatos e também sobre a identidade do criminoso.[52] Outra questão que vem ao encontro do que a maioria dos juízes pensa, em acordo com o entendimento de especialistas, é que o consumo de álcool prejudica o desempenho das testemunhas[53] (Questão 3).

Tabela 1: % de respostas de juízes referente às questões de concordância do Bloco Testemunho

Questão	Discordo Totalmente	Discordo Parcialmente	Não Concordo Nem Discordo	Concordo Parcialmente	Concordo Totalmente	% em acordo com a literatura
1. Para obter o relato de uma testemunha, é indiferente entrevistá-la uma semana ou meses após o evento.	78%*	16%*	3%	2%	2%	94%
2. Uma testemunha pode relatar eventos que não ocorreram ou distorcer lembranças de um evento, acreditando que viveu isso.	1%	1%	5%	43%*	50%*	93%

50. DYSART, J. E.; LINDSAY, R. C. L. The effects of delay on eyewitness identification accuracy: Should we be concerned? In: M. P. Toglia, J. D. Read, D. F. Ross, & R. C. L. Lindsay (Org.). *Handbook of eyewitness psychology*: memory for events. Mahwah/New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2007. v. 1.

51. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

52. LOFTUS, E. F.; GREENE, E. Warning: even memory for faces may be contagious. Law and Human Behavior, [S.l.], v. 4, n. 4, p. 323-334, 1980. Disponível em: [https://psycnet.apa.org/record/1981-31952-001]. Acesso em: 06.06.2017.

53. KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Questão	Discordo Totalmente	Discordo Parcialmente	Não Concordo Nem Discordo	Concordo Parcialmente	Concordo Totalmente	% em acordo com a literatura
3. Estar alcoolizado no momento do evento prejudica a capacidade de uma testemunha dar um relato confiável.	3%	8%	7%	50%*	33%*	83%*
4. Testemunhas tem a mesma facilidade para lembrar eventos violentos e não violentos.	38%*	45%*	11%	5%	1%	83%
5. Fazer uma pergunta muito aberta (por exemplo: conte-me tudo que lembra acerca do assalto) prejudica a precisão dificulta do relato testemunhal.	45%*	34%*	6%	13%	3%	79%
6. Crianças pequenas são mais vulneráveis a sugestão de falsas informações do que os adultos.	4%	3%	15%	43%*	34%*	77%
7. Para obter informações precisas de uma testemunha é importante fazer perguntas diretas. Como, por exemplo: a cor do carro era preta?	44%*	30%*	8%	15%	3%	74%
8. Uma testemunha pode relatar informações, que apenas recebeu de outras pessoas, como se tivesse visto ou vivido elas em um evento.	13%	13%	8%	43%*	24%*	67%
9. É fácil distinguir entre testemunhos verdadeiros e falsos.	18%*	48%*	9%	24%	2%	66%

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Questão	Discordo Totalmente	Discordo Parcialmente	Não Concordo Nem Discordo	Concordo Parcialmente	Concordo Totalmente	% em acordo com a literatura
10. O policial militar tem condições de trazer informações detalhadas sobre um flagrante ocorrido há um ano.	23%*	38%*	18%	21%	2%	61%
11. O testemunho policial tende a ser mais preciso que o da população em geral.	21%*	30%*	13%	31%	5%	51%
12. O relato de testemunhas é suficiente para definir uma condenação.	14%*	34%*	12%	39%	1%	48%
13. A memória para eventos estressantes é mais precisa que para eventos neutros.	18%*	28%*	18%	26%	10%	46%
14. O testemunho de crianças pequenas é menos preciso do que o testemunho de adultos.	8%*	27%*	21%	38%	7%	35%
15. Quanto menos tempo uma testemunha observa um evento, menos ela lembrará desse evento.	13%	36%	18%	31%*	3%*	34%

** Respostas em acordo com a literatura.*
Fonte: elaborada pelo autor (2019).

Por outro lado, a literatura expõe, por exemplo, que a confiança de uma testemunha não é, necessariamente, um bom preditor de precisão[54-55] – diferente-

54. VIANA, C. N. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais as implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1136-1157, ago. 2018. Disponível em: [https://publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5318]. Acesso em: 11.09.2018.
55. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

mente da opinião da maioria dos juízes desse estudo (Questão 17 – Tabela 2). Uma testemunha pode reconhecer erroneamente um suspeito, mesmo estando muito confiante desse posicionamento; ao mesmo tempo em que outra testemunha pode realizar um reconhecimento correto de um suspeito e mostrar-se pouco confiante.[56-57] Contrariando a opinião da maioria dos magistrados, estudos científicos afirmam que o fato de uma testemunha lembrar detalhes de um evento não é, fundamentalmente, um bom indicador da precisão[58] (Questão 18 – Tabela 2). A confiança de testemunhas é maleável e pode sofrer influências de fatores que não estão relacionados à precisão.[59-60] Comparando com outras pesquisas similares, percebe-se, por exemplo, que somente 23% dos juízes chineses e 33 % dos juízes dos EUA responderam corretamente a afirmação de que a confiança das testemunhas não está relacionada à exatidão de seu relato.[61-62-63]

56. LOFTUS, E. F.; GREENSPAN, R. L. If I'm Certain, Is It True? Accuracy and Confidence in Eyewitness Memory. *Psychological Science in the Public Interest*, [S.l.] v. 18, n. 1, p. 1-2, maio 2017. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28395653]. Acesso em: 22.06.2018.
57. SPORER, S. L. et al. Choosing, confidence, and accuracy: A meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies. *Psychological Bulletin*, [S.l.], v. 118, n. 3, p. 315-327, nov. 1995. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/232602352_Choosing_confidence_and_accuracy_A_meta-analysis_of_the_confidence-accuracy_relation_in_eyewitness_identification_studies]. Acesso em: 15.12.2018.
58. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.
59. KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.
60. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.
61. IHLEBAEK, C. et al. Memory for a staged criminal event witnessed live and on vídeo. *Memory*, [S.l.], v. 11, n. 3, p. 319-327, 2003. Disponível em: [www.academia.edu/13288924/Memory_for_a_staged_criminal_event_witnessed_live_and_on_video]. Acesso em: 14.12.2018.
62. SPORER, S. L. et al. Choosing, confidence, and accuracy: A meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies. *Psychological Bulletin*, [S.l.], v. 118, n. 3, p. 315-327, nov. 1995. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/232602352_Choosing_confidence_and_accuracy_A_meta-analysis_of_the_confidence-accuracy_relation_in_eyewitness_identification_studies]. Acesso em: 15.12.2018.
63. WISE, R. A. et al. A comparison of Chinese judges' and US judges' knowledge and beliefs about eyewitness testimony. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 16, n. 8, p. 695-713, fev.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Tabela 2: % de respostas de juízes referentes às questões de confiança do Bloco Testemunho

Questão	Desconfio Totalmente	Desconfio Parcialmente	Não Confio Nem Desconfio	Confio Parcialmente	Confio Totalmente	% em acordo com a literatura
16. A testemunha relata detalhadamente um evento no qual viu outra pessoa sendo violentada.	4%	11%	18%	54%*	11%*	67%
17. A testemunha afirma ter certeza do que está relatando.	1%	12%	29%*	52%	7%	29%
18. A testemunha consegue lembrar e relatar detalhadamente um crime. E, em seguida, faz o reconhecimento do autor.	2%	5%	15%*	63%	16%	15%
19. A testemunha faz uma narrativa coerente e sem contradições.	2%	9%	13%*	63%	13%	13%

** Respostas em acordo com a literatura.*
Fonte: elaborada pelo autor (2019).

3.2. Reconhecimento

O reconhecimento busca oportunizar uma nova evidência para condenar um criminoso ou exonerar um suspeito inocente.[64] No reconhecimento, a pessoa (vítima ou testemunha) precisa comparar uma informação fornecida no presente

2010. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10683160903153893]. Acesso em: 16.11.2018.

64. BRUCE, V.; YOUNG, A. W. Chapter 6: Face Perception Face Perception. *Psychology Press*, New York, p. 253-313, 2012. Disponível em: [http://psych.colorado.edu/~lharvey/P5665%20Prosem/P5665_2016/Class%20Material/Weekly_Readings/07%20(2012)%20Bruce_Young%20Chapter%206%20Face%20Perception.pdf]. Acesso em: 21.05.2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

com uma informação que possui em sua memória, a fim de verificar se essa nova informação equivale ou não a que ela tem armazenada.[65]

Quando questionados sobre possuir conhecimento prévio sobre Reconhecimento, oriundo da Psicologia do Testemunho, 80% dos juízes (n = 119) responderam afirmativamente. E mencionam que a origem desse conhecimento provém, essencialmente, da sua experiência profissional (59%) e de livros (28%). O bloco Reconhecimento contemplou 9 das 30 afirmações do questionário (Seção de Declarações). Em média, 32% (DP = 19%, Tabelas 3 e 4) dos juízes (n = 119) estiveram em acordo com a literatura e com a *expert* em Psicologia do Testemunho. Quando analisada a *performance* dos juízes no que se refere ao grau de concordância ou confiança nessas questões, foi possível identificar que os percentuais de respostas dos juízes em acordo com a literatura e com *expert* em Psicologia do Testemunho para as declarações relativas à Reconhecimento variou de 8% a 86% (Tabelas 3 e 4). Não foram identificados estudos similares, realizados com juízes, que contemplassem declarações envolvendo especificamente a temática "reconhecimento". Estudos que avaliam o conhecimento de juízes sobre memória têm focado em questões envolvendo relatos testemunhais.

A maioria dos juízes concordou com a literatura em questões relacionadas ao fato de as testemunhas serem mais propensas a identificar erroneamente alguém como culpado quando o reconhecimento é realizado por meio de um alinhamento simultâneo (todos os membros de uma formação estão presentes ao mesmo tempo), em relação a um procedimento sequencial (todos os membros de uma formação são apresentados individualmente)[66-67] (Questão 2 – Tabela 2). Contudo, autores como McQuiston-Surret, Malpass e Tredoux[68] entendem que é necessário

65. STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

66. KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.

67. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

68. MCQUISTON-SURRETT, D.; MALPASS, R. S.; TREDOUX, C. G. Sequential vs. simultaneous lineups: a review of methods, data, and theory. *Psychology, Public Policy, and*

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

ampliar pesquisas envolvendo alinhamentos sequenciais e simultâneos, de modo a identificar se as diferenças na precisão de identificação são realmente diferentes entre um e outro método. Também em acordo com a literatura, a maioria dos juízes entende que as instruções e as informações dadas às testemunhas (*e.g.*, ter antecedentes criminais – Questão 3) podem induzir o processo de reconhecimento.[69]

Tabela 3: % de respostas de juízes referentes às questões de concordância do Bloco Reconhecimento

Questão	Discordo Totalmente	Discordo Parcialmente	Não Concordo Nem Discordo	Concordo Parcialmente	Concordo Totalmente	% em acordo com a literatura
1. É adequado expor uma única fotografia de um suspeito para a testemunha realizar o reconhecimento.	53%*	33%*	3%	9%	2%	86%
2. Para o correto reconhecimento de um suspeito por parte da testemunha ou vítima, é indiferente o suspeito ser apresentado individualmente ou em um alinhamento com outras pessoas semelhantes.	49%*	35%*	8%	7%	2%	84%
3. Saber que um dos suspeitos tem antecedentes criminais aumenta a probabilidade de a testemunha apontá-lo como autor de um crime em um reconhecimento.	3%	6%	9%	54%*	28%*	82%

Law, Washington, DC, v. 12, n. 2, p. 137-169, maio 2006. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/232605744_Sequential_vs_Simultaneous_Lineups_A_Review_of_Methods_Data_and_Theory]. Acesso em: 08.12.2018.

69. BREWER, N.; WELLS, G. L. Eyewitness identification. *Current Directions in Psychological Science*, [S.l], v. 20, n. 1, p. 24-27, fev. 2011. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0963721410389169]. Acesso em: 31.03.2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Questão	Discordo Totalmente	Discordo Parcialmente	Não Concordo Nem Discordo	Concordo Parcialmente	Concordo Totalmente	% em acordo com a literatura
4. A testemunha pode apontar um inocente como autor do crime por ter visto essa pessoa em outra situação ou contexto.	3%	5%	23%	48%*	22%*	70%
5. O policial que orienta a testemunha no ato do reconhecimento não deve saber quem é o suspeito.	8%	10%	21%	30%*	32%*	62%
6. A presença de uma arma no momento do crime prejudica a habilidade da testemunha reconhecer o autor desse crime.	9%	26%	18%	44%*	3%*	47%
7. As testemunhas são mais precisas quando identificam pessoas de sua própria raça do que pessoas de outras raças.	19%*	15%*	38%	20%*	8%*	28%

** Respostas em acordo com a literatura.*
Fonte: elaborada pelo autor (2019).

Em contrapartida, diferentemente da literatura, os juízes tendem a discordar (ou não concordar nem discordar) em relação ao viés raça (Questão 7). Estudos científicos apontam que as testemunhas possuem mais dificuldade para identificar membros de uma raça diferente da sua[70] e que tais reconhecimentos

70. KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

apresentam mais probabilidade de serem falsos.[71-72-73] Outra questão indicando controvérsia em relação à opinião da maioria dos juízes quando comparada com conhecimento científico está relacionada à confiança em uma testemunha que demonstra rapidez em um processo de reconhecimento (Questão 9 – Tabela 4). Especialistas não têm endossado proposições de que a velocidade de um reconhecimento seja fator preditivo de precisão desse reconhecimento.[74-75]

Tabela 4: % de respostas de juízes referentes às questões de confiança do Bloco Reconhecimento

Questão	Desconfio Totalmente	Desconfio Parcialmente	Não Confio Nem Desconfio	Confio Parcialmente	Confio Totalmente	% em acordo com a literatura
8. A testemunha reconhece um suspeito a partir da apresentação de uma única foto.	9%*	33%*	23%	32%	33%	42%
9. Ao ver os suspeitos em alinhamento, a testemunha rapidamente identifica um deles como autor do fato.	2%*	6%*	19%	57%	17%	8%

** Respostas em acordo com a literatura.*
Fonte: elaborada pelo autor (2020).

71. HUGENBERG, K. et al. The categorization-individuation model: An integrative account of the other-race recognition deficit. Psychological Review, [S.l.], v. 117, n. 4, p. 1168-1187, 2010. Disponível em: [https://psycnet.apa.org/fulltext/2010-18182-001.html]. Acesso em: 15.12.2018.
72. VALENTINE, T.; LEWIS, M. B.; HILLS, P. J. Face-Space: A Unifying Concept in Face Recognition Research. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, [S.l.], v. 69, n. 10, p. 1996-2019, 2016. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1080/17470218.2014.990392]. Acesso em: 26.11.2018.
73. YOUNG, S. G. et al. Perception and motivation in face recognition. *Personality and Social Psychology Review*, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 116-142, maio 2012. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21878608]. Acesso em: 15.12.2018.
74. BENTON et al. Eyewitness memory is still not common sense: comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l], v. 20, n. 1, p. 115-129, nov. 2005 (2006). Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/acp.1171]. Acesso em: 03.07.2017.
75. KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.

USO EXCLUSIVO DO BOCRIM

3.3. Detecção de Mentiras

A cultura popular entende que os mentirosos se entregam por meio de comportamentos não verbais. Contudo, pesquisas apontam que tentativas de ler a verdade e a mentira resultam em taxas muito baixas de precisão.[76]

Quando questionados sobre ter conhecimento prévio sobre Detecção de Mentiras, 58% dos juízes (n = 119) responderam afirmativamente. E, nessa autoavaliação, os juízes apontaram que a origem do conhecimento sobre Detecção de Mentiras provém de sua experiência profissional (31%) e da participação em palestras (17%). Entretanto, a

literatura aponta que treinamento e experiência não garantem, necessariamente, capacidade para detectar mentiras. Uma abordagem de entrevista investigativa que consiga enfatizar o uso de informações de forma estratégica pode fornecer subsídios mais eficientes.[77]

O bloco Detecção de Mentiras inclui 2 das 30 declarações do questionário (Seção de Declarações). Em média, 14% (DP = 4%, Tabela 5) dos juízes (n = 119) estiveram em acordo com a literatura e com a *expert* em Psicologia do Testemunho. Não foram identificados estudos similares que avaliassem o conhecimento de juízes sobre detecção de mentiras.

Juízes tendem a acreditar que observar o olhar (Questão 1 – Tabela 5) e a linguagem corporal (Questão 2) são boas estratégias para identificar quando uma pessoa está mentindo. Contudo, estudos na área da Psicologia do Testemunho apontam que não há sinais evidentes para detectar mentiras. Supostos indicadores de mentira estão relacionados à ansiedade e ao nervosismo, mas também não existem pistas comportamentais completamente confiáveis que possam ser associadas, com certa segurança, à mentira. Estudos evidenciam que aqueles que conduzem as entrevistas com vítimas, testemunhas ou suspeitos apresentam dificuldades para identificar quando alguém está mentindo, porque tendem a direcionar sua atenção para a análise do comportamento das testemunhas e não tanto para o conteúdo do discurso e para como essas informações são verbalizadas.[78]

---

76. VRIJ, A.; HARTWIG, M.; GRANHAG, P. A. Reading lies: nonverbal communication and deception. *Annual Review of Psychology*, [S.l.], v. 70, n. 1, p. 295-317, 2019. Disponível em: [www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-psych-010418-103135]. Acesso em: 11.02.2019.

77. BULL, R.; FEIX, L. F.; STEIN, L. M. Detectando mentiras em entrevistas forenses. Em Rovinski, S. L. R., & Cruz, R. (org.) Psicologia Jurídica: Perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009.

78. AMBROSIO, G. Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 46, p. 31-51, jan.-jun. 2015.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Detectar mentiras de alguém não familiar é uma tarefa muito difícil e exige uma demanda cognitiva extra.[79] Exemplo de uma técnica que pode facilitar a detecção de mentiras é solicitar que o entrevistado relate os fatos ou sua versão da história em ordem inversa em vez de seguir a ordem cronológica – exige maior demanda cognitiva.[80-81]

Tabela 5: % de respostas de juízes referentes às questões de concordância do Bloco Detecção de Mentiras

Questão	Discordo Totalmente	Discordo Parcialmente	Não Concordo Nem Discordo	Concordo Parcialmente	Concordo Totalmente	% em acordo com a literatura
1. Uma boa estratégia para detectar mentira é observar a direção do olhar da pessoa durante seu relato.	10%*	8%*	32%	38%	13%	18%
2. Observar a linguagem corporal é uma boa estratégia para identificar quando uma pessoa está mentindo.	2%*	6%*	19%	57%	17%	8%

** Respostas em acordo com a literatura.*
Fonte: elaborada pelo autor (2020).

Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100761/2015_ambrosio_graziella_psicologia_testemunho.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 26.02.2018.

79. HARTWIG, M.; BOND, C. F. Lie Detection from Multiple Cues: A Meta-analysis. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l], v. 28, n. 5, p. 661-676, jul. 2014. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.3052]. Acesso em: 11.12.2018.
80. VRIJ, A. et al. Detecting deception by manipulating cognitive load. Trends in Cognitive Sciences, [S.l.], v. 10, n. 4, p. 141-142, abr. 2006. Disponível em: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1364661306000465?via%3Dihub]. Acesso em: 11.12.2018.
81. WILCOCK, R.; BULL, R.; MILNE, B. *Witness identification in criminal cases*: psychology and practice. Oxford: Oxford University Press, 2008.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

3.4. Efeitos da experiência

Quando questionados sobre ter conhecimento sobre temas relacionados à Psicologia do Testemunho, os juízes entenderam que têm conhecimento e que ele advém de sua experiência profissional (Seção de Conhecimentos Prévios do questionário). Ainda que, na percepção dos juízes, a experiência profissional tenha impacto no seu nível de conhecimento sobre as questões pesquisadas, quando comparadas às respostas de juízes com mais e juízes com menos de 10 anos de atuação, somente em três declarações (Questões 4, 5 e 16 – Bloco Testemunho) foram evidenciadas diferenças significativas ($ts > 0{,}004$, $p < 0.05$) entre as respostas dos juízes com mais e menos tempo de experiência. E, ainda assim, quando essas respostas foram analisadas de forma qualitativa e considerando o agrupamento em "concordância, neutra ou discordância" não foram identificadas diferenças entre as respostas. Por mais que os juízes acreditem aprender sobre os temas questionados, relativos à Psicologia do Testemunho, com a experiência profissional, esse e outros estudos não identificaram relação entre o tempo de atuação ou experiência na magistratura com o conhecimento sobre fatores que afetam os relatos testemunhais. [82-83-84]

3.5. Comparação dos juízes com público leigo

Quando as respostas dos juízes foram comparadas às do público leigo, considerando as cinco alternativas da escala Likert, evidenciou-se que em 19 das 30 declarações (63%) juízes e público leigo apresentaram diferenças significativas ($ts > -8{,}7$, $ps < 0{,}05$) em suas repostas. Dessas declarações, juízes apresentaram respostas mais adequadas, quando comparadas com a literatura, em 16 declarações. Em três declarações, o público leigo apresentou respostas mais condizentes com a literatura científica do que os juízes.

82. MAGNUSSEN, S. et al. What judges know about eyewitness testimony: A comparison of Norwegian and US judges. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 177-188, jun. 2008. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10683160701580099?scroll=top&needAccess=true]. Acesso em: 03.07.2017.

83. WISE, R. A. et al. A comparison of Chinese judges' and US judges' knowledge and beliefs about eyewitness testimony. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 16, n. 8, p. 695-713, fev. 2010. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10683160903153893]. Acesso em: 16.11.2018.

84. WISE, R. A. et al. An examination of the causes and solutions to eyewitness error. *Front Psychiatry*, [S.l.], v. 5, n. 102, p. 01-08, maio 2014. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4131297/]. Acesso em: 18.07.2017.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Entre as declarações que não apresentaram diferenças significativas entre as respostas de juízes e do público leigo (n = 11), os leigos ainda apresentaram respostas mais condizentes com a literatura científica do que os juízes em quatro questões (36%). Estudos internacionais semelhantes apontam que juristas e leigos têm conhecimentos similares em relação aos relatos testemunhais.[85-86-87]

Entre as declarações em que juízes e leigos têm crenças semelhantes, mas, em sua maioria (mais de 50% dos respondentes), contrárias aos achados em pesquisas na área da Psicologia do Testemunho, é possível citar, por exemplo, que ambos discordam da afirmação "quanto menos tempo uma testemunha observa um evento, menos ela lembrará desse evento" – enquanto os especialistas concordam com essa afirmação.[88] Também contrários aos estudos científicos, juízes e leigos acreditam que o testemunho de crianças pequenas é menos preciso do que o testemunho de adultos.[89]

Do total de declarações (n = 30), foram analisados os percentuais de respostas de cada um dos grupos em acordo com a literatura. Identificou-se que em sete declarações (23%) o público leigo apresentou respostas mais condizentes com estudos científicos do que os magistrados. Entre essas questões, é possível citar as declarações do bloco "Detecção de mentiras" (n = 2, 100%). Diferentemente dos juízes, mas em acordo com estudos da Psicologia do Testemunho relacionados à

85. RANHAG, P. A.; STROMWALL, L. A.; HARTWIG, M. Eyewitness Testimony: Tracing the Beliefs of Swedish Legal Professionals. *Behavioral Sciences & the Law*, [S.l], v. 23, p. 709-727, 2005. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/bsl.670]. Acesso em: 03.07.2017.

86. WISE, R. A.; SAFER, M. A. A comparison of what U.S. judges and students know and believe about eyewitness testimony. *Journal of Applied Social Psychology*, [S.l.], v. 40, n. 6, p. 1400-1422, jun. 2010. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1559-1816.2010.00623.x]. Acesso em: 16.11.2018.

87. YARMEY, A. D. Eyewitness identification: guidelines and recommendations for identification procedures in the United States and in Canada. *Canadian Psychology/Psychologie canadienne*, [S.l.], v. 44, n. 3, p. 181-189, ago. 2003. Disponível em: [https://psycnet.apa.org/record/2003-07215-001]. Acesso em: 01.08.2017.

88. BENTON et al. Eyewitness memory is still not common sense: comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l], v. 20, n. 1, p. 115-129, nov. 2005 (2006). Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/acp.1171]. Acesso em: 03.07.2017.

89. KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.

USO EXCLUSIVO DO PDF CRIM

detecção de mentiras, 97% dos respondentes leigos acredita que observar a linguagem corporal não é uma boa estratégia para identificar quando uma pessoa está mentindo.[90] Também contrária à opinião dos juízes, e condizente com a literatura, o público leigo acredita que as testemunhas têm mais facilidade para identificar pessoas da mesma raça em relação a pessoas de outras raças em um reconhecimento.[91] Outras questões para as quais o público leigo apresentou respostas mais adequadas com a literatura do que os juízes estão relacionadas a: i) confiança da testemunha *vs.* precisão do seu relato (juízes tendem a acreditar mais em testemunhas que afirmam ter certeza) e ao ii) relato de detalhes e agilidade na identificação *vs.* precisão no reconhecimento por parte da testemunha/vítima.

Em síntese, foi possível identificar que a maioria dos juízes respondentes acreditou ter conhecimento sobre os temas relacionados à Psicologia do Testemunho (questionados na Seção de Conhecimentos Prévios), essencialmente em relatos testemunhais, reconhecimento, falsas memórias e técnicas de entrevista. Para todos os itens, a experiência profissional foi apontada pelos respondentes entre as fontes de conhecimento mais citadas, seguida de livros e de conversas com outros juízes. O público leigo afirmou não ter conhecimento sobre a maior parte dos itens. Mas, os resultados da presente pesquisa parecem indicar que os leigos têm conhecimentos similares aos magistrados e, em algumas declarações, mais em acordo com a literatura relativa à Psicologia do Testemunho do que os juízes.

Estudos similares apontam que juízes tendem a acreditar que têm mais conhecimento sobre fatores relacionados a testemunho do que o público leigo.[92] Por outro lado, a literatura não tem encontrado evidências de que somente o

90. AMBROSIO, G. Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 46, p. 31-51, jan.-jun. 2015. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100761/2015_ambrosio_graziella_psicologia_testemunho.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 26.02.2018.

91. KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.

92. WISE, R. A. et al. A comparison of Chinese judges' and US judges' knowledge and beliefs about eyewitness testimony. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 16, n. 8, p. 695-713, fev. 2010. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10683160903153893]. Acesso em: 16.11.2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

tempo de experiência/atuação na magistratura tenha contribuído para que os magistrados tenham mais conhecimento em aspectos relacionados à Psicologia do Testemunho no que se refere a relatos testemunhais e reconhecimento de pessoas[93-94] – diferente do que acreditam os juízes.

Por fim, considerando as 30 declarações, os juízes (n = 119) obtiveram média de acertos de 55% (DP = 27%), quando suas respostas foram comparadas com a literatura. E, em apenas sete questões (23%), os juízes obtiveram percentuais de acerto superiores a 80%.

O bloco que teve menor percentual de acertos, por parte dos juízes, foi o de detecção de mentiras (M = 14%, DP = 4, Tabela 5). Esse também foi o tema com menor percentual de juízes afirmando ter conhecimento prévio sobre o assunto. Ainda assim, 58% dos magistrados acreditou conhecer sobre detecção de mentiras (Seção de Conhecimentos Prévios). O bloco que apresentou melhores percentuais foi o que contemplou questões mais diretamente relacionadas a Testemunho (M = 58%, DP = 25%, Tabelas 1 e 2). Esse também foi o tema com maior percentual de respostas afirmativas dos juízes, quando questionados sobre ter conhecimento prévio sobre Relatos Testemunhais (86%).

Estudo avaliando o conhecimento de juízes chineses comparado com o de juízes americanos aponta que os magistrados apresentam crenças contrárias ao conhecimento científico em fatores relacionados à Psicologia do Testemunho. Uma das questões relacionadas ao testemunho, diz respeito, por exemplo, a confiança dos magistrados em testemunhas que afirmam ter certeza de seu relato. Assim como juízes chineses (23%) e juízes americanos (33%),[95] apenas 29% dos juízes brasileiros responderam essa questão em acordo com a literatura e com especialistas em Psicologia do Testemunho – os quais apontam que não existe uma

93. MAGNUSSEN, S. et al. What judges know about eyewitness testimony: A comparison of Norwegian and US judges. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 177-188, jun. 2008. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10683160701580099?scroll=top&needAccess=true]. Acesso em: 03.07.2017.

94. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. Applied Cognitive Psychology, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

95. WISE, R. A. et al. A comparison of Chinese judges' and US judges' knowledge and beliefs about eyewitness testimony. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 16, n. 8, p. 695-713, fev. 2010. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10683160903153893]. Acesso em: 16.11.2018.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

relação direta entre a confiança das testemunhas e a exatidão de seus relatos em um processo judicial.[96-97-98-99-100]

Além disso, Wise e Safer[101] acreditam que responder corretamente a perguntas fechadas ou de múltipla escolha não significa, necessariamente, que os respondentes saibam identificar e avaliar esses fatores relativos à memória na prática dos processos judiciais. Os autores entendem que é necessário trabalho conjunto entre psicólogos e juízes para que os conhecimentos oriundos de estudos da Psicologia do Testemunho possam contribuir para um processo judicial mais efetivo. Entende-se por efetividade do sistema penal o cumprimento de uma prevenção geral e especial. Ou seja, buscar a prevenção e não somente a punição ou responder a um desejo social relacionado a uma necessidade política de dar respostas imediatas, comumente emocionais, a supostos fatos-crime.[102]

---

96. IHLEBAEK, C. et al. Memory for a staged criminal event witnessed live and on vídeo. *Memory*, [S.l.], v. 11, n. 3, p. 319-327, 2003. Disponível em: [www.academia.edu/13288924/Memory_for_a_staged_criminal_event_witnessed_live_and_on_video]. Acesso em: 14.12.2018.

97. KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.

98. LOFTUS, E. F.; GREENSPAN, R. L. If I'm Certain, Is It True? Accuracy and Confidence in Eyewitness Memory. *Psychological Science in the Public Interest*, [S.l.] v. 18, n. 1, p. 01-02, maio 2017. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28395653]. Acesso em: 22.06.2018.

99. SPORER, S. L. et al. Choosing, confidence, and accuracy: A meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies. *Psychological Bulletin*, [S.l.], v. 118, n. 3, p. 315-327, nov. 1995. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/232602352_Choosing_confidence_and_accuracy_A_meta-analysis_of_the_confidence-accuracy_relation_in_eyewitness_identification_studies]. Acesso em: 15.12.2018.

100. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. Applied Cognitive Psychology, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

101. WISE, R. A.; SAFER, M. A. A comparison of what U.S. judges and students know and believe about eyewitness testimony. *Journal of Applied Social Psychology*, [S.l.], v. 40, n. 6, p. 1400-1422, jun. 2010. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1559-1816.2010.00623.x]. Acesso em: 16.11.2018.

102. SALES, S. J. S. de. Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 848,

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Embora não tenha sido objetivo central do presente estudo comparar o conhecimento do público leigo com especialistas, as diferenças encontradas entre as respostas desses dois grupos se assemelham com resultados de outras pesquisas. Fica evidenciada a discrepância entre o consenso de especialistas e as crenças comuns.[103] Além disso, outros estudos já evidenciaram que, de modo geral, o conhecimento de juízes não é muito diferente do que o de alunos de graduação em Direito em fatores relacionados à precisão no relato de testemunhas.[104]

4. Considerações finais

Os relatos testemunhais e o reconhecimento de pessoas são processos dependentes da memória, uma vez que estão essencialmente baseados no que as pessoas conseguem lembrar sobre determinados eventos e as pessoas neles envolvidas.[105] Diferentes autores[106-107-108-109-110-111-112] têm demonstrado preocupa-

p. 416-437, jun. 2006. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016997f2a29f8fbd26da&docguid=I46ad75d0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I46ad75d0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 28.10.2018.

103. SIMONS, D. J.; CHABRIS, C. F. What people believe about how memory works: a representative survey of the U.S. Population. PLoS ONE, [S.l.], v. 6, n. 8, p. e22757, ago. 2011. Disponível em: [https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0022757]. Acesso em: 29.10.2017.

104. WISE, R. A.; SAFER, M. A. A comparison of what U.S. judges and students know and believe about eyewitness testimony. *Journal of Applied Social Psychology*, [S.l.], v. 40, n. 6, p. 1400-1422, jun. 2010. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1559-1816.2010.00623.x]. Acesso em: 16.11.2018.

105. STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

106. WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

107. GRANHAG, P. A.; STROMWALL, L. A.; HARTWIG, M. Eyewitness Testimony: Tracing the Beliefs of Swedish Legal Professionals. *Behavioral Sciences & the Law*, [S.l], v. 23, p. 709-727, 2005. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/bsl.670]. Acesso em: 03.07.2017.

USO EXCLUSIVO RBCRIM

ção e estudado sobre o conhecimento dos juízes – assim como de outros atores jurídicos, em relação aos fatores que podem interferir na confiabilidade da memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas nos processos judiciais.

Países como Reino Unido, Estados Unidos e países escandinavos têm utilizado estudos oriundos da Psicologia do Testemunho para embasar reformas na legislação[113-114-115] e estruturar protocolos que orientem as práticas para

108. BENTON et al. Eyewitness memory is still not common sense: comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l], v. 20, n. 1, p. 115-129, nov. 2005 (2006). Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/acp.1171]. Acesso em: 03.07.2017.

109. WISE, R. A.; DAUPHINAIS, K.; SAFER, M. A. A tripartite solution to eyewitness error. *Journal of Criminal Law and Criminology*, [S.l.], v. 97, n. 3, p. 807-871, 2007. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://br.search.yahoo.com/&httpsredir=1&article=7270&context=jclc]. Acesso em: 24.06.2017.

110. MAGNUSSEN, S. et al. What judges know about eyewitness testimony: A comparison of Norwegian and US judges. *Psychology, Crime & Law*, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 177-188, jun. 2008. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10683160701580099?scroll=top&needAccess=true]. Acesso em: 03.07.2017.

111. MAGNUSSEN, S.; MELINDER, A. What Psychologists Know and Believe About Memory: A Survey of Practitioners. *Appl. Cognit. Psychol*, [S.l.], v. 26, p. 54-60, 2012. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/acp.1795]. Acesso em: 08.12.2018.

112. WISE, R. A. et al. A comparison of Chinese judges' and US judges' knowledge and beliefs about eyewitness testimony. *Psychology, Crime & Law,* [S.l.], v. 16, n. 8, p. 695-713, fev. 2010. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10683160903153893]. Acesso em: 16.11.2018.

113. MALLOY, L. et al. Children's eyewitness memory: Balancing children's needs and defendant's rights when seeking the truth. In: M. P. Toglia, J. D. Read, D. F. Ross, & R. C. L. Lindsay (Org.). *Handbook of eyewitness psychology*: Memory for events. Mahwah/New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2007. v. 1.

114. STEIN, L. M.; NYGAARD, M. L. C. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 151-164, abr.-jun. 2003. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016997c7cd12954df99a&docguid=Id637cc202d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Id637cc202d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 31.10.2018.

115. WESTCOOT, H. L. Safeguarding witnesses. In: DAVIES, G.; HOLLIN, C.; BULL, R. (Ed.). *Forensic psychology*. Chichester: Wiley, 2008.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

reconhecimento de suspeitos. Da mesma forma, esses países têm se utilizado de conhecimento científico para elaborar diretrizes de como as entrevistas com testemunhas, vítimas e suspeitos devem ser realizadas, além de organizar treinamentos especializados para diferentes atores jurídicos envolvidos na coleta de provas dependentes da memória.[116] Contudo, no Brasil, observa-se uma lacuna entre a literatura científica oriunda da Psicologia do Testemunho e os procedimentos utilizados no Poder Judiciário.[117] Além disso, o sistema penal brasileiro carece de algumas formalidades em relação a provas dependentes da memória. Não é exigido, por exemplo, um número mínimo de pessoas (deduz-se que sejam necessárias duas além do suspeito) e não são descritas condições do ambiente, vestimentas, nem características físicas mínimas dos suspeitos para a realização de um processo de reconhecimento.[118] O artigo 212 do CPP aponta algumas limitações em relação às perguntas a serem realizadas: "não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida". Contudo, não existem definições do que seria uma indução de resposta.[119] Outros artigos do CPP brasileiro que abordam testemunhas e a prova testemunhal (*e.g.*, art. 204, art. 209, art. 210, art. 212,

116. VALENTINE, T.; FITZGERALD, R. J. Identifying the Culprit: An International Perspective on the National Academy of Sciences Report on Eyewitness Identification Evidence. *Appl. Cognit. Psychol.*, [S.l.], v. 30, n. 1, p. 135-138, 2016. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/acp.3164]. Acesso em: 26.11.2018.

117. STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

118. FRANÇA, 2051, FRANÇA, R. F. Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no brasil e na legislação comparada. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 112, p. 331-366, jan.-fev. 2015. Disponível em: [https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016996470d67465fa04f&docguid=I92a862d0c30111e48f48010000000000&hitguid=I92a862d0c30111e48f48010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=20&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 03.11.2018.

119. ÁVILA, G. N. Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das falsas memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 15-28, 2014. Disponível em: [https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/51816/31974]. Acesso em: 23.10.2018.

USO EXCLUSIVO DOUTRINA

art. 215, art. 217) destoam de pesquisas científicas realizadas nos últimos 50 anos, resultando, assim, em práticas pouco eficazes nos processos criminais.[120]

A divergência entre estudos científicos sobre memória e as crenças mantidas por juristas pode repercutir em erros e injustiças nos processos judiciais. Evidências de memória parecem estar sendo consideradas a partir de crenças divergentes da literatura científica. E as decisões judiciais envolvendo memória estão sendo tomadas por profissionais que parecem não ter conhecimento aprofundado sobre como a memória realmente funciona.[121]

Considerando a falibilidade da memória humana e a impossibilidade de eliminar provas dependentes da memória no âmbito judiciário, faz-se necessário buscar meios de aperfeiçoar esse conjunto probatório e evitar contaminações nos reconhecimentos de pessoas e nos relatos testemunhais[122]. Nos últimos 35 anos, pesquisas têm apontado avanços na identificação de fatores que afetam a precisão dos relatos testemunhais, assim como reformas necessárias para realizar procedimentos de entrevista e de identificação de suspeitos. Contudo, esses progressos científicos têm pouca eficácia se não forem aplicados no sistema judiciário.[123]

Para Benton et al.,[124] o sistema judiciário precisaria conscientizar-se de que a ciência e os fundamentos técnicos de pesquisas referentes à memória de

120. CECCONELLO, W. W.; ÁVILA, G. N.; STEIN, L. M. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Ciências Políticas*, Brasília, v. 8, n. 2, p. 1058-1073, ago. 2018. Disponível em: [www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5312/3982]. Acesso em: 25.10.2018.

121. HOWE, M. L.; KNOTT, L. M. The fallibility of memory in judicial processes: Lessons from the past and their modern consequences. *Memory*, [S.l.], v. 23, n. 5, p. 633-656, 2015. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4409058/]. Acesso em: 01.03.2019.

122. AZEVEDO e SOUZA, B. O fenômeno das falsas memórias e sua relação com o processo penal. *Jus Societas*, Ji-Paraná, RO, v. 6, n. 1, p. 01-17, 2012. Disponível em: [https://www.academia.edu/5881409/O_fen%C3%B4meno_das_falsas_mem%C3%B3rias_e_sua_rela%C3%A7%C3%A3o_com_o_processo_penal]. Acesso em: 03.04.2018.

123. WISE, R. A.; SAFER, M. A.; MARO, C. M. What U.S. Law enforcement officers know and believe about eyewitness factors, eyewitness interviews and identification procedures. Applied Cognitive Psychology, [S.l.], v. 25 n. 3, p. 488-500, maio 2011. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/acp.1717]. Acesso em: 24.02.2019.

124. BENTON et al. Eyewitness memory is still not common sense: comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l], v. 20, n. 1, p. 115-129, nov. 2005 (2006). Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/acp.1171]. Acesso em: 03.07.2017.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

testemunhas estão, possivelmente, tão distantes dos juízes quanto estão da população em geral (leigos nesse assunto). Ao mesmo tempo, esse conhecimento e o acesso à literatura poderiam justificar a admissão de especialistas nos procedimentos vinculados à memória de seres humanos, os quais poderiam contribuir com o Poder Judiciário e fornecer informações sobre o impacto das variáveis relativas à memória.

Outra possibilidade a ser considerada é o treinamento especializado dos atores jurídicos que atuam na condução do reconhecimento e das entrevistas investigativas (coleta de depoimentos). Wise et al.[125] sugerem que a educação de magistrados e discentes de Direito é essencial para que práticas mais eficientes sejam aplicadas. Diferentes países (*e.g.*, Reino Unido, Noruega, Nova Zelândia, Austrália) vêm trabalhando com programas de formação continuada para buscar reduzir as lacunas existentes entre as práticas adotadas no Poder Judiciário e a literatura científica.[126-127]

Os resultados da presente pesquisa devem ser considerados com algumas limitações. Primeiramente, a amostra pode não ser representativa – tanto pela quantidade de participantes quanto pelo fato de os respondentes serem predominantemente do RS, o que possivelmente dificulta a generalização dos dados em nível nacional. Segundo, porque, para algumas das declarações, não há literatura consolidada, a ponto de caracterizar a afirmação como verdadeira ou falsa, sob a perspectiva de especialistas. Terceiro, pode ter havido dificuldade ou desigualdade na interpretação das declarações, por parte dos respondentes; em questões como se o relato de uma testemunha pode ser suficiente para uma condenação. Sabe-se que, atualmente, nas sentenças judiciais brasileiras, o relato de uma testemunha pode ser suficiente para condenar ou não um suspeito. Contudo, essa condução não é considerada adequada sob a perspectiva da Psicologia do Testemunho. Ou seja, o item pode não ter transmitido o significado pretendido ou

125. WISE, R. A. et al. An examination of the causes and solutions to eyewitness error. *Front Psychiatry*, [S.l.], v. 5, n. 102, p. 01-08, maio 2014. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4131297/]. Acesso em: 18.07.2017.

126. STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

127. SCHACTER, D. L.; LOFTUS, E. F. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute? *Nat Neurosci.*, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 119-123, jan. 2013. Disponível em: [www.nature.com/articles/nn.3294]. Acesso em: 13.09.2017.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

interpretação similar entre leigos e magistrados. Por fim, há de se considerar que vários dos itens foram redigidos como declarações positivas, o que pode ter interferido nas respostas.

Os leigos foram questionados quanto a ter ou não experiência como testemunhas ou jurados em processos judiciais. Porém, poucos tiveram alguma experiência e, por isso, essa variável não foi computada para fins de análise no presente estudo. Da mesma forma, os juízes foram questionados quanto a sua área de atuação (*e.g.*, cível, criminal), mas esses dados não foram analisados separadamente, por área. Outros estudos podem ser realizados com uma amostra maior de cada um desses grupos, com o objetivo de verificar se essa experiência e a área de atuação proporcionam diferenças em termos de conhecimento.

Ainda assim, foi possível observar a carência de conhecimento por parte dos juízes sobre o funcionamento da memória e os fatores que podem prejudicar a fidedignidade das informações obtidas por meio de reconhecimentos e relatos testemunhais. E embora os resultados da presente pesquisa certamente não possam ser generalizados em nível nacional, são similares aos achados do levantamento nacional publicado pelo IPEA. O referido levantamento evidenciou que, apesar da multiplicidade de práticas adotadas no país, não são percebidas diferenças regionais nas formas de realizar os processos de reconhecimento de pessoas e as entrevistas com testemunhas/vítimas.[128] A atual pesquisa identificou, também, que o conhecimento dos juízes não é significativamente diferente do público leigo. Esses resultados são consistentes com estudos internacionais anteriormente realizados, avaliando o conhecimento de juízes, jurados, estudantes e especialistas sobre provas dependentes da memória. E, após décadas de estudos na área da Psicologia do Testemunho, a compreensão sobre fatores relacionados à precisão dos relatos e reconhecimentos ainda é limitada por parte das pessoas diretamente envolvidas na tomada de decisão dos processos judiciais.

Referências

AMBROSIO, G. Psicologia do testemunho: técnicas de entrevista cognitiva. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, SP, n. 46, p. 31-51, jan.-jun. 2015. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100761/2015_ambrosio_graziella_psicologia_testemunho.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 26.02.2018.

128. STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

ÁVILA, G. N. Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das falsas memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal,* [S.l.], v. 2, n. 1, p. 15-28, 2014. Disponível em: [https://seer.ufrgs.br/redppc/article/view/51816/31974]. Acesso em: 23.10.2018.

AZEVEDO e SOUZA, B. O fenômeno das falsas memórias e sua relação com o processo penal. *Jus Societas*, Ji-Paraná, RO, v. 6, n. 1, p. 01-17, 2012. Disponível em: [https://www.academia.edu/5881409/O_fen%C3%B4meno_das_falsas_mem%C3%B3rias_e_sua_rela%C3%A7%C3%A3o_com_o_processo_penal]. Acesso em: 03.04.2018.

BENTON et al. Eyewitness memory is still not common sense: comparing jurors, judges and law enforcement to eyewitness experts. *Applied Cognitive Psychology,* [S.l], v. 20, n. 1, p. 115-129, nov. 2005 (2006). Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1002/acp.1171]. Acesso em: 03.07.2017.

BREWER, N.; WELLS, G. L. Eyewitness identification. *Current Directions in Psychological Science,* [S.l], v. 20, n. 1, p. 24-27, fev. 2011. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0963721410389169]. Acesso em: 31.03.2018.

BRUCE, V.; YOUNG, A. W. Chapter 6: Face Perception Face Perception. *Psychology Press,* New York, p. 253-313, 2012. Disponível em: [http://psych.colorado.edu/~lharvey/P5665%20Prosem/P5665_2016/Class%20Material/Weekly_Readings/07%20(2012)%20Bruce_Young%20Chapter%206%20Face%20Perception.pdf]. Acesso em: 21.05.2018.

BULL, R.; FEIX, L. F.; STEIN, L. M. Detectando mentiras em entrevistas forenses. Em Rovinski, S. L. R., & Cruz, R. (org.) Psicologia Jurídica: Perspectivas teóricas e processos de intervenção. São Paulo: Vetor, 2009.

CECCONELLO, W. W.; ÁVILA, G. N.; STEIN, L. M. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Ciências Políticas,* Brasília, v. 8, n. 2, p. 1058-1073, ago. 2018. Disponível em: [www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/5312/3982]. Acesso em: 25.10.2018.

DYSART, J. E.; LINDSAY, R. C. L. The effects of delay on eyewitness identification accuracy: Should we be concerned? In: M. P. Toglia, J. D. Read, D. F. Ross, & R. C. L. Lindsay (Org.). *Handbook of eyewitness psychology*: memory for events. Mahwah/New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2007. v. 1.

FRANÇA, R. F. Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no brasil e na legislação comparada. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, v. 112, p. 331-366, jan.-fev. 2015. Disponível em: [https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000016996470d67465fa04f&docguid=I92a862d0c30111e48f48010000000000&hitguid=I92a86

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

2d0c30111e48f48010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=20&-crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1].Acesso em: 03.11.2018.

GERLERO, M. S. *Introducción a la Sociología Jurídica*. Buenos Aires: David Grinberg Libros Jurídicos, 2006.

GRANHAG, P. A.; STROMWALL, L. A.; HARTWIG, M. Eyewitness Testimony: Tracing the Beliefs of Swedish Legal Professionals. *Behavioral Sciences & the Law,* [S.l], v. 23, p. 709-727, 2005. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/bsl.670]. Acesso em: 03.07.2017.

GRASSI-OLIVEIRA, R. Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. *Revista Brasileira de Psiquiatria,* São Paulo, v. 32, n. 2, p. 204, jun. 2010. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462010000200024]. Acesso em: 25.05.2018.

GRAY, D. E. *Pesquisa no mundo real*. 2. ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

HARTWIG, M.; BOND, C. F. Lie Detection from Multiple Cues: A Meta-analysis. *Applied Cognitive Psychology,* [S.l], v. 28, n. 5, p. 661-676, jul. 2014. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.3052]. Acesso em: 11.12.2018.

HELM, R. K.; CECI, S. J.; BURD, K. A. Can implicit associations distinguish true and false eyewitness memory? Development and preliminary testing of the IATe. *Behav. Sci. Law.,* [S.l.], v. 34, n. 6, p. 803-819, jul. 2017. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/09658211.2018.1441421]. Acesso em: 23.10.2018.

HOUSTON, K. A. et al. Expert testimony on eyewitness evidence: in search of common sense. *Behavioral Sciences & the Law,* v. 31, n. 5, p. 637-651, set.-out. 2013. Disponível em: [https://core.ac.uk/download/pdf/28906303.pdf]. Acesso em: 18.05.2017.

HOWE, M. L.; KNOTT, L. M. The fallibility of memory in judicial processes: Lessons from the past and their modern consequences. *Memory*, [S.l.], v. 23, n. 5, p. 633-656, 2015. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4409058/]. Acesso em: 01.03.2019.

HOWE, M. L.; KNOTT, L. M.; CONWAY, M. A. *Memory and miscarriages of justice*. New York, NY, US: Routledge/Taylor & Francis Group, 2018.

HUGENBERG, K. et al. The categorization-individuation model: An integrative account of the other-race recognition deficit. *Psychological Review.* [S.l.], v. 117, n. 4, p. 1168-1187, 2010. Disponível em: [https://psycnet.apa.org/fulltext/2010-18182-001.html]. Acesso em: 15.12.2018.

IHLEBAEK, C. et al. Memory for a staged criminal event witnessed live and on vídeo. *Memory*, [S.l.], v. 11, n. 3, p. 319-327, 2003. Disponível em: [www.academia.edu/13288924/Memory_for_a_staged_criminal_event_witnessed_live_and_on_video]. Acesso em: 14.12.2018.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

KASSIN, S. M. False Confessions: causes, consequences and implications for reform. *Policy Insights from the Behavioral and Brain Sciences,* [S.l.], v. 1, n. 1, p. 112-121, ago. 2008. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/10.1111/j.1467-8721.2008.00584.x]. Acesso em: 01.03.2019.

KASSIN, S. M. et al. On the "general acceptance" of eyewitness testimony research. A new survey of the experts. *The American Psychologist*, Washington, DC, v. 52, n. 5, p. 405-416, maio 2001. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/1643/718a3789776611ee5fdf7a7920ac43b2adba.pdf]. Acesso em: 22.01.2018.

LIMA, F. M. Da prova no Processo Penal brasileiro: aspectos doutrinários e jurisprudenciais. *Revista Controle,* publicação oficial do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, v. 6, n. 2, p. 101-122, dez. 2007. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/327923566_Da_prova_no_Processo_Penal_brasileiro_Aspectos_doutrinarios_e_jurisprudenciais]. Acesso em: 22.06.2018.

LOFTUS, E. F.; GREENE, E. Warning: even memory for faces may be contagious. *Law and Human Behavior*, [S.l.], v. 4, n. 4, p. 323-334, 1980. Disponível em: [https://psycnet.apa.org/record/1981-31952-001]. Acesso em: 06.06.2017.

LOFTUS, E. F.; GREENSPAN, R. L. If I'm Certain, Is It True? Accuracy and Confidence in Eyewitness Memory. *Psychological Science in the Public Interest,* [S.l.] v. 18, n. 1, p. 1-2, maio 2017. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/28395653]. Acesso em: 22.06.2018.

MAGNUSSEN, S.; MELINDER, A. What Psychologists Know and Believe About Memory: A Survey of Practitioners. *Appl. Cognit. Psychol,* [S.l.], v. 26, p. 54-60, 2012. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/acp.1795]. Acesso em: 08.12.2018.

MAGNUSSEN, S. et al. What judges know about eyewitness testimony: A comparison of Norwegian and US judges. *Psychology*, *Crime & Law*, [S.l.], v. 14, n. 3, p. 177-188, jun. 2008. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10683160701580099?scroll=top&needAccess=true]. Acesso em: 03.07.2017.

MALLOY, L. et al. Children's eyewitness memory: Balancing children's needs and defendant's rights when seeking the truth. In: M. P. Toglia, J. D. Read, D. F. Ross, & R. C. L. Lindsay (Org.). *Handbook of eyewitness psychology*: Memory for events. Mahwah/New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates Publishers, 2007. v. 1.

MCQUISTON-SURRETT, D.; MALPASS, R. S.; TREDOUX, C. G. Sequential vs. simultaneous lineups: a review of methods, data, and theory. *Psychology, Public Policy, and Law,* Washington, DC, v. 12, n. 2, p. 137-169, maio 2006. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/232605744_Sequential_vs_Simultaneous_Lineups_A_Review_of_Methods_Data_and_Theory]. Acesso em: 08.12.2018.

USO EXCLUSIVO DOUBCRIM

MORGAN, C. A. et al. Accuracy of eyewitness memory for persons encountered during exposure to highly intense stress. *International Journal of Law and Psychiatry*, [S.l.], v. 27, n. 3, p. 265-279, maio 2004. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/8528861_Accuracy_of_eyewitness_memory_for_persons_encountered_during_exposure_to_highly_intense_stress]. Acesso em: 05.12.2018.

SALES, S. J. S. de. Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 848, p. 416-437, jun. 2006. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000016997f2a29f8fbd26da&docguid=I46ad75d0f25111dfab6f010000000000&hitguid=I46ad75d0f25111dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1&context=22&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 28.10.2018.

SCHACTER, D. L.; LOFTUS, E. F. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute? *Nat Neurosci*, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 119-123, jan. 2013. Disponível em: [www.nature.com/articles/nn.3294]. Acesso em: 13.09.2017.

SIMONS, D. J.; CHABRIS, C. F. What people believe about how memory works: a representative survey of the U.S. Population. *PLoS ONE*, [S.l.], v. 6, n. 8, p. e22757, ago. 2011. Disponível em: [https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0022757]. Acesso em: 29.10.2017.

SPORER, S. L. et al. Choosing, confidence, and accuracy: A meta-analysis of the confidence-accuracy relation in eyewitness identification studies. *Psychological Bulletin*, [S.l.], v. 118, n. 3, p. 315-327, nov. 1995. Disponível em: [www.researchgate.net/publication/232602352_Choosing_confidence_and_accuracy_A_meta-analysis_of_the_confidence-accuracy_relation_in_eyewitness_identification_studies]. Acesso em: 15.12.2018.

STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento de pessoas e aos depoimentos forenses*. Série Pensando Direito, Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, Brasília, n. 59, 2015. Disponível em: [http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf]. Acesso em: 03.04.2018.

STEIN, L. M.; NYGAARD, M. L. C. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 11, n. 43, p. 151-164, abr.-jun. 2003. Disponível em: [www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000016997c7cd12954df99a&docguid=Id637cc202d4111e0baf30000855dd350&hitguid=Id637cc202d4111e0baf30000855dd350&spos=1&epos=1&td=1&context=13&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1]. Acesso em: 31.10.2018.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

VALENTINE, T.; FITZGERALD, R. J. Identifying the Culprit: An International Perspective on the National Academy of Sciences Report on Eyewitness Identification Evidence. *Appl. Cognit. Psychol.*, [S.l.], v. 30, n. 1, p. 135-138, 2016. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/acp.3164]. Acesso em: 26.11.2018.

VALENTINE, T.; LEWIS, M. B.; HILLS, P. J. Face-Space: A Unifying Concept in Face Recognition Research. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, [S.l.], v. 69, n. 10, p. 1996-2019, 2016. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1080/17470218.2014.990392]. Acesso em: 26.11.2018.

VAN DER WALT, L. M. Judicial understanding of the reliability of eyewitness evidence: A tale of two cases. PER, *Potchefstroom*, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 01-32, jun. 2016. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2862589]. Acesso em: 01.03.2019.

VIANA, C. N. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais as implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* Brasília, v. 8, n. 2, p. 1136-1157, ago. 2018. Disponível em: [https://publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5318]. Acesso em: 11.09.2018.

VRIJ, A. et al. Detecting deception by manipulating cognitive load. *Trends in Cognitive Sciences*, [S.l.], v. 10, n. 4, p. 141-142, abr. 2006. Disponível em: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1364661306000465?via%3Dihub]. Acesso em: 11.12.2018.

VRIJ, A.; HARTWIG, M.; GRANHAG, P. A. Reading lies: nonverbal communication and deception. *Annual Review of Psychology*, [S.l.], v. 70, n. 1, p. 295-317, 2019. Disponível em: [www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-psych-010418-103135]. Acesso em: 11.02.2019.

WELLS, G. L. Eyewitness identification. In: LUNA, Erik (Ed.). *Reforming criminal justice:* Policing. Tempe, AZ: Sandra Day O'Connor College of Law, 2018. v. 2. Disponível em: [https://lib.dr.iastate.edu/psychology_pubs/67/]. Acesso em: 01.03.2019.

WELLS, G. L.; MEMON, A.; PENROD, S. D. Eyewitness Evidence: improving its probative value. *Psychological Science in the Public Interest*, [S.l.], v. 7, n. 2, p. 45-75, nov. 2006. Disponível em: [https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1111/j.1529-1006.2006.00027.x?url_ver=Z39.88-2003&rfr_id=ori:rid:crossref.org&rfr_dat=cr_pub%3dpubmed]. Acesso em: 03.06.2017.

WESTCOOT, H. L. Safeguarding witnesses. In: DAVIES, G.; HOLLIN, C.; BULL, R. (Ed.). *Forensic psychology*. Chichester: Wiley, 2008.

WILCOCK, R.; BULL, R.; MILNE, B. *Witness identification in criminal cases: psychology and practice.* Oxford: Oxford University Press, 2008.

WISE, R. A.; DAUPHINAIS, K.; SAFER, M. A. A tripartite solution to eyewitness error. *Journal of Criminal Law and Criminology,* [S.l.], v. 97, n. 3, p. 807-871,

USO EXCLUSIVO BDJUR/CRIM

2007. Disponível em: [https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://br.search.yahoo.com/&httpsredir=1&article=7270&context=jclc]. Acesso em: 24.06.2017.

WISE, R. A.; SAFER, M. A. What US judges know and believe about eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, [S.l.], v. 18, n. 4, p. 427-443, abr. 2004. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/acp.993]. Acesso em: 03.12.2017.

WISE, R. A.; SAFER, M. A. A comparison of what U.S. judges and students know and believe about eyewitness testimony. *Journal of Applied Social Psychology*, [S.l.], v. 40, n. 6, p. 1400-1422, jun. 2010. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1559-1816.2010.00623.x]. Acesso em: 16.11.2018.

WISE, R. A. et al. A comparison of Chinese judges' and US judges' knowledge and beliefs about eyewitness testimony. *Psychology, Crime & Law,* [S.l.], v. 16, n. 8, p. 695-713, fev. 2010. Disponível em: [www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/10683160903153893]. Acesso em: 16.11.2018.

WISE, R. A.; SAFER, M. A.; MARO, C. M. What U.S. Law enforcement officers know and believe about eyewitness factors, eyewitness interviews and identification procedures. *Applied Cognitive Psychology,* [S.l.], v. 25 n. 3, p. 488-500, maio 2011. Disponível em: [https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/acp.1717]. Acesso em: 24.02.2019.

WISE, R. A. et al. An examination of the causes and solutions to eyewitness error. *Front Psychiatry,* [S.l.], v. 5, n. 102, p. 01-08, maio 2014. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4131297/]. Acesso em: 18.07.2017.

YARMEY, A. D. Eyewitness identification: guidelines and recommendations for identification procedures in the United States and in Canada. *Canadian Psychology/Psychologie canadienne,* [S.l.], v. 44, n. 3, p. 181-189, ago. 2003. Disponível em: [https://psycnet.apa.org/record/2003-07215-001]. Acesso em: 01.08.2017.

YOUNG, S. G. et al. Perception and motivation in face recognition. *Personality and Social Psychology Review,* [S.l.], v. 16, n. 2, p. 116-142, maio 2012. Disponível em: [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21878608]. Acesso em: 15.12.2018.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais, de Lilian Milnitsky Stein e Maria Lúcia Campani Nygaard – *RBCCrim* 43/151-164 e *Doutrinas Essenciais Processo Penal* 3/821-836 (DTR\2003\816);
- A prova testemunhal e o fenômeno das falsas memórias, de Flaviane Baldasso – *RBCCrim* 166/129-174 (DTR\2020\3819);
- Antecipação das provas testemunhais e o dilema das falsas memórias: uma análise sob o julgamento do recurso em *Habeas Corpus* 61.488 e a relativização da súmula 455 do STJ, de Rafael de Lazari, Alencar Frederico Margraf, Larissa de Moraes Leal e Caroline Canova dos Santos – *RT* 1014/337-360 (DTR\2020\3917); e
- As falhas de linguagem e as estratégias cognitivas voltadas à minimização das falsas memórias na prova testemunhal, de Sérgio Bruno Araújo Rebouças e Lara Teles Fernandes – *RBCCrim* 171/313-350 (DTR\2020\11592).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Crime e Sociedade

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Grupos reflexivos para autores de violência doméstica contra a mulher: uma proposta para além do punitivismo penal

Reflexive groups for authors of domestic violence against women: a proposal beyond criminal punitivism

Chiavelli Facenda Falavigno

Estágio pós-doutoral em Política Legislativa Penal pela Universidade de Málaga. Doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo, com período sanduíche na Universidade de Hamburgo. Pesquisadora visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e do Instituto Max Planck de Direito Penal estrangeiro. Professora Adjunta de Direito e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
ORCID: 0000-0002-7264-2171
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9833644727888072].
chiavelli.falavigno@gmail.com

Giovanna Praça Sardeiro

Pós-graduanda em Direito Público e Português Jurídico pelo Instituto Brasileiro de Formação. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-2333-9491].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2831383774568065].
giovannapraca@gmail.com

Recebido em: 21.02.2020
Aprovado em: 11.08.2020
Última versão das autoras: 19.08.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: O presente trabalho tem como intuito analisar a aplicabilidade dos grupos reflexivos para homens, previstos nos artigos 35, inciso V, e 45, da Lei 11.340/2006. A fim de alcançar o objetivo almejado, por meio do método dedutivo e procedimento monográfico, utilizando-se de revisão bibliográfica e análise legislativa, a pesquisa qualitativa pontua as particularidades que comumente envolvem os referidos delitos, como

Abstract: The present article intends to analyze the applicability of reflexive groups for men, foreseen in articles 35, item V, and 45, of Law 11,340/2006. In order to achieve the desired objective through the deductive method, using bibliographic review and legislative analysis, the qualitative research points out the particularities that commonly involve these crimes, such as the feelings between the subjects involved in

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

o afeto entre os sujeitos envolvidos na situação, a dificuldade da vítima em romper a relação existente com o agressor e a consequente perpetuação do ciclo de violência. Posteriormente, a investigação foca o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico ao supracitado delito ao longo do tempo. Por fim, discorre-se sobre a criação e o funcionamento dos grupos de educação e de reabilitação para homens como mecanismo permeado por ideias restaurativas, e que possui pretensão de subverter o cenário atual por meio de diálogo, reflexão e desconstrução de ideias patriarcais arraigadas na sociedade que legitimam a violência perpetrada.

Palavras-chave: Violência de gênero – Grupos reflexivos – Centros de educação e reabilitação.

the situation, the victim's difficulty in breaking the existing relationship with the aggressor and the consequent perpetuation of the violence cycle. Subsequently, the investigation focuses on the treatment provided by the Brazilian legal system in relation to the aforementioned offense over time. At the end, it discusses the creation and functioning of education and rehabilitation groups for men, as a mechanism permeated by restorative ideas, which aims to subvert the current scenario through dialogue, reflection and deconstruction of patriarchal ideas rooted in society that legitimize the violence perpetrated.

Keywords: Gender violence – Reflexive groups – Education and rehabilitation centers.

Sumário: 1. Introdução. 2. Gênero e violência: origem e histórico. 2.1. Violência doméstica e familiar contra a mulher como forma de manifestação da violência de gênero. 2.2. Os sujeitos do delito: para além da polarização "agressor" e "vítima". 3. Tutela estatal da violência doméstica contra a mulher. 3.1. O ordenamento jurídico brasileiro e a questão de gênero. 3.2. O punitivismo como principal (não) solucionador de conflitos. 4. Um novo olhar: grupos reflexivos sobre gênero para autores de violência doméstica e familiar contra a mulher. 4.1. Do olhar meramente punitivista à inserção de métodos restaurativos na justiça. 4.2. A aplicabilidade dos princípios restaurativos quanto à violência doméstica contra a mulher. 4.3. A institucionalização dos grupos reflexivos para homens. 4.3.1. A perspectiva multidisciplinar. 4.3.2. Metodologia e diretrizes orientadoras dos programas. 4.3.3. A avaliação dos resultados obtidos. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A violência doméstica e familiar contra a mulher surge como um modo de dominação exercida pelos homens em relação à autonomia e à dignidade dos corpos femininos. Por se originar a partir de crenças e comportamentos arraigados na coletividade, não é passível de resolução com medidas superficiais, mas exige um esforço maior por parte do poder Estatal, da sociedade civil e das organizações não governamentais. Agindo apenas após os resultados terem ocorrido, o que é a característica mais marcante do Direito Penal, a eficácia da atuação repressiva se torna limitada, fazendo-se necessário buscar a raiz do problema, a fim de compreender suas especificidades e pensar em políticas que sejam mais bem-sucedidas em matéria de prevenção.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

A ânsia da sociedade pelo mero punitivismo frustra, em muitos casos, a própria vítima, que não necessariamente deseja uma pena privativa de liberdade para o agressor, mas, principalmente, o dito ideal ressocializador. Este, por sua vez, acaba não se concretizando, seja pela estrutura atual das penitenciárias brasileiras – nos casos em que a agressão redunde em prisão preventiva ou em pena privativa de liberdade –, seja pela própria falência da pena de reclusão em si e de suas funções de prevenção positiva ou negativa, o que já vem sendo, há muito tempo, denunciado pela doutrina, sobremaneira em matéria de criminologia.[1]

Não se almeja, neste trabalho, advogar por um afastamento total da incidência do direito penal ou da pena de prisão em casos de violência contra a mulher, e sim analisar algumas propostas que, em casos menos graves, possam ser aplicadas, isolada ou conjuntamente com medidas repressivas, a fim de tornar mais efetivo o combate a esse tipo de delito. Pelo exposto, uma das propostas voltadas à mitigação da referida problemática chama atenção, qual seja, a utilização de grupos reflexivos sobre gênero, instituído no Brasil por meio da Lei 11.340/2006, que apostou na reeducação e na reabilitação dos autores do supracitado delito. Frise-se que a Lei Maria da Penha constituiu um marco inicial, e não final, na construção de um sistema de prevenção e combate à violência contra a mulher. Ademais, esse sistema deve ser interdisciplinar e abrangente, não se podendo resumir a aplicação da lei à sua mera incidência penal. O presente trabalho foca, então, a análise dos citados grupos e procura averiguar se eles constituem ferramenta eficaz de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

2. Gênero e violência: origem e histórico

2.1. Violência doméstica e familiar contra a mulher como forma de manifestação da violência de gênero

Apesar de, há alguns anos, tentar-se combater a violência que, de diversas formas, atinge a mulher, a opressão fundada na desigualdade de gênero ainda perdura em muitas práticas sociais.

Embora similares, as seguintes formas de violência não são categorias idênticas. A violência contra a mulher é qualquer agressão contra pessoas do sexo

1. Cite-se, por exemplo, CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991, entre outros tantos.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

feminino; a violência de gênero, por seu turno, é a ocasionada em razão de a vítima ser mulher; enquanto a violência doméstica, por sua vez, é a que acontece em ambiente doméstico e envolve relações de consanguinidade ou afinidade (COUTO, 2017, p. 19).

A ocorrência de violência de gênero se revela expressiva no âmbito privado, isso porque, quando se traça o perfil do agressor, de acordo com estudo multipaíses da Organização Mundial da Saúde, nota-se que até 61% das mulheres relatam ter sido agredidas em algum momento da vida por algum parceiro íntimo. Assim, revela-se um fenômeno social que necessita indubitavelmente de políticas públicas (GARCIA-MORENO et al, 2005, apud OMS, 2012, p. 12).

Ainda, segundo a presidente da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 38% dos casos de homicídios de mulheres, o assassino é um homem com quem ela se relacionou (ONU, 2018). Ademais, segundo o Conselho Nacional de Justiça, no Brasil, o local onde mais ocorre violência contra a mulher é no lar da vítima, representando 71,8% dos casos (CNJ, 2013, p. 12).

Corroborando os supracitados dados, o Mapa da Violência Contra a Mulher informa que os maiores agressores das mulheres continuam sendo seus companheiros (ex ou atuais), correspondendo a 58% dos casos de agressão doméstica (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018, p. 25). A aludida violência assumiu um preocupante papel na organização social de gênero, a ponto de ser naturalizada na dinâmica de relações entre um homem e uma – "sua" – mulher (COUTO, 2017, p. 12). Sua prejudicialidade é tão evidente que, desde 1980, a Organização Mundial de Saúde reconhece a violência doméstica como questão de saúde pública, tendo em vista os traumas físicos e psicológicos gerados por ela (ALVES e COURA-FILHO, 2001, apud ZORZELLA, 2016, p. 14).

Ao se delinear seus contornos, reconheceu-se, por meio do artigo 2, *a*, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que violência física, sexual e psicológica contra a mulher também abrange aquela que ocorre na esfera familiar e na unidade doméstica, independentemente de compartilhar, ter compartilhado ou não a residência com o agressor (CIDH, 1994). Além das formas de violência elencadas pela CIDH, a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, abarca em seu artigo 7º, incisos IV e V, as violências patrimonial e moral.

A despeito da importância da conceituação formal, a principal dificuldade no reconhecimento da violência doméstica é da perspectiva interna. Isto é, pode ser dificultoso perceber a partir de que ponto uma ação representa uma agressão (ZORZELLA, 2016, p. 19).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Diante das especificidades da supracitada forma de violência, sugere-se que a resposta para a sua mitigação pode estar em sua compreensão em nível subjetivo. Se grande parte das explicações dadas sobre a origem do fenômeno aponta para as ideias permeadas pelo machismo, bem como para a masculinidade agressiva, talvez sua solução esteja no caminho inverso, ou seja, na desconstrução dessas concepções por meio da reflexão.

2.2. Os sujeitos do delito: para além da polarização "agressor" e "vítima"

Em regra, a violência doméstica surge em situações rotineiras, quando são quebradas as expectativas atribuídas à mulher, e o homem sente que é posta à prova sua masculinidade – como esta lhe foi ensinada (COUTO, 2017, p. 12).

Sublinha-se que a aludida masculinidade pode ser delineada a partir de aspectos históricos e socioculturais, e diz respeito às possíveis vivências masculinas. Denota-se, então, a possibilidade de reflexão e diversificação do que se considera masculino (SILVA, 2015, p. 180).

Ainda, há a crença de que a violência doméstica diz respeito a adversidades específicas do casal, como se fosse uma questão pessoal. No entanto, trata-se de um fenômeno social, pois, além dos números expressivos, ainda que os problemas sejam individuais, fazem parte de uma construção social abrangente (CNJ, 2017).

É usual ver a reprodução da ideia de que não se pode controlar a agressividade masculina, por ser inerente à sua essência e, desse modo, insuscetível de criminalização (COUTO, 2017, p. 29). Esse tipo de crença tem o propósito de inviabilizar as tentativas de mudança do quadro geral, pois tenta justificar as ações e exonerar os agressores da responsabilidade.

Sobre a relação do casal, um elemento presenciado é a manutenção duradoura de seus ciclos – em que a vítima é agredida, reconhece a agressão e, ainda assim, permanece na relação. A dificuldade de sair desse ciclo faz com que as vítimas sejam estereotipadas, o que gera a sua culpabilização e até mesmo a legitimação das violências ocorridas (COUTO, 2017, p. 20).

Com a ideia de "perigosidade vitimal", alguns autores – que representam uma minoria, não a regra, na área da vitimologia – realizam uma distorção de ideias, analisando se a vítima teve parte de culpa no ocorrido, levando, em consideração sua personalidade, atitudes, modo de vestir etc., e se esses fatores favoreceram ou não o cometimento do delito. Muitas vezes, tais construções acabam transferindo a responsabilidade pelo crime do agressor para a vítima:

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> "Confrontar o grau de inocência da vítima – e sua conseqüente responsabilidade – com o grau de culpa do autor pode contribuir para a explicação de vários casos, uma vez que a vítima pode ser tão culpada quanto o próprio criminoso." (GAIA, 2009, p. 136)

Ora, sair desse lugar-comum que culpabiliza a mulher pelos delitos contra ela cometidos é fundamental para mitigar as violações de seus direitos.

A culpabilização tira o foco da raiz estrutural e o transfere para a vítima. Além disso, há outros fatores que levam a mulher ao silenciamento, como o receio de ver o homem punido ou afastado dos filhos; a dependência, em sentido amplo, que prejudica sua autodeterminação; e a ausência de liberdade financeira para se sustentar sozinha (SAFFIOTI, 2001, p. 81-87).

Um dos requerimentos feitos pelas mulheres é que se dê espaço à escuta e à reflexão por parte do agressor, pois elas frequentemente afirmam seu desejo de continuar no relacionamento, mas desejando outra postura por parte do parceiro (VERAS, 2014, p. 75). Nessa lógica, talvez o ciclo de violência supracitado possa ser rompido ao se tratar o mal que faz surgir o delito, qual seja, os padrões de comportamento machistas.

Então, deve o Estado se atentar para o agressor e promover ações que o orientem para uma mudança de atitude. Desse modo, a punição deixa de ser a única alternativa para o rompimento do ciclo de violência, visto que, após uma possível condenação, o contexto familiar e social pode permanecer o mesmo (VERAS, 2014, p. 67). Conhecendo a origem dessas interações sociais, torna-se mais fácil buscar caminhos para sua resolução ou mitigação.

3. Tutela estatal da violência doméstica contra a mulher

3.1. O ordenamento jurídico brasileiro e a questão de gênero

No ordenamento jurídico pátrio, o principal diploma referente ao assunto é a Lei 11.340/2006, chamada Lei Maria da Penha, que definiu a problemática em seu artigo 5º como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". Ainda, aduziu ser prescindível a especificidade de orientação sexual e elencou seu âmbito de incidência (BRASIL, 2006).

Por meio da citada lei, além da definição de medidas de caráter penal – que são as que mais repercutem nos meios e comunicação (MELLO, 2010, p. 140) – foram criados outros mecanismos de proteção à mulher, como a possibilidade de o agressor frequentar programas de recuperação e reeducação (PRATES E ANDRADE, 2013, p. 18).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Alguns anos depois, o legislador sancionou a Lei 13.104, de 2015, comumente chamada de Lei do Feminicídio. Por meio dela, passou-se a prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e incluiu-se o crime no rol dos hediondos (BRASIL, 2015).

Vale dizer que, a despeito da importância de o legislador ter feito inovações jurídicas a partir de vários ângulos e possibilidades a fim de resolver o problema de forma eficaz, o sistema jurídico e a sociedade recaíram no lugar-comum de punitivismo.

3.2. O punitivismo como principal (não) solucionador de conflitos

A atuação estatal por meio da legislação é essencial para que se garanta formalmente os direitos das mulheres. Porém, deve-se averiguar a eficácia real das ferramentas legais empreendidas.

Uma das pretensões de alguns movimentos que defendiam a criminalização consistia na utilização simbólica do direito penal, a fim de inverter os valores sociais por meio da legislação. Ocorre que o direito penal simbólico não é tão eficaz na dissuasão preventiva de delitos como se espera. Mesmo quando essa lei redunda em condenações, o número de indivíduos presos não reflete necessariamente na diminuição da ocorrência dos crimes (MELLO, 2010, p. 145-146). Conforme já apontava Hassemer, em que pese todo direito tenha, sim, uma finalidade simbólica, deve-se questionar quando tal finalidade suplanta em muito as funções reais. Ademais, a característica principal do direito penal simbólico é atuar de forma a construir a impressão de que o problema já se encontra resolvido por meio da criminalização, desincumbindo o poder público de atuar na criação de outras políticas de combate, como também se observa, por exemplo, em questões ambientais.[2]

Os dados corroboram o que foi supracitado, visto que os aumentos nas penas previstas e as inovações legislativas não têm reduzido significativamente os índices de ocorrência dos crimes de violência contra a mulher (ZAPATER, 2019, p. 35-36).

Talvez a insuficiência do rigor penal possa ser explicada pelo fato de essa punição estar sendo aplicada como um fim em si mesma, sem "comunicar o sentido dessa ação, ligando-a à atribuição de responsabilidade para ter chance que ela seja compreendida como punição" (PIRES, 2004, apud COUTO, 2017, p. 15). Assim, seu sentido se esvazia e não produz o efeito desejado.

2. Sobre o tema, cite-se COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental*: viabilidade – Efetividade – Tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Saraiva, 2010.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

A título exemplificativo, em 2017, foi elaborada uma pesquisa pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública e pelo Instituto Datafolha, a fim de averiguar os dados atinentes à violência doméstica. Dois anos depois, após novo levantamento, demonstrou-se que os índices de violência permanecem inalterados. Além disso, 39% dos autores de violência contra as mulheres são parceiros ou ex-parceiros delas e, ainda, "84% dos feminicidas são parceiros ou ex-parceiros das vítimas (casados ou conviventes) e 12% namorados" (SCARANCE, 2019, p. 25-27).

Atestando a mencionada situação, dados apresentados pelo Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAN) sobre atendimentos de violência à mulher pelo Sistema Único de Saúde (SUS) demonstram que, para as mulheres de 18 a 59 anos de idade, o principal agressor é o parceiro ou ex-parceiro, constando em metade de todos os casos atendidos. Ademais, para 71,9% das vítimas, o local em que ocorreu a agressão foi sua casa (WAISELFISZ, 2015, p. 48-50).

Além das questões já expostas, há dois fatores a se considerar: a) a reincidência dos agressores, que, sem ações reeducativas, tornarão a cometer atos violentos, e b) dentro desse espectro, mais especificamente, a reiteração delitiva no contexto de manutenção do relacionamento, que também deve ser alvo de estudo dos elaboradores de políticas públicas.

Ainda de acordo com os dados do SINAN, tem-se que a reincidência acontece em quase metade dos casos de violência contra a mulher. Tal informação permite presumir que tal violência é repetida devido à a ausência de mecanismos efetivos de prevenção e reparação (WAISELFISZ, 2015, p. 51).

Quanto à continuidade do vínculo marital, uma pesquisa realizada em 2011 pela Fundação Perseu Abramo relatou que, a depender do tipo de violência, de 20 a 43% dos casais envolvidos permanecem se relacionando (DIAS, 2015, p. 29). A manutenção desses altos índices demonstra que as leis, isoladamente, não podem alterar a realidade de forma significativa (SCARANCE, 2019, p. 26). Isso porque a mera criminalização não previne novas agressões, bem como não contribui para a transformação das relações de gênero (ANDRADE, 1999, apud ZORZELLA, 2016, p. 25; MELLO, 2010, p. 157).

Ou seja, o discurso criminalizante cristaliza os sujeitos em suas identidades, aumentando a resistência à transformação em vez de a fomentar, uma vez que afasta, como inimigos, os personagens que seriam capazes de alterar a situação (SOARES, 2012, p. 203). Logo, resta imperioso avaliar em que medida o Estado pode não apenas punir o agressor, mas transformá-lo, para que cessem os episódios violentos.

A violência ainda é um elemento presente na rotina de muitas brasileiras, e superá-la envolve a proteção da vítima, a responsabilização do agressor e o acesso

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

à justiça, mas também a aplicação de métodos de prevenção que abranjam, no tratamento, a origem da violência, e considerem suas raízes culturais e sociais (BUENO E LIMA, 2019, p. 7).

Uma das formas de transformar essa situação é mudando a percepção do agressor sobre si e sobre os outros, por meio do universo dialógico, em que se possibilite a reflexão sobre os papéis masculino e feminino (SOARES, 2012, p. 207).

Acertadamente, a Lei 11.340/2006 não se limitou às medidas penais, mas arquitetou políticas efetivas de cunho eminentemente extrapenal (DOS ANJOS, 2006, p. 10).

A seguir, tratar-se-á do supracitado mecanismo dialógico, qual seja, o espaço em que os homens têm a possibilidade de refletir sobre o seu papel na mitigação da violência contra a mulher. Por meio do artigo 35, inciso V, a Lei Maria da Penha possibilitou que a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios criassem "centros de educação e de reabilitação para os agressores". Ainda, por meio do seu artigo 45, alterou a Lei de Execução Penal, prevendo que "nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação".

Dessa forma, como um marco para a luta contra a violência de gênero em âmbito doméstico e familiar, o Poder Público possibilitou que, para além da imposição de penas, seja repensado o papel do homem nessa empreitada, aduzindo, pelos termos utilizados na letra da lei, que é possível – e necessário – para além de punir, trabalhar em um processo de reeducação desses sujeitos.

4. Um novo olhar: grupos reflexivos sobre gênero para autores de violência doméstica e familiar contra a mulher

Como visto, a Lei Maria da Penha reconheceu a possibilidade de se reabilitar autores de violência doméstica, sendo que tal inovação legislativa só foi possível devido às mudanças de paradigma ocorridas ao longo da história em relação ao sistema penal e sua eficácia.

4.1. Do olhar meramente punitivista à inserção de métodos restaurativos na justiça

A partir de 1960, nos Estados Unidos, tanto o ideal ressocializador quanto a pena privativa de liberdade caíram em descrédito. Reconheceu-se que a justiça criminal não alcançou o que se propôs a fazer, como a intimidação e a

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

ressocialização dos condenados. Diante disso, alternativas foram sendo buscadas, fazendo surgir ideias como a de restituição e reconciliação penais (PALLAMOLLA, 2009, p. 29-30; 34).

Desse descontentamento com o sistema penal, começaram a ser desenvolvidas, em meados da década de 1970, algumas práticas restaurativas esparsas como meio alternativo ou complementar àquele sistema. Ao contrário da justiça retributiva, a restaurativa põe o foco no aspecto relacional entre as partes e nas necessidades e direitos das vítimas. Dessa forma, reforça de maneira mais dialógica aos envolvidos que as normas devem ser respeitadas para manter as boas relações e a ordem em sociedade, e não por simples submissão à lei, evidenciando os malefícios do delito, e não buscando suscitar temor. Tendo em vista a teoria de Durkheim sobre moral, de que as pessoas não agem essencialmente pelo dever, mas associando-o a algo que pareça certo, pode-se dizer que a justiça restaurativa aparenta ter capacidade de prosperar (STUKER, 2015, p. 34-35).

Vale dizer que a justiça restaurativa não surgiu isoladamente, mas recebeu influência de áreas como o abolicionismo e a vitimologia. Ademais, antes desses movimentos, já ocorriam práticas restaurativas em costumes de povos orientais e ocidentais, que utilizavam basicamente os mesmos princípios em sua justiça comunitária (PALLAMOLLA, 2009, p. 36).

Após 1980, começam a surgir debates como as alternativas à prisão, o papel da vítima na resolução do conflito e o simbolismo do direito penal (SOUZA, 2012, p. 153).

Em meio às reflexões sobre o sistema penal, Foucault (1987, p. 308-309) aduziu que sua função, na verdade, não é coibir ilegalidades, mas garantir e reproduzir as relações sociais de poder. Na década de 1990, houve uma expansão dos diálogos sobre práticas restaurativas que, apesar de já ocorrerem, passaram a ganhar mais notoriedade quando pesquisadores viram no método uma forma de contornar a ineficiência do sistema penal (PALLAMOLLA, 2009, p. 34).

No final do século XX, um dos primeiros grandes autores do assunto, John Braithwaite, propôs uma nova metodologia baseada na ideia de "vergonha reintegrativa", de modo que a vergonha de transgredir seria um fator de prevenção e reintegração (BENEDETTI, 2005, p. 210).

O supracitado autor sugeriu valores obrigatórios para o processo restaurativo, quais sejam: a) não dominação; b) empoderamento, para que os participantes usem seu poder de voz; c) honrar os limites estabelecidos como sanções; d) escuta respeitosa; e) preocupação igualitária com todos os participantes;

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

f) possibilidade das pessoas envolvidas em casos conflituosos recorrerem ao processo restaurativo; e g) respeito aos direitos humanos (PALLAMOLLA, 2009, p. 62-63).

Ainda, Braithwaite discorreu sobre a teoria do etiquetamento, referindo-se ao rótulo que estigmatiza a pessoa como criminosa. Essa característica atribuída ao sujeito dificilmente é afastada e o leva ao isolamento social, sem qualquer possibilidade de que se encontre uma solução favorável (BENEDETTI, 2005, p. 210).

A criação desse estereótipo tem fundamento na linguagem do sistema penal, a qual qualifica acontecimentos e agentes com rótulos, como crime e delinquente, tirando-os de seu contexto e subjetividade. Isso faz com que seja restringido o seu desfecho, que poderia ser diferente caso houvesse espaço para a admoestação, a reintegração do ofensor e a reparação dos danos à vítima (PALLAMOLLA, 2009, p. 43). Esses valores, como visto, são justamente os intrínsecos ao sistema restaurativo.

Com o aumento considerável de iniciativas relacionadas à justiça restaurativa, em 2002, a Organização das Nações Unidas a recomendou aos Estados Membros, por meio da Resolução 2002-12, denominada "Princípios Básicos para a Utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal". Consta, em seu preâmbulo, que, por meio de tal sistema, todos os sujeitos direta ou indiretamente envolvidos são beneficiados, porque esse mecanismo:

> "[...] propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade." (ONU, 2002)[3]

Assim, a ONU ratificou a ideia de que a justiça restaurativa pode ser uma opção que apresenta resultados positivos, de forma que tanto esta quanto a mediação na solução de conflitos possam ser alternativas a ser mais exploradas. Vale perquirir, no mais, se essa resposta positiva também é possível em matéria de violência de gênero.

3. Tradução Livre por Renato Sócrates Gomes Pinto, disponibilizada nos arquivos do site do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: [www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Material_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf]. Acesso em: 28.05.2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

4.2. A aplicabilidade dos princípios restaurativos quanto à violência doméstica contra a mulher

Quanto à questão de gênero, uma parcela de autores vê o direito penal como aliado, sendo uma boa ferramenta de combate à violência doméstica. Desagrada-os a ideia de que o direito penal deva ser a última *ratio*, quando, na realidade, ele não o é na maioria das áreas (SOUZA, 2012, p. 154).

Ocorre que, apesar de o objetivo central ser proteger as vítimas, também é essencial intervir no comportamento do agressor, para que os padrões sociais que fomentam a violência sejam transformados. Até porque a prisão alimenta a violência existente, não podendo se esperar que após o cumprimento da pena o homem se torne respeitador e colaborativo (SOARES, 2004, p. 9).

A sede pela demanda penal faz, inclusive, com que outras demandas importantes sejam postas em segundo plano, como pedidos de separação de corpos, indenização pelos danos causados, pensão alimentícia, guarda dos filhos e partilha dos bens (SOUZA, 2012, p. 157).

Logo, a limitação do sistema penal faz com que não sejam atendidas satisfatoriamente nem mesmo as necessidades das vítimas, aparentando o supracitado sistema estar mais interessado em alimentar sua própria lógica (ISHIY, 2015, p. 195).

A razão disso se dá pelo fato de que o direito penal, por fazer parte da estrutura social, também está permeado pela cultura sexista. Assim, requerer dele soluções para a problemática da violência de gênero significa criar uma expectativa ilusória sobre um sistema que, embora formal, é igualmente discriminatório, mas de maneira velada (SOUZA, 2012, p. 158).

Ademais, passar pelo cárcere, experiência geralmente desumanizadora, não proporciona a oportunidade de que o autor de violência desenvolva um senso de alteridade que o faça compreender a questão de gênero por trás da agressão, como a assimetria de poder e o sexismo (COUTO, 2017, p. 133-134).

Por outro lado, mesmo diante da crise do sistema penal, o abolicionismo não representa opção viável para os crimes de violência doméstica, pois não há igualdade de vulnerabilidade entre os sujeitos, requisito indispensável para processos conciliatórios sem intervenção estatal. Assim, aumentam as propostas de reconstrução do direito penal, que retomem o caráter preventivo e pedagógico que deveria ter um sistema de justiça que se pretende minimamente efetivo (SILVA, GUIMARÃES E BARBOSA, 2019, p. 249).

Tendo em vista a descrença no encarceramento como forma única para a resolução dos problemas complexos da sociedade, a justiça restaurativa surge como

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

uma das propostas sugeridas para a ineficácia do punitivismo. Porém, há o questionamento quanto à possibilidade de aplicação dos princípios restaurativos em relação aos delitos cometidos envolvendo violência de gênero. A supracitada dúvida ainda não tem resposta exata, tanto que até mesmo a Organização das Nações Unidas apontou a existência de divergências sobre a questão (STUKER, 2015, p. 35).

No entanto, entende-se que, se há propostas de novas formas de encarar um problema que perdura há bastante tempo, deve-se abrir espaço para seu estudo e, quem sabe, sua execução, a fim de averiguar se sua aplicação apresentará maior ou menor efetividade para o fim almejado do que as ferramentas utilizadas atualmente. Assim, as práticas restaurativas aparecem como possível mecanismo alternativo ou complementar, pois, além de considerarem a vítima, tentam subverter a cultura machista por meio do diálogo, possibilidade que não existe pela ótica punitiva (STUKER, 2015, p. 38-39).

Ainda, ao desenvolver projetos apenas para as mulheres, lida-se apenas com um dos lados envolvidos na situação de violência, o que não produz resultados tão significativos. Portanto, se a atuação também envolver os homens, torna-se possível reduzir a reincidência de comportamentos violentos, seja em seus relacionamentos atuais, seja em futuros (ZORZELLA, 2016, p. 43).

Nesse sentido, no final da década de 1970, na América do Norte, começaram a surgir propostas voltadas aos homens autores de violência doméstica contra a mulher. Um dos primeiros programas foi o "Emerge: Counseling & Education to Stop Domestic Violence", nos EUA, que se tornou referência para os próximos que viriam. Ainda, na América Latina, foi fundado em 1995 o "Colectivo de Hombres por Relaciones Igualitarias" (CORIAC), tendo bastante destaque na área e dando origem a outros, quando se encerrou em 2006 (VERAS E SILVA, 2018, p. 47).

Vale mencionar que, em debates ocorridos nos Estados Unidos, havia quem dissesse que o oferecimento de atendimento aos homens desviaria o foco ideológico e os recursos materiais, os quais deveriam ser direcionados às vítimas. No entanto, a ideia não era lidar com o problema como se fosse apenas psicológico, patologizando a violência e retirando a culpa dos homens; mas, pelo contrário, fazer com que eles assumissem sua responsabilidade e refletissem sobre a subjetividade masculina, comprometendo-se a construir relações mais cooperativas a partir de então (SOARES, 2004, p. 9).

O já citado criminólogo australiano John Braithwaite defendia, em alguns estudos, que a justiça restaurativa poderia reduzir a reincidência em até 40%.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Assim, se há benefícios tão claros, não há por que esse sistema não ser considerado também para os casos de violência doméstica (SOTTILE, 2016).

Os métodos restaurativos nos Estados Unidos apresentaram resultados positivos por minimizarem os prejuízos sofridos pelas vítimas da violência, além de conscientizarem os homens de seus atos e dos danos por eles causados, razão pela qual se reduziu a quantidade de agressores reincidentes (STELLET, 2017, p. 17).

Já no Brasil, até os anos 1990, os esforços empreendidos em relação ao combate da violência contra a mulher se voltavam apenas à vítima, incentivando a realização das denúncias, elaborando atendimento especializado a elas e tentando compreender quais consequências sofriam. No entanto, a união entre pesquisas acadêmicas e atividades elaboradas por grupos da sociedade civil fez com que, a partir de então, surgissem estudos também envolvendo os homens e as masculinidades, por se entender que as desigualdades de gênero se originavam a partir de uma visão relacional (BEIRAS, NASCIMENTO E INCROCCI, 2019, p. 263-264).

Desse modo, no final da década de 1990, foram criados programas no Brasil com essa proposta, desenvolvidos por organizações não governamentais. Alguns deles foram o "Pró-Mulher, Família e Cidadania", em São Paulo, que se voltava à mediação de conflitos intrafamiliares, e em 1998, o Instituto NOOS, no Rio de Janeiro, destacando-se pelo pioneirismo de especificar atividades em grupo com homens, visando à reflexão coletiva sobre valores ligados à construção da subjetividade masculina (VERAS E SILVA, 2018, p. 47).

No âmbito governamental, essa inovação partiu do Centro Especial de Orientação à Mulher (CEOM), no Rio de Janeiro, que passou a atender autores de violência doméstica em 1999, tanto por meio de consultas individuais quanto em grupos reflexivos (LIMA E BUCHELE, 2011, p. 731).

Até então, a análise de programas reflexivos destinados a autores de violência doméstica, sobretudo no cenário internacional, tem apontado para a importância do envolvimento dos homens na luta pela igualdade de gênero (BEIRAS, NASCIMENTO E INCROCCI, 2019, p. 271).

A crescente relevância do tema levou a Organização Mundial da Saúde (OMS) a publicar, em 2003, o estudo "Intervening with Perpetrators of Intimate Partner Violence: a Global Perspective", fruto de uma análise de 56 programas voltados a autores de violência doméstica. Com base no estudo, a OMS destacou a importância desses grupos, por responsabilizar os homens e estimular a construção de relacionamentos mais igualitários e, principalmente, por romper com o ciclo da violência (apud VERAS E SILVA, 2018, p. 48).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Porém, mesmo com o reconhecimento internacional da eficácia de tais medidas, até 2006, de acordo com a ONU, inúmeros países ainda não tinham implementado políticas públicas voltadas a homens autores de violência doméstica (PRATES E ANDRADE, 2013, p. 1).

Um fator que prejudica a implementação da justiça restaurativa é o paradigma que faz com que as pessoas sempre associem a justiça à privação de liberdade. Além de negligenciar as vítimas, esse lugar-comum falha na responsabilização do autor do crime (STUKER, 2015, p. 38). Portanto, a crença de que o punitivismo soluciona todos os problemas, principalmente os complexos, como a violência de gênero, é algo a se superar.

Apesar de os métodos restaurativos, como os grupos reflexivos, serem estudados há apenas algumas décadas, e apesar das divergências teóricas sobre sua eficácia, optou-se por dar espaço a esses programas na Lei 11.340/2006.

4.3. A institucionalização dos grupos reflexivos para homens

Com o advento da Lei 11.340/2006, além da repressão, houve a inovação de prever um trabalho ressocializador com autores de violência doméstica e familiar contra mulheres (VERAS E SILVA, 2018, p. 46).

Em suas Disposições Finais, em seu Título VII, a Lei 11.340/2006 define que:

> "Art. 35. A União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover, no limite das respectivas competências:
>
> [...]
>
> V – centros de educação e de reabilitação para os agressores."

O propósito desses centros é de, por meio da supervisão de profissionais habilitados, provocar a reflexão sobre os conflitos intra e interindividuais que contribuíram para o agir violento, para que o homem perca a sensação de legitimidade ao violentar uma mulher, não voltando a fazê-lo (COUTO, 2017, p. 68-69).

Por meio das intervenções grupais, os homens são levados a entender que, apesar das tentativas de justificar a violência que praticam, são responsáveis pelos seus atos e por provocarem mudanças ligadas à violência doméstica e familiar (VERAS E SILVA, 2018, p. 49). Com isso, o Poder Público assume que apenas mecanismos punitivos não são suficientes para combater esse tipo específico de violência (COUTO, 2017, p. 68-69).

A crítica ao punitivismo leva ao questionamento sobre quão necessário é que o encaminhamento aos grupos reflexivos esteja vinculado a um processo

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

criminal. Alega-se que, assim, não há como o sistema de justiça trabalhar com mecanismos alternativos para a responsabilização dos autores da violência de modo dissociado da imposição de penas. No entanto, a crítica de alguns representantes do movimento feminista refuta tal visão, mencionando que a experiência da Lei 9.099/95, que utilizava apenas a perspectiva alternativa, acabava por isentar os agressores da responsabilização e dava margem à impunidade (LINHARES E PITANGUY, 2016, p. 39). Ademais, por óbvio que a aplicação da justiça restaurativa deve atender às nuances do caso concreto, principalmente se levando em conta a gravidade da violência perpetrada. Mesclando as funções retributiva, preventiva e restaurativa, o legislador elaborou um dispositivo normativo multifacetado.

Assim, a Lei Maria da Penha demonstrou que proteger a vítima e punir o agressor é essencial, mas não se pode deixar de lado a visão restauradora, para evitar reincidência e fomentar transformações sociais reflexas em outras instâncias (VERAS E SILVA, 2018, p. 49).

Quanto à forma de determinação para que os homens compareçam a esses programas, o artigo 45 da Lei 11.340/2006 fez a seguinte mudança:

> "Art. 45. O art. 152 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> 'Art. 152. Parágrafo único. Nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.' (NR)."

Ou seja, o mencionado artigo vincula a adesão do homem ao cumprimento de decisão condenatória. Por outro lado, as Diretrizes Nacionais recomendam que os encaminhados devem ser aqueles processados em crimes definidos na Lei 11.340/2006, deixando que o(a) juiz(a) decida sobre esse ato a qualquer momento (LINHARES E PITANGUY, 2016, p. 39).

Apesar de o artigo 152 da Lei de Execução Penal (1984) dispor sobre limitação de fim de semana, medida prevista no Código Penal (1940) como pena restritiva de direitos, vale dizer que a participação nos centros de reeducação não representa uma substituição da pena. Isso porque ela não é cabível em crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, de acordo com o artigo 44, inciso I, do Código Penal.

Nesse sentido, ganha relevância a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal), chamado de *sursis*. Isso porque, se for aplicada pena de até dois anos, e os outros requisitos forem preenchidos, o referido benefício pode ser

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

concedido, e o juízo *a quo* pode determinar seu comparecimento ao centro de reeducação para agressores (ZORZELLA, 2016, p. 39).

Após a previsão legal, várias comarcas passaram a adotar o recurso, que antes ocorria de forma pontual pela ação de instituições ligadas à questão da saúde mental e de grupos religiosos. Desse modo, a intervenção grupal com os autores de violência ganhou legitimidade e força, por sair do campo da benesse, e ir para a área das políticas públicas (VERAS E SILVA, 2018, p. 49).

Com a institucionalização dos grupos reflexivos, de acordo com a letra da lei, "a União, o Distrito Federal, os Estados e os Municípios poderão criar e promover" os referidos centros. Assim, não se determinou que os entes federados devam implementar os programas para autores de violência, mas que podem fazê-lo. Ora, se no Brasil até mesmo as medidas obrigatórias são descumpridas, quanto mais as recomendadas, sem prazo definido nem estrutura predeterminada.

Nessa toada, quanto ao alcance da implementação dos Centros de Educação e Reabilitação de agressores, nota-se que, apesar de a Lei 11.340/2006 prever sua criação, não há atualmente funcionamento de modo integral no País. Alguns dos fatores que dificultam são a omissão do Poder Judiciário em criar e manter as atividades, e certa resistência por parte de grupos que ainda veem apenas a prisão como solução (SOUZA, 2012, p. 155).

Outro ponto prejudicial é a ideia arraigada na sociedade de que a masculinidade é necessariamente marcada por agressividade, resistência à fragilidade ou à demonstração de sentimentos. De acordo com essa concepção, seria inócua a tentativa de direcionar cuidado e atenção aos homens, pois, como a violência é sua característica inata, sua mudança seria inviável, bem como o seria o rompimento do ciclo da violência (SOARES E BARROS, 2015, p. 173-176).

Além dos supracitados entraves para a total estruturação dos grupos reflexivos no Brasil, foram elencados outros a partir de um mapeamento feito em 2014 em programas nacionais dessa espécie. Um deles é a perspectiva machista no âmbito jurídico, que faz com que juízes e outros aplicadores da lei, por vezes, não vejam a necessidade dessas medidas. Desse modo, fica evidenciada a importância de se realizar sensibilizações, reflexões críticas e capacitações com esses agentes. Ainda, outro fator é a ausência de uma política pública nacional com diretrizes básicas (BEIRAS, NASCIMENTO E INCROCCI, 2019, p. 271).

Sugere-se, ademais, que a criação de uma política nacional com diretrizes seja preferencialmente vinculante, não sugestiva, para que os órgãos públicos não possam se eximir de sua responsabilidade na luta pelo fim da violência contra a mulher.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

4.3.1. A perspectiva multidisciplinar

Em uma análise de 41 programas nacionais, observou-se que um ponto convergente sobre seus profissionais é que eles devem ter amplo conhecimento sobre as teorias e temáticas utilizadas (BEIRAS, NASCIMENTO E INCROCCI, 2019, p. 267). No entanto, esse amplo conhecimento prescinde de uma educação formal específica.

Ou seja, a metodologia dos grupos reflexivos de gênero permite que as atividades sejam desenvolvidas por profissionais de distintos campos do saber, como educação, ciências humanas e saúde, sem que uma área se sobreponha às outras, permitindo, inclusive, que líderes comunitários capacitados também participem (ACOSTA, 2004, p. 22).

Esses profissionais atuantes podem ser chamados de facilitadores, tendo a função de conduzir a interação do grupo com atividades educativas, estimulando o surgimento de suas potencialidades positivas (URRA E PECHTOLL, 2016, p. 3).

Quanto aos órgãos fomentadores, notou-se que há um grande vínculo entre os grupos reeducativos e o sistema jurídico, que continua sendo a principal via de entrada, sem, no entanto, ser o meio exclusivo de acesso (BEIRAS, NASCIMENTO E INCROCCI, 2019, p. 267).

Outro ponto indefinido é a nomenclatura dos programas, que acarreta uma indefinição quanto aos objetivos e o momento processual de aplicação. Como mencionado anteriormente, a previsão legal está em dois artigos da Lei, cada um com uma orientação. Por um lado, no artigo 35, diz-se "centros de educação e reabilitação para os agressores", ao passo em que o artigo 45 cita "programas de recuperação e educação" (LINHARES E PITANGUY, 2016, p. 39).

Na prática, os grupos voltados para homens acabam sendo denominados de várias formas, como "educativos", "de reeducação", "reflexivos", "de reabilitação" etc., não sendo utilizado um título padronizado. Essa variação se dá pela escolha de métodos e perspectivas que preponderam em cada um (BEIRAS, NASCIMENTO E INCROCCI, 2019, p. 263-264). No geral, o caráter dos grupos é socioeducativo e reflexivo, não estando ligado à psicoterapia nem substituindo medidas policiais, jurídicas, médicas e psicológicas (URRA E PECHTOLL, 2016, p. 3).

A Secretaria de Políticas para as Mulheres (2011, p. 66) orienta, inclusive, os serviços de educação e responsabilização do agressor a adotarem um caráter obrigatório e pedagógico e não assistencial ou de "tratamento" – seja ele psicológico, social ou jurídico.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Ou seja, com a atuação desses grupos, não há embate entre o Poder Judiciário e as políticas de saúde, visto que aqueles apenas complementam as outras políticas existentes (VERAS E SILVA, 2018, p. 49).

Essa é até mesmo uma recomendação feita pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (2011, p. 66), a qual incentiva que os centros de reabilitação para agressores atuem de modo articulado com outros serviços da rede, como Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Centro de Referência da Mulher, Casas-Abrigo, Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher, Centros de Referência Especializados de Assistência Social, serviços de saúde, entre outros.

Portanto, é evidente a natureza multidisciplinar dos centros de educação para autores de violência, bem como o detalhamento da Lei 11.340/2006, que objetiva criar formas de atuação que correspondam à complexidade ínsita à questão.

4.3.2. Metodologia e diretrizes orientadoras dos programas

Sobre a forma de serem feitas as abordagens grupais e seus objetos de discussão, não há um consenso, mas há pontos convergentes que elucidam a forma como os encontros devem ocorrer.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde (2003), o foco dos programas deve ser a análise da influência dos estereótipos de gênero na construção da masculinidade, especialmente a ligação entre homem e violência, a diferenciação entre relações saudáveis e as que não são, e os modos de resolver conflitos (apud VERAS E SILVA, 2018, p. 48).

Nesse sentido, no Brasil, a Secretaria de Políticas para as Mulheres apresentou, em 2008, diretrizes gerais para o funcionamento dos grupos reflexivos para homens. Aduziu que devem ser feitas atividades educativas e pedagógicas com perspectiva feminista, a fim de conscientizar os homens autores de violência de gênero como sendo essa uma violação aos direitos humanos das mulheres, sem deixar de responsabilizá-los pelo que praticaram (SPM, 2011, p. 66).

Anos depois, em 2014, um mapeamento de 41 programas nacionais apontou como convergente a meta de transformar as práticas culturais sexistas. Os grupos analisados se guiam pela perspectiva de gênero, buscando a compreensão da estrutura sociocultural responsável pela manutenção da violência doméstica. O assunto "masculinidades" está presente nas reuniões, além de temas como psicologia, educação e direitos humanos (BEIRAS, NASCIMENTO E INCROCCI, 2019, p. 266-267).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Nos grupos reflexivos, ainda, pode-se dialogar sobre sentimentos e subjetividades, o que, geralmente, não é falado no cotidiano dos homens. Ademais, as reflexões são feitas coletivamente, a partir do momento em que dividem suas histórias e emoções (ACOSTA, 2004, p. 23-24).

Por exemplo, no grupo "E agora José?", em Santo André (SP), pretendeu-se atuar na origem do problema, a fim de ressignificar o que é ser homem ou mulher na sociedade. Os debates tiveram como tema as tarefas realizadas por mulheres e homens, analisando o motivo que leva à diferenciação na valorização delas. Ainda, dialogou-se sobre como a maneira de ser homem influencia no desenvolvimento social, o conceito de violência e suas formas de representação, além de ações factíveis para uma mudança social e para a mitigação da violência. Foi tratada a existência de um acordo silencioso entre os homens no que tange à violência de gênero e a questões atinentes ao espaço doméstico (URRA E PECHTOLL, 2016, p. 2-3).

Em Natal, o Ministério Público do Rio Grande do Norte desenvolve um programa com autores de violência doméstica desde 2012. São realizados encontros semanais com até dez participantes. Neles, há dinâmicas em grupo com os seguintes temas: a reflexão sobre a dinâmica familiar, o que é ser homem e ser mulher, o papel da comunicação na solução de conflitos, controle da agressividade, direitos humanos, aspectos jurídicos da Lei Maria da Penha, saúde do homem e uso de álcool e outras drogas (DANTAS, 2017, p. 40-44).

Em Londrina, a Central de Penas e Medidas Alternativas (CEAPA) dirige o "Grupo Reflexivo Caminhos", que possui encontros semanais. Sua metodologia "deu-se através da interação dos participantes nas discussões, trocas de experiências de vida, dinâmicas de grupo e trabalhos manuais". Foram discutidos temas como violências, história de vida e família, gênero e resolução de conflitos (FREITAS E CABRERA, 2011, p. 5).

Em Paranoá (DF), há a atuação do Núcleo de Atendimento à Família e a Homens Autores de Violência Doméstica (NAFAVD), também de frequência semanal, onde se discute sobre violência, papéis de gênero, sentimentos, formas de comunicação e, por fim, mudanças dos homens. Nos encontros, os temas são expostos por meio de diferentes atividades, como filme, encenação de situações, narração de experiências etc., as quais propiciam espaço para a fala e escuta dos homens (MONTEIRO, 2014, p. 33).

Na intervenção feita pelo Serviço de Responsabilização e Educação do Agressor (SARE), em Manaus, os recursos utilizados foram simples e pouco dispendiosos, como músicas, ditados populares e poemas. Os materiais foram analisados

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

em grupo, e os sentidos de tais modelos foram questionados em suas relações. As atividades foram elaboradas de forma conjunta, possibilitando a atuação dos homens na construção de sentidos subjetivos, de seu potencial criativo e de sua autonomia para decidir os encaminhamentos dados ao grupo e às suas vidas, a fim de combater a violência. Nesse programa, foi considerado essencial que a escuta dos homens ocorresse também por significar algo a eles, e não apenas por terem sido encaminhados ao programa (SILVA, 2015, p. 4-7).

Um ponto importante mencionado pelos profissionais da área é que a abordagem realizada deve sempre se balizar em uma perspectiva social, ainda que para se chegar à reflexão se relatem questões individuais. Isso porque o grupo não deve ter fins psicoterapêuticos, mas de reflexão acerca de um problema que é sociocultural (SANTOS, 2012, p. 74-75).

Quanto às características dos homens participantes, de acordo com a experiência em Santo André (SP), não há um perfil predominante, sendo que as idades e classes sociais são diversas. As causas da condenação geralmente são lesões corporais, ameaças e perturbação de tranquilidade, não sendo incluídos casos mais graves (URRA E PECHTOLL, 2016, p. 3).

O que variou muito entre as diretrizes analisadas foi a duração dos programas, havendo desde aqueles com 12 encontros até os que duraram um ano, visando a trocas duradouras. Na maioria dos casos, os encontros acontecem semanalmente (BEIRAS, NASCIMENTO E INCROCCI, 2019, p. 267).

Nesse sentido, nota-se que, apesar de não haver uma completa consonância entre os programas, seus objetivos e formas de abordagem são similares e têm ido na direção precípua de combate às ideias patriarcais que sustentam a violência doméstica e familiar contra a mulher.

No entanto, não se olvida que, como dito anteriormente, seria muito benéfica a definição de uma política nacional vinculante com diretrizes bem delineadas, padronizando-se a sua estrutura.

4.3.3. A avaliação dos resultados obtidos

Para averiguar se as experiências implementadas estão tendo êxito, deve-se atentar para os resultados apresentados, sejam eles dados objetivos, como as taxas de reincidência, sejam até mesmo os subjetivos, impassíveis de quantificação.

A experiência internacional já se mostrava positiva, tendo em vista que, em 2003, a Organização Mundial da Saúde observou que de 50% a 90% dos homens ingleses e estadunidenses que concluíram o programa de reeducação para

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

autores de violência doméstica se mantiveram por seis meses a três anos sem cometer atos violentos novamente (apud VERAS E SILVA, 2018, p. 48). Restava saber se os grupos reflexivos nacionais também indicariam resultados favoráveis.

No Brasil, a parte avaliativa dos programas é a que aparenta mais precisar de melhorias, porque não há metodologia definida para as avaliações. Assim, em alguns programas são feitos questionários apenas com os participantes, enquanto em outros se inclui a vítima na averiguação. Além disso, o momento em que se avalia também diverge (AMADO, 2014, p. 15-16).

Nesse particular, o Brasil segue a tendência internacional. Assim, a defesa em favor dos programas reeducativos tem se baseado nos reduzidos índices de reincidência nos locais em que foram implementados. Por esse ângulo, os resultados indicam que a criação de novos projetos contribuiria para uma drástica redução das taxas de violência doméstica (MENEZES, 2016, p. 1-2). Faz-se necessária, portanto, a análise de alguns desses dados disponíveis.

Segundo Linhares e Pitanguy, em todas as regiões do Brasil há iniciativas de programas voltados a homens envolvidos em processos judiciais de violência doméstica e familiar (2016, p. 31). Procura-se mencionar, por conseguinte, exemplificativamente, pelo menos um estado de cada região.

Em análise de grupos reflexivos realizados no Rio Grande do Norte, com acompanhamento de até seis meses após seu término, dos 50 homens participantes nenhum teve novo registro de cometimento de violência doméstica (VERAS, COSTA E CASTRO, 2014, p. 79).

Já em Aracaju (SE), desde 2015, o número é de 98% de homens que pararam de agredir após participarem do "Projeto Viver Melhor" (SERGIPE, 2018).

O relato do Núcleo Especializado de Atendimento ao Homem em Violência Doméstica e Familiar (NEAH), atuante no Estado do Pará, também é positivo, visto que, de 2012 a 2016, foram atendidos 57 homens, sendo que nenhum reincidiu (PARÁ, 2016).

Em Goiânia (GO), até 2018, os grupos reflexivos haviam atendido "a mais de 1.000 homens autores de violência doméstica. O índice de reincidência é próximo de zero" (GOIÁS, 2018).

Quanto ao Rio de Janeiro, em São Gonçalo, até 2012, os dados apresentados demonstraram que menos de 2% dos autores de violência doméstica contra a mulher que participaram de grupos reflexivos voltaram a reincidir. Em Nova Iguaçu, os reincidentes representaram menos de 4% (SOUZA, 2012, p. 156).

Em Monte Carlos (MG), dos 260 homens que passaram por grupos reflexivos promovidos pelo programa Central de Acompanhamento de Penas e Medidas

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Alternativas (Ceapa), "nenhum deles voltou a ter histórico de envolvimento com violência contra a mulher" (MINAS GERAIS, 2019).

Em São Caetano do Sul (SP), analisou-se o funcionamento de um programa reflexivo durante dois anos, em que foram atendidos mais de 50 homens. Os casos de violência foram acompanhados ou informados aos profissionais do grupo, que afirmaram ser de apenas 4% o percentual de homens que voltaram a agredir (ANDRADE E BARBOSA, 2008, p. 6).

Os dados fornecidos pelo Ministério Público do Estado do Paraná também foram animadores, pois entre 349 homens, houve apenas um reincidente (PARANÁ, 2016?).

Além disso, o "Projeto HORA – Homens: Orientação, Reflexão e Atendimento" atendeu a 343 homens no município de Caxias do Sul (RS), durante oito meses, e apenas dois deles reincidiram, representando 0,6% dos participantes (RIO GRANDE DO SUL, 2016).

Em Santa Catarina, no "Projeto Refletir", em Chapecó, desenvolvido pela Central de Penas e Medidas Alternativas (CPMA), dos 53 homens atendidos até setembro de 2018, nenhum voltou a reincidir (SANTA CATARINA, 2018).

Mesmo se considerando a cifra oculta existente nesse tipo de delito, os baixos índices de reincidência surpreendem positivamente. Não se olvida de que esse é um dos fatores mais importantes a se considerar, mas pontua-se que o método avaliativo deve ser aprimorado, pois, por vezes, o acompanhamento não dura por muito tempo após a realização das atividades (AMADO, 2014, p. 16).

Ainda, pelo que se sabe do panorama da violência doméstica e familiar contra a mulher, o indicador da reincidência pode ser considerado frágil como avaliação isolada sobre o trabalho dos centros reeducativos, principalmente para averiguar se houve mudanças permanentes que conduzam a formas mais igualitárias nos relacionamentos (LINHARES E PITANGUY, 2016, p. 57). Logo, deve-se aperfeiçoar e padronizar as formas de se medir os resultados dos programas para que se saiba seu real impacto na finalidade para a qual foram criados.

Além de dados objetivos, é importante avaliar os ganhos subjetivos, como os relatos de mudanças comportamentais notadas pelos próprios profissionais ou pelos participantes dos grupos.

No grupo "E agora José?", em Santo André (SP), as reflexões e trocas de conhecimento propiciaram uma transformação no comportamento e na atitude dos homens, que só se concretizou devido ao comprometimento deles em nunca mais cometer violência contra a mulher (URRA E PECHTOLL, 2016, p. 4).

USO EXCLUSIVO BOECRIM

Quanto à experiência realizada em Manaus (SARE), durante a interação, os homens refletiram sobre seus discursos e comportamentos, ressignificando a visão das outras pessoas e de si mesmos. O processo educativo causou efeitos positivos para a emancipação dos agentes envolvidos, fazendo com que fossem relatadas mudanças quanto às suas relações, a sua imagem perante a sociedade, os filhos e a família, além de sua autoimagem, de modo que passaram a construir relações sob novas perspectivas (SILVA, 2015, p. 10).

Por meio das atividades grupais, as identidades masculinas hegemônicas são questionadas. Participantes do Instituto NOOS (RJ) reconheceram que esse contexto acaba sendo prejudicial tanto para eles quanto para os que com eles convivem. Ainda, vários homens afirmam ter tido mudanças positivas em seus relacionamentos, bem como possuir interesse em contribuir para os grupos reflexivos após a participação (ACOSTA, 2004, p. 33).

Nesse sentido, as equipes técnicas que acompanham alguns grupos ressaltam que as transformações proporcionadas pelas atividades reeducativas são tão significativas que, por vezes, alguns homens são convidados ou se oferecem para retornar, a fim de apresentar seus depoimentos junto aos demais, incentivando-os a repensar posturas e condutas, e mostrando o quanto isso poderá melhorar as suas relações familiares, proporcionando um ambiente longe de conflitos, com a prevalência do diálogo, da compreensão e da afetividade (VERAS E SILVA, 2018, p. 54).

O saldo tem sido tão positivo para o Instituto NOOS (RJ) que, ao ver os resultados com os grupos reflexivos para homens, ampliou-se o atendimento para as mulheres. Debatendo os papéis de gênero também com as mulheres, o instituto sairia da limitação de trabalhar com apenas um lado da relação, passando a aumentar a eficácia do esforço empreendido (ACOSTA, 2004, p. 33).

Considerando os resultados positivos dos grupos reflexivos sobre gênero, aposta-se que, se houvesse maior divulgação de tais informações, poder-se-ia reduzir a subnotificação.

Explica-se: um fator subjetivo pouco considerado pelos procedimentos racionais do sistema de justiça é a existência de afeto entre vítima e ofensor. Em muitos casos, as denúncias surgem com a finalidade de romper o ciclo de violência, e não de obter uma condenação criminal, evidenciando a importância dos mecanismos não punitivos (MEDEIROS, 2015, p. 48-55).

O vínculo afetivo leva a vítima a não registrar a ocorrência, passando o fato a fazer parte da chamada cifra oculta da criminalidade, já mencionada neste texto. A partir dos dados estatísticos constantes na Pesquisa Nacional de Vitimização (2013), é possível perceber que uma parte das vítimas diz se satisfazer com

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

o sentimento simbólico de segurança, como a atenção dada pelos profissionais e o fato de o acusado saber que ela procurou a rede de justiça. Assim, torna-se necessária uma adequação dos procedimentos estatais para que a vítima tenha seus interesses atendidos, o que se dá por meio da alteração da cultura de punição, a fim de se obter uma resolução mais eficaz do conflito (MANDARINO, BRAGA E ROSA, 2017, p. 296-297).

Corroborando esse entendimento, Lemgruber (2001, p. 381) afirma que:

> "É urgente que se amplie o conhecimento das experiências alternativas à imposição de penas nesta área, pois já existe evidência de que, em vários casos, o encarceramento de homens pode aumentar, ao invés de diminuir, os níveis de violência contra a mulher e as taxas gerais de impunidade para esse tipo de crime."

Nesse sentido, vêm sendo adotadas outras posturas por membros do Poder Judiciário. Por exemplo, uma magistrada do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul relatou tentar marcar brevemente a audiência inicial para entender a dinâmica do relacionamento entre as partes e o real intuito da vítima ao procurar o poder público. Sempre que possível, ela alerta para a possibilidade de encaminhar o homem agressor a um grupo de apoio já no início do caso, sem que se espere a morosidade do curso do processo para auxiliar, de algum modo, a mulher em situação de violência (AZEVEDO, 2011, p. 27-28).

Assim, imagina-se que a atuação dos grupos de reabilitação para autores de violência doméstica possa ter um papel relevante também para a redução da mencionada cifra oculta da criminalidade.

Pelo exposto, de acordo com os dados analisados e os relatos dos profissionais e dos encaminhados, tudo indica que a experiência com os centros reeducativos tem sido positiva. No entanto, no Brasil, ainda falta uma política específica e obrigatória para a estruturação desses programas.[4]

4. Merece destaque o Projeto de Lei 9, de 2016, do Senado (PL 5001 de 2016 na Câmara), que inclui os incisos VI e VII no artigo 22 da Lei 11.340, estabelecendo novas possibilidades de medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, quais sejam: o comparecimento do agressor a programas de recuperação e reeducação e o acompanhamento psicossocial do agressor, por meio de atendimento individual e/ou em grupo de apoio. O PL foi aprovado pelo Senado do dia 05.02.2020, e seguiu para sanção presidencial, tendo sido convertido, após a conclusão dessa pesquisa, na Lei 13.984 de 2020, que alterou então a redação da Lei Maria da Penha no exato sentido do que foi proposto neste texto.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Há várias diretivas propondo que haja avaliação e controle dos grupos reflexivos com homens autores de violência doméstica, para que se assegure o seu devido funcionamento e se estabeleçam resultados. Esses mecanismos são essenciais para o seu desenvolvimento, pois possibilitam a análise de seus êxitos e limitações, servindo como uma forma de reforçar a importância de se investirem recursos financeiros para a manutenção e a ampliação de tais programas (BEIRAS, NASCIMENTO E INCROCCI, 2019, p. 267-270).

No entanto, essa necessidade de aperfeiçoamento não desmerece os dados apresentados até então, apenas evidencia que os sistemas avaliativos devem ser aprimorados, a fim de que os programas reeducativos venham a ter ainda mais efetividade (AMADO, 2014, p. 15-16).

A despeito dos desafios a serem superados, a Secretaria de Política para as Mulheres alega que, combinados às demais atividades preventivas, como a realização de campanhas de conscientização, a formação de professores e a inserção das questões de gênero nos currículos escolares, os grupos reflexivos podem auxiliar na desconstrução de estereótipos de gênero, na transformação e na construção de novas masculinidades (SPM, 2011, p. 66).

5. Considerações finais

Da análise realizada nesta pesquisa se depreende que é cada vez mais necessário o repensar das políticas públicas de combate a determinados tipos de crime, as quais necessitam ir muito além da mera repressão – a qual, geralmente, se dá pela reiterada metodologia de criação de tipos e aumento de penas sem qualquer estudo comprobatório de sua eficácia posterior.

A complexidade de algumas questões ainda existentes hoje na sociedade, como a desigualdade de gênero geradora da violência de gênero, torna necessário o uso de interdisciplinariedade no estudo das causas e na construção de novas soluções para problemas que vêm ganhando cada vez mais espaço entre as pautas de discussão pública, extrapolando os muros do mero debate jurídico ou acadêmico. É necessário ouvir as vítimas, é necessário, também, construir uma solução para cada caso concreto que não gere impunidade, porém que não se baseia na já malfadada premissa de que o uso da prisão pode, de alguma forma, diminuir a violência.

A tutela dos direitos humanos, entre eles os que são atinentes a questões de gênero, deve dar-se por meio da integração de diversas searas, as quais só podem ser contempladas por políticas públicas sérias, lógicas e abrangentes, que envolvam saúde, educação, cultura etc. O papel do Judiciário e do sistema penal é, portanto, limitado, mas deve ser bem aproveitado no sentido de incentivar tais práticas

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

nos casos em que elas forem possíveis, ainda que conjuntamente com alguma forma de punição. O principal objetivo deste trabalho é, para além de dar maior publicidade a aspectos conceituais e estatísticos relevantes no que tange ao uso de grupos reflexivos no combate à violência de gênero, possibilitar a análise dessa questão por meio de outras alternativas para além do sistema penal.

A construção de uma nova masculinidade demanda tempo, bem como um comprometimento conjunto de diversos órgãos públicos e mesmo de instituições privadas, como aquelas ligadas aos meios de comunicação e à publicidade, sobremaneira diante da concepção atual de violência, que abrange muito mais que a mera lesão física. Repensar os papéis de gênero na sociedade é, inegavelmente, uma tarefa árdua, que necessita de esforços que vão muito além da mera alteração legislativa feita com base no já mofado e desmascarado discurso punitivista, muitas vezes utilizado, ainda, com finalidades meramente oportunistas e eleitoreiras.

Referências

ACOSTA, Fernando. *Conversas homem a homem*: grupo reflexivo de gênero: metodologia. Instituto Noos de Pesquisas Sistêmicas e Desenvolvimento de Redes Sociais, 2004. Disponível em: [www.noos.org.br/userfiles/file/metodologia_port.pdf]. Acesso em: 20.05.2019.

AMADO, Roberto Marinho. *Os serviços de educação e responsabilização para homens autores de violência contra as mulheres*: uma análise de quadros interpretativos, modelos de intervenção e atores. Coimbra, set. 2014. Dissertação de Mestrado. Disponível em: [http://hdl.handle.net/10316/27368]. Acesso em: 15.04.2019.

ANDRADE, L. F.; BARBOSA, S. F. A Lei Maria da Penha e a implementação do grupo de reflexão para homens autores de violência contra mulheres em São Paulo. *Fazendo Gênero 8 – Corpo, Violência e Poder*, Florianópolis, 2008. Disponível em: [www.fazendogenero.ufsc.br/8/sts/ST42/Andrade-Barbosa_42.pdf]. Acesso em: 05.06.2019.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. *Relações de gênero e sistema penal*: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. EDIPUCRS, 2011.

BEIRAS, Adriano; NASCIMENTO, Marcos; INCROCCI, Caio. Programas de atenção a homens autores de violência contra as mulheres: um panorama das intervenções no Brasil. *Saúde Soc.*, São Paulo, v. 28, n. 1, p. 262-274, mar. 2019. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902019000100019 &lng=pt&nrm=iso]. Acesso em: 25.05.2019.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 209-216, 2005.

USO EXCLUSIVO RBCRIM

BUENO, Samira; LIMA, Renato Sérgio de. Apresentação. *Visível e invisível*: a vitimização de mulheres no Brasil. 2. ed. (2019). p. 6-8. Disponível em: [www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/relatorio-pesquisa--2019-v6.pdf]. Acesso em: 15.05.2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher da Câmara dos Deputados. *Mapa da Violência Contra a Mulher* - 2018. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes--permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/MapadaViolenciaatualizado200219.pdf]. Acesso em: 03.05.2019.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher* ("Convenção de Belém do Pará"). 1994. Disponível em: [www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm]. Acesso em: 21.04.2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Restaurativa é aplicada em casos de violência doméstica no AP*. 25.10.2017. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85679-justica-restaurativa-e-aplicada-em-cas os-de-violencia-domestica-no-ap]. Acesso em: 30.04.2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. *O Poder Judiciário na aplicação da Lei Maria da Penha*. Brasília, 2013. Disponível em: [www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penh a.pdf]. Acesso em: 26.04.2018.

COUTO, Maria Cláudia Girotto do. *Lei Maria da Penha e princípio da subsidiariedade*: diálogo entre um direito penal mínimo e as demandas de proteção contra a violência de gênero no Brasil. São Paulo: IBCCRIM, 2017.

DANTAS, José Rafael Dias. *Estudo sobre a aplicabilidade dos grupos reflexivos de homens autores de violência doméstica no município de Natal/RN*: entre justiça restaurativa, punitivismos e efetividade. Natal – RN, 2017. Monografia de graduação em Direito. UFRN.

DIAS, Maria Berenice. *Lei Maria da penha*: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 4. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

DOS ANJOS, Fernando Vernice. Direito penal simbólico e a lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 14, n. 167, p 10, out. 2006.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987. 288p.

FREITAS, Renata Maciel de; CABRERA, Jéssica de Oliveira. Grupo reflexivo: uma alternativa de trabalho voltada aos homens cumpridores de medida protetiva. 2011. *Anais do II Simpósio Gênero e Políticas Públicas*. Universidade Estadual de Londrina, 18-19.08.2011.

GAIA, Luciana Garcia et al. Crimes passionais. *REGRAD – Revista Eletrônica de Graduação do UNIVEM*, Marília, v. 2, n. 1, 2009.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

GOIÁS. Governo do Estado. *Secretaria Cidadã realiza trabalho de conscientização com homens autores de violência contra mulheres*. Disponível em: [http://www.goias.gov.br/noticias/62650-secretaria-cidad%C3%A3-realiza-trabalho-de--conscientiza%C3%A7%C3%A3o-com-homens-autores-de-viol%C3%Aancia-contra-mulheres.html]. Acesso em: 02.06.2019.

ISHIY, Karla Tayumi. *A desconstrução da criminalidade feminina*. São Paulo: IBCCRIM, 2015 (Monografias digitais).

LEMGRUBER, Julita. A mulher e o sistema de justiça criminal – Algumas notas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 370-382, 2001.

LIMA, Daniel Costa; BUCHELE, Fátima. Revisão crítica sobre o atendimento a homens autores de violência doméstica e familiar contra as mulheres. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 721-743, 2011. Disponível em: [www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312011000200020&lng=en&nrm=iso]. Acesso em: 29.05.2019.

LINHARES, L. B.; PITANGUY, J. *Violência contra as mulheres*: os serviços de responsabilização dos homens autores de violência. Rio de Janeiro: Cepia, 2016. Disponível em: [www.mulheres.ba.gov.br/arquivos/File/Publicacoes/Relatoriodepesquisa_Viol enciacontraasMulheres_Osservicosderesponsabilizacaodoshomensautoresdeviolenc ia_Marco2016.pdf]. Acesso em: 06.05.2019.

MANDARINO, Renan Posella; BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ROSA, Larissa. A participação da vítima no controle da cifra oculta da criminalidade. *Nomos*, Fortaleza, v. 37, n. 1, 2017.

MEDEIROS, Carolina Salazar et al. *Reflexões sobre o punitivismo da lei "Maria da Penha" com base em pesquisa empírica numa vara de violência doméstica e familiar contra a mulher do Recife*. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. 2015.

MELLO, Marilia Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. *Revista Videre*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 137-159, out. 2010. Disponível em: [http://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/885]. Acesso em: 15.05.2019.

MENEZES, Izabella D.'Ambrosio et al. Breve análise sobre a implantação de programas voltados para os autores da violência doméstica no Brasil. *Semana de Pesquisa da Universidade Tiradentes-SEMPESq*, n. 18, 2016.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Segurança Pública do Estado. *Projeto com homens agressores reduz reincidência de violência doméstica em Montes Claros*. Disponível em: [http://www.seguranca.mg.gov.br/component/gmg/story/3611-projeto-com-homens-agressores-reduz-reincidencia-de-violencia-domestica-em-montes-claros]. Acesso em: 02.06.2019.

MONTEIRO, Anita Cunha. *Autores de violência doméstica e familiar*: um estudo sobre um grupo de reflexão no Paranoá/DF. 2014. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília – UnB.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

OMS. Organização Mundial da Saúde. *Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher*: ação e produção de evidência. 2012. Disponível em: [https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44350/9789275716359_por.pdf;jsessionid=6EAD17384AE5C264F6871E-52B718AA91?sequence=3]. Acesso em: 23.04.2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. Conselho Econômico e Social. *Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002*. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. Tradução livre por Renato Sócrates Gomes Pinto nos arquivos do *site* do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: [www.juridica.mppr.mp.br/arquivos/File/MPRestaurativoEACulturadePaz/Mater ial_de_Apoio/Resolucao_ONU_2002.pdf]. Acesso em: 20.05.2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Violência contra as mulheres é "pandemia global", diz chefe da ONU*. 2018. Disponível em: [https://nacoesunidas.org/violencia-contra-as-mulheres-e-pandemia-global-diz-chefe –da-onu]. Acesso em: 20.04.2019.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa*: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009. (Monografias, 52).

PARÁ. Defensoria Pública do Estado. *Projeto Reincidência Zero do Núcleo do Homem é aprovado pela Vara de Penas e Medidas Alternativas*. Disponível em: [http://www2.defensoria.pa.gov.br/portal/noticia.aspx?NOT_ID=2387]. Acesso em: 02.06.2019.

PARANÁ. Ministério Público do Estado. *Programas destinados à reabilitação/educação de agressores no âmbito da violência doméstica e familiar*. Disponível em: [http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Programasreabilitacaoagressores__1.pdf]. Acesso em: 01.06.2019.

PRATES, Paula Licursi; ANDRADE, Leandro Feitosa. Grupos reflexivos como medida judicial para homens autores de violência contra a mulher: o contexto sócio-histórico. *Seminário Internacional Fazendo Gênero*, v. 10, 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. *Projeto HORA: reincidência de agressores em Caxias do Sul é inferior a 1%*. Disponível em: [https://tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?print=true&idNoticia=337056]. Acesso em: 28.05.2019.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *Gênero, patriarcado, violência*. 2. reimp. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado. *Em Chapecó, projeto com autores de violência doméstica consegue reincidência zero*. Disponível em: [https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/em-chapeco-projeto-com-autores-de-violencia-domestica-consegue-reincidencia-zero]. Acesso em: 01.06.2019.

SANTOS, Milena do Carmo Cunha. *Eu ser um homem feminino não fere meu lado masculino*: percepções e socializações nos grupos reflexivos de gênero para homens. 2012. 124 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico em Sociologia).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Biblioteca Depositária: BSCSH/UFRGS. Disponível em: [www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/54090/000851259.pdf]. Acesso em: 20.06.2019.

SCARANCE, Valéria. Violência contra a mulher: um desafio para o Brasil. In: BUENO, Samira et al (Org.). *Visível e invisível*: a vitimização de mulheres no Brasil. 2. ed., 2019.

SERGIPE. Tribunal de Justiça do Estado. *Paz em Casa: semana de combate à violência contra mulher começa com parcerias*. Disponível em: <http://www.tjse.jus.br/portaldamulher/noticias/item/1053-paz-em-casa-semana-de-combate-a-violencia-contra-mulher-comeca-com-parcerias>. Acesso em: 19.05.2019.

SILVA, Artenira da Silva e; GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel; BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva. Política criminal e reeducação de agressores: uma resposta estatal para a redução da violência doméstica. *Revista Jurídica*, v. 1, n. 54, p. 242-265, 2019.

SILVA, Fabiane Aguiar et al. Atenção psicossocial a homens autores de violência conjugal contra a mulher: uma construção participativa. *Pesqui. Prát. Psicossociais*, São João del-Rei, v. 10, n. 1, p. 177-191, jun. 2015. Disponível em: [http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1809-8908201500010 0015&lng=pt&nrm=iso]. Acesso em: 22.04.2019.

SOARES, Ana Carolina Eiras; BARROS, Neide Célia Ferreira. Palavras e silêncios: a ausência de centros de reabilitação de autores de violência doméstica no Brasil e as questões de gênero. *Revista Ágora*, Espírito Santo, n. 22, p. 170-185, 2015.

SOARES, Barbara Musumeci. A "conflitualidade" conjugal e o paradigma da violência contra a mulher. *Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 191-210, 2012.

SOARES, Bárbara Musumeci. Os homens do século XXI. In: ACOSTA, Fernando. *Conversa de homem a homem*: grupo reflexivo de gênero. Metodologia. Rio de Janeiro: Inst. Noos, 2004.

SOTTILE, Leah. *The Atlantic*. Abuser and suvivor, face to face: can restorative justice, in which offenders talk with people who have been harmed by their crime, work for domestic-violence cases? And who exactly does it benefit? 2015. Disponível em: [www.theatlantic.com/health/archive/2015/10/domestic-violence-restorative-justice/408820/]. Acesso em: 02.05.2019.

SOUZA, Luanna Tomaz de. Demanda penal e violência doméstica e familiar cometida contra a mulher no Brasil. *Revista Artemis*, João Pessoa, v. 13, p. 143-160, jan.-jul. 2012.

SPM. Secretaria de Políticas para as Mulheres – Presidência da República. Brasília. *Rede de enfrentamento à violência contra as mulheres*. 2011. Disponível em: [www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/rede-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres]. Acesso em: 23.05.2019.

STELLET, Gabriela Sepúlveda. *Justiça restaurativa*: um caminho possível nos casos de violência doméstica. 2017. Disponível em: [https://app.uff.br/riuff/handle/1/4252]. Acesso em: 02.06.2019.

USO EXCLUSIVO DO PDC CRIM

STUKER, Paola. Justiça pelo dever ou pelo bem? Uma discussão acerca da moral nos sistemas de Justiça Retributiva e Restaurativa. *Confluências – Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, Niterói, v. 17, n. 2, p. 28-40, 2015.

URRA, Flávio; PECHTOLL, Maria Cristina Pachte. Programa "E Agora, José?" Grupo socioeducativo com homens autores de violência doméstica contra as mulheres. *Nova Perspectiva Sistêmica*, São Paulo, v. 25, n. 54, p. 112-116, 2016.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; COSTA, Jackeline; CASTRO, Maria Ildérica. Programa de agressores como parte da resposta coordenada da comunidade – A experiência do grupo reflexivo de homens no Ministério Público do Rio Grande do Norte. *Fides: Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*, Natal, v. 5, n. 1, p. 65-83, 2014. Disponível em: [https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=15488]. Acesso em: 29.04.2019.

VERAS, Érica Verícia Canuto de Oliveira; SILVA, Vankleida Maria da Conceição. Ministério Público do RN no combate e prevenção à violência contra a mulher – A experiência do grupo reflexivo de homens. p. 37-62, 2018. *Violência contra a mulher*: um olhar do Ministério Público brasileiro. Brasília: CNMP, 2018. 244.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da Violência 2015*. Homicídio de mulheres no Brasil. Brasília – 2015. Disponível em: [www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf]. Acesso em: 19.05.2019.

ZAPATER, Maíra. Pode a lei penal impedir que mulheres sejam sexualmente assediadas? In: BUENO, Samira et al (Org.). *Visível e invisível*: a vitimização de mulheres no Brasil. 2. ed., 2019.

ZORZELLA, Vívian Lorea; CELMER, Elisa Girotti. Grupos de reflexão sobre gênero com homens acusados de violência doméstica: Percebendo vulnerabilidades e repensando polarizações. *Revista Gênero & Direito*, Paraíba, v. 5, n. 1, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Lei Maria da Penha: uma Lei Constitucional para enfrentar a violência doméstica e construir a difícil igualdade de gênero, de Shelma Lombardi de Kato – *RBCCrim* 71/266-296, *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos* 4/521-546 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5 (DTR\2008\173);
- O tratamento penal da violência doméstica no brasil: uma abordagem crítica, de Érika Mendes de Carvalho – *Ciências Penais* 4/207-233 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5 (DTR\2006\21); e
- Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal, de Ana Lucia Sabadell – *RT* 840/429-456 (DTR\2005\953).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil

A critical review of the possibility of normative implementation of restorative justice in Brazil

Clara Maria Roman Borges

Doutora e Mestre em Direito pela UFPR. Professora Associada no Curso de Graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR (Curitiba/PR).
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-3655-2774].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2956229202316120].
romanborges@uol.com.br

Bruna Amanda Ascher Razera

Mestranda em Direito pela UFPR. Graduada em Direito pela UFPR (Curitiba/PR).
ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-3865-1207].
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/5417896816393754].
brunarazera@me.com

Recebido em: 03.02.2019
Aprovado em: 11.08.2020
Última versão das autoras: 24.08.2020

Áreas do Direito: Penal; Direitos Humanos

Resumo: O presente artigo tem por objetivo analisar a possibilidade de implementação da justiça restaurativa no sistema criminal brasileiro mediante iniciativas normativas e legais, expondo os eventuais riscos envolvidos. Em abordagem bibliográfica qualitativa, parte-se dos contornos necessários à compreensão do que é a justiça restaurativa, para, então, traçar uma crítica do seu atual estado de desenvolvimento no País. Apesar de implementada pelo Poder Judiciário com base em resoluções emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça, a aplicação da justiça restaurativa não encontra previsão legal, carecendo

Abstract: This article intends to analyze the possibility of implementing restorative justice in the Brazilian criminal system through normative and legal initiatives, exposing the possible risks involved. In a bibliographic-qualitative approach, it begins from the outlines required to understand the concept of restorative justice and it draws a critique of its current state of development in the country. Despite being implemented by the Judiciary based on resolutions issued by the National Council of Justice, the application of restorative justice does not find a legal provision, lacking uniformity. After such

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de uniformidade. Após tal contextualização, questiona-se a forma de implementação da justiça restaurativa no Brasil e a possibilidade de sua previsão e enquadramento legal, como incentivo, moldura ou freio ao seu desenvolvimento no sistema de justiça criminal. Ao fim, pontua-se quanto ao perigo de idealização da comunidade, cuja participação é imprescindível para a devida concretização das práticas restaurativas, e a impossibilidade de se corresponder a tal imagem romantizada, ao considerar as comunidades verificadas empiricamente, o que pode comprometer a essência e o sucesso da justiça restaurativa.

Palavras-chave: Direito Penal – Processo Penal – Justiça restaurativa – Implementação legal – Reforma Penal.

contextualization, a question emerges on how to implement restorative justice in Brazil and the possibility of its legal provision, as an incentive, framework or obstacle to its development in the criminal justice system. In the end, it is pointed out the danger of idealization of the community, whose participation is essential for the proper implementation of restorative practices and the impossibility of corresponding to this romanticized image, when considering the communities empirically verified, which can compromise the essence and the success of restorative justice.

Keywords: Criminal Law – Criminal Process – Restorative Justice – Legal Implementation – Criminal Reform.

Sumário: 1. Introdução. 2. Delineamentos conceituais. 3. A inserção da justiça restaurativa no Brasil através de iniciativas normativas. 3.1. A atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 3.2. Análise crítica do Projeto de Lei 7.006/2006. 4. Problemas na implementação institucional das práticas restaurativas. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Desde as décadas de 70 e 80, há uma crescente crítica acadêmica e um descontentamento – tanto no viés teórico quanto no prático – com a estruturação do sistema penal tradicional e com o modelo processual penal vigente, característico da concepção moderna de Estado, seja pela ineficácia dos meios adotados para a punição, prevenção e repressão da criminalidade (AZEVEDO; PALLAMOLLA, 2014, p. 179), principalmente evidenciada pelo aumento dos índices de violência e pelas alarmantes taxas de encarceramento – provisório e definitivo –, seja pelo não atendimento dos propósitos e funções da pena – de intimidação e ressocialização do apenado (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2014, p. 81) – e do Estado na garantia da segurança e na resolução dos conflitos, cuja atuação na seara processual penal afasta e aliena as partes, tornando impossível qualquer espaço dialógico entre vítima e acusado durante o processo ou quando da aplicação da pena.

Diante de constatações neste sentido, houve um notório interesse, não só acadêmico, como pragmático e político, na busca de alternativas à clássica pena de prisão, tão cara ao Direito Penal por suas pretensiosas funções e promessas de retribuição, prevenção e recuperação (MATHIESEN, 2003, p. 90-95).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Aliás, em uma sociedade permeada pela biopolítica (FOUCAULT, 2005, p. 285-315; 1999, p. 127-149), a pena privativa de liberdade, programada para a inflição controlada de dor nos indivíduos considerados perigosos à preservação da vida da comunidade, transita pela aporia de carregar o germe da própria destruição da vida (ESPOSITO, 2012, p. 61). Com base na releitura da biopolítica moderna de Michel Foucault, feita por Roberto Esposito, é possível compreender, a partir dos conceitos de comunidade e imunidade – que serão aprofundados adiante ("4.") –, o enigma da biopolítica, isto é, a forma antinômica como esta age, pois embora tenha por fins a proteção da vida e a promoção da subjetividade, acaba produzindo a morte e a dessubjetivação (ESPOSITO, 2010; NALLI, 2013; BORGES; OLCHANOWSKI, 2018).

Em suma, a pena de prisão causa dor, internaliza a violência da comunidade em relação ao considerado anormal para seus padrões, isola grupos da convivência social, sob a justificativa de, enquanto instrumento biopolítico de imunização, salvar a comunidade dos perigosos criminosos, propondo-se a proteger a vida de alguns a partir da morte de outros (BORGES; OLCHANOWSKI, 2018, p. 191). Isto significa que a pena de prisão, por suas aporias, acaba por deslegitimar o próprio sistema criminal como um todo, pois, nada obstante os seus idealismos, revela a "secreta" (MATHIESEN, 2003, p. 98-104) irracionalidade das punições, especialmente do encarceramento (MATHIESEN, 2003, p. 89-90), e neste sentido, estabelece o processo penal como um mero instrumento de penalização, isto é, o caminho necessário para a aplicação de uma reprimenda – preferencialmente, a privativa de liberdade.

À vista disso, a justiça restaurativa é proposta como uma alternativa factível ao processamento dos casos penais pelo sistema de justiça tradicional, visto que pretende a devolução do conflito aos diretamente envolvidos para a sua resolução de forma eficaz e efetiva no atendimento dos interesses das partes, garantindo um espaço dialógico entre vítima, ofensor e comunidade, buscando afastar-se da violência e preservando a vida de todos os envolvidos. Todavia, apesar das décadas de construção teórica e prática – em países como Nova Zelândia, Canadá, Estados Unidos –, no Brasil, o seu desenvolvimento, em especial a sua implementação como modo alternativo de resolução de conflitos penais, ainda é embrionário.

Atualmente, as práticas restaurativas são concretizadas em poucas cidades do País, em regra, coordenadas ou com a participação do Poder Judiciário, na forma de "projetos-piloto", com experiências isoladas e não hegemônicas, desprovidas de qualquer previsão legal. Assim, para o fim de incentivar e uniformizar a aplicação da justiça restaurativa, o Conselho Nacional de Justiça editou atos

USO EXCLUSIVO PODCRIM

normativos que, em suas disposições, oferecem alguns parâmetros e direções a serem seguidas quando de sua implementação.

A única proposta legal acerca do tema no País é o Projeto de Lei 7006/2006, que tramita na Câmara dos Deputados desde então e visa à alteração do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei 9.099/95, para instituir e regular o uso facultativo e complementar da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal. O referido projeto foi apensado ao Projeto de Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), e desde 28 de março de 2016 aguarda parecer a ser proferido pela Comissão Especial designada para apreciar o Projeto de Lei 8.045/2010 e os seus apensos, inexistindo, portanto, previsão para a sua votação.

Neste contexto, o presente trabalho busca analisar a possibilidade de implementação da justiça restaurativa no sistema criminal brasileiro mediante iniciativas normativas e legais, contrapondo os eventuais riscos envolvidos. Assim, no primeiro tópico ("2."), traçam-se os contornos necessários para a compreensão do que é a justiça restaurativa, com base nos textos produzidos por teóricos já considerados clássicos no tema, bem como nas mais recentes produções bibliográficas desenvolvidas no Brasil.

No segundo tópico ("3."), explora-se, de fato, a inserção das práticas restaurativas no País, desenvolvidas majoritariamente pelos Tribunais de Justiça, em projetos respaldados em resoluções emitidas pelo Conselho Nacional de Justiça, as quais serão apresentadas, e, ao final, passa-se à uma breve análise crítica do texto proposto no PL 7.006/2006.

No terceiro e último tópico do desenvolvimento ("4."), são feitos certos questionamentos à forma de implementação da justiça restaurativa no Brasil e à possibilidade de sua previsão e enquadramento legal, como incentivo, moldura ou freio ao seu desenvolvimento no sistema justiça criminal, evidenciando os riscos envolvidos em sua inserção através da via normativa. Por fim, é abordada a problemática concernente à participação da comunidade – tida como crucial – nas práticas restaurativas, em especial no que se refere à idealização da noção de comunidade como obstáculo a ser enfrentado, tanto no plano teórico, quanto prático. Estes apontamentos levarão, em seguida, às considerações finais.

2. Delineamentos conceituais

O único consenso a que chegaram os teóricos que trabalham com o desenvolvimento da justiça restaurativa é de que não há consenso quanto à sua exata definição (VAN NESS, 2005, p. 2). Ao contrário: há uma relutância na teoria restaurativa em se estabelecer um conceito único e fechado, persistindo

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

divergências quanto às suas especificidades. Não há uma linearidade e uniformidade no desenvolvimento do campo da justiça restaurativa, ao longo do tempo e das experiências dos diferentes países, e justamente por sua implementação não se dar pela via institucional, existe um amplo espaço para a elaboração de diferentes programas, teorias e modalidades de encontros. Inobstante, a característica tida como essencial a todas as práticas restaurativas é a participação ativa e direta dos envolvidos – vítimas e ofensores – nos fatos delituosos (ACHUTTI, 2016, p. 60-61).

Esclarece Leonardo Sica que a justiça restaurativa diz respeito a uma nova forma de pensar e agir em relação à questão criminal "que abarca uma série de práticas e por ser um modelo em construção e em constante mutação, não há como delimitá-la" (2007, p. 413) e que "procurar um conceito unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista da proposta cuja riqueza está, justamente, na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor adaptação a diferentes cenários sociais" (2007, p. 417).

De forma ainda mais ampla, o conceito de justiça restaurativa pode ser utilizado para descrever qualquer prática que permita que os ofensores possam restaurar ou reparar o dano causado pelo crime às vítimas e às comunidades (STRANG; SHERMAN, 2006, p. 149). Sob a perspectiva individual, as práticas restaurativas proporcionam a chance de que as consequências das ações praticadas pelos ofensores sejam confrontadas diretamente. É desejável que a maior quantidade de pessoas envolvidas no evento criminoso participe dos encontros restaurativos, nos quais as vítimas ou seus representantes têm a chance de descrever os danos que lhe foram causados, momento em que os ofensores devem ouvir e entender as consequências da conduta praticada. Ao final, todos os participantes deliberam acerca das possibilidades de reparação do dano pelo ofensor.

É pressuposto para a realização das práticas restaurativas que o ofensor não negue a responsabilidade pelo dano causado, pois a conferência não pode assumir a forma de um julgamento, com o fim de definir o que realmente aconteceu. Além disso, como evidenciam Heather Strang e Lawrence W. Sherman, a justiça restaurativa cria um espaço deliberativo para as comunidades demonstrarem a sua vontade de envolvimento na prevenção de crimes (2006, p. 148). Ainda, a participação de um grande e diversificado grupo é benéfica à prática restaurativa, na medida em que garante a pluralidade da dinâmica do encontro e evita que o ponto de vista de um dos envolvidos sobre os fatos se sobreponha ao dos outros (STRANG; SHERMAN, 2006, p. 149).

Ademais, é característica da justiça restaurativa a preocupação com a devida e ativa participação da vítima na resolução do conflito, com a possível reparação

USO EXCLUSIVO PROFESSOR IM

do dano causado e com a responsabilização, de forma não excludente e estigmatizante, do ofensor, tendo como objetivos primordiais a diminuição da aplicação de penas – privativas de liberdade ou não –, a inclusão de modalidades não violentas de resolução de conflitos, com especial atenção ao espaço reservado ao diálogo entre as partes direta e indiretamente envolvidas, incluindo, assim, além da vítima e ofensor, seus familiares, amigos, vizinhos e a comunidade (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 195-196).

Consciente das dificuldades na delimitação e conceituação da justiça restaurativa, Elena Larrauri Pijoan sugere analisar os princípios e as características essenciais para que uma prática seja corretamente considerada como restaurativa, a partir da clássica definição, compartilhada por diversos teóricos restaurativistas, de Tony Marshall (MARSHALL, 1996, p. 37): "A justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em uma determinada ofensa se juntam para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras" (PIJOAN, 2009, p. 171).

Segundo Larrauri Pijoan, há três elementos fundamentais para a caracterização da justiça restaurativa: (i) um processo dialogado, (ii) com a participação dos envolvidos no evento delituoso, (iii) objetivando-se alcançar um acordo restaurativo (2009, p. 171). A possibilidade de se estabelecer um diálogo entre as partes interessadas, vítima, ofensor e membros da comunidade, implica um tratamento mais justo e uma maior satisfação das vítimas. É positivo e mais justo também para o ofensor, que tem a chance de compreender, de fato, o dano causado e se responsabilizar por sua reparação (PIJOAN, 2009, p. 172).

Sobre o papel da comunidade, "como vítima indireta do crime e como participante para administração dos programas de justiça restauradora" (JACCOUD, 2005, p. 176), observa-se que ainda não existe um delineamento concreto de como se daria a operacionalização de sua participação efetiva nos procedimentos, portanto, para além dos idealismos, inexiste uma autenticidade empírica da noção de comunidade. Há uma inexatidão nos apontamentos quanto à forma de verificação dos danos concretamente causados à comunidade.

Qual comunidade deve ser envolvida nos procedimentos restaurativos? Quem seriam os membros leigos que efetivamente representariam a comunidade lesada? O que a comunidade ganha com o envolvimento nas práticas restaurativas? Que laços sociais poderão ser restaurados? O que significa o empoderamento da comunidade na administração de seus próprios conflitos? Tais questionamentos, vagamente respondidos pelos restaurativistas, além de desenvolvimento teórico aprofundado, não restrito a ilações meramente retóricas, demandam, sobretudo, a análise empírica das experiências restaurativas em curso (ROSENBLATT, 2014a, p. 452).

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Ainda a respeito da participação comunitária, deve-se estar alerta para não correr o risco de "romantizar" a comunidade (MCEVOY; MYKA, 2002) e reproduzir, por meio das práticas restaurativas, as diferenças de poder inerentes às sociedades contemporâneas, reafirmando as bases do sistema penal, que usa da violência para combater a violência do crime, destruindo vidas sob o propósito de manter e estender a vida da comunidade (BORGES; OLCHANOWSKI, 2018, p. 206).

Isto é, mostra-se perigosa a simples assunção de que a comunidade, idealizada como uma entidade harmoniosa e consensual, proporcionará uma melhor e mais justa resolução dos conflitos, tendo em vista que as comunidades tendem a adotar abordagens excludentes e autoritárias (MCEVOY; MYKA, 2002, p. 548), da mesma forma como opera o sistema de justiça criminal, havendo o risco de este apenas ser replicado, através de práticas restaurativas, em uma instância informal no seio social. Estar-se-ia, então, diante de uma verdadeira expansão do controle social – o que vai de encontro das premissas e dos propósitos dos restauravistas.

É problemático, ainda, pensar de que modo se daria a compatibilização do envolvimento da comunidade com a necessidade de garantir a confidencialidade, tida como requisito do procedimento restaurativo (PIJOAN, 2009, p. 175). Daniel Achutti observa que, de forma oposta ao processamento no sistema de justiça criminal, em que se assegura a publicidade dos atos, garantir um ambiente de privacidade é indispensável para obter um real envolvimento das partes e aumentar as chances de um resultado exitoso. Portanto, é preciso propiciar, no encontro restaurativo, a segurança de que as informações trocadas não serão utilizadas, posteriormente, como prova em eventuais processos judiciais; do contrário, o receio das partes tornaria o diálogo pobre e infrutífero (ACHUTTI, 2016, p. 77-78).

Além disso, evidencia-se a importância da presença de um mediador ou facilitador capacitado para organizar o processo dialogado entre as partes e garantir a observância de certas regras para que o procedimento se desenvolva sem qualquer violação aos direitos dos participantes. A intervenção estatal na realização das práticas restaurativas, então, seria benéfica nesse espaço de proteção dos direitos da vítima e do ofensor, através da elaboração de princípios e padrões legais, cuja observância pode ser controlada pelos facilitadores e, em momento posterior, judicialmente, além de proporcionar meios que garantam a efetividade dos acordos (PIJOAN, 2009, p. 174-175).

No que tange ao acordo alcançado ao fim de uma conferência restaurativa, Larrauri Pijoan o define como "aquele que repara simbólica ou materialmente

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

a vítima, permite reintegrar o infrator e restaurar a comunidade afetada" (2009, p. 176). A reparação pode englobar desde um pedido de desculpas, a realização de uma atividade dirigida à vítima, até uma compensação econômica pelo dano causado, tendo como objetivo a satisfação da vítima. Isso, no entanto, não exclui a verificação das necessidades do infrator, para que se efetive a sua reabilitação e a sua reintegração na sociedade (PIJOAN, 2009, p. 176-177).

Da mesma forma, Howard Zehr parte da definição cunhada por Tony Marshall, e sugere que a justiça restaurativa é um processo que envolve, na medida do possível, aqueles interessados em uma ofensa, a fim de que, juntos, identifiquem e reconheçam os danos causados, as necessidades das partes e as consequentes obrigações, visando a curar e corrigir, ao máximo, o que está errado (2003, p. 40). Em complementação, anos depois, no posfácio da terceira edição da obra "Trocando as Lentes", Zehr define a justiça restaurativa como uma prática focada nos danos e nas necessidades da vítima, da comunidade e do ofensor, que trata das obrigações decorrentes do evento conflituoso, mediante um processo inclusivo e cooperativo que envolve todos os interessados no conflito, cujo fim é corrigir o mal causado (2008, p. 257).

De acordo com Zehr, são objetivos da justiça restaurativa: colocar as decisões importantes nas mãos dos afetados pelo crime, fazer com que a justiça seja mais curadora e transformadora, e reduzir a probabilidade de novos crimes. Isso é possibilitado pelo envolvimento das vítimas no processo e pela sua satisfação com o desfecho, com a compreensão por parte dos ofensores das consequências de suas ações e sua responsabilização voluntária por elas e com a obtenção de resultados que ajudem a reparar o dano causado e a identificar as razões do crime e a reintegração tanto da vítima, quanto do ofensor na comunidade (ZEHR; GOHAR, 2003, p. 40-41).

Os três modelos principais de práticas restaurativas, segundo Zehr, são o encontro vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares e os círculos, que, na prática, são mesclados a depender das circunstâncias do caso concreto. Todos esses modelos envolvem preferencialmente uma forma de encontro em que os envolvidos ficam frente a frente, sendo o processo orientado por facilitadores, que apenas coordenam a conferência, sem impor acordos. O encontro é o momento em que as partes podem contar a sua história sobre o ocorrido, discutir os fatos, expressar sentimentos, com o objetivo de, ao fim, chegar a conclusões e resultados mutualmente aceitos, como formas de restituição e efetiva pacificação do conflito social (ZEHR; GOHAR, 2003, p. 47).

Além das construções teóricas expostas, foram estabelecidos pela Organização das Nações Unidas (ONU), na Resolução 2002/12, emitida pelo Conselho

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Social e Econômico, os princípios básicos a serem seguidos na utilização das práticas restaurativas, definindo o processo restaurativo como o:

> "processo no qual vítima, ofensor e/ou quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime participam conjuntamente de forma ativa na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um [facilitador] terceiro justo e imparcial." (ACHUTTI, 2016, p. 74-75)

Segundo a Resolução supracitada, a justiça restaurativa deve estar disponível a todo o momento no curso do processo penal, sendo indispensável a voluntariedade das partes na sua escolha, que podem também desistir no decorrer do procedimento restaurativo. Preza-se pela confidencialidade daquilo que vier a ser discutido nos encontros, que não poderá ser levado como prova para o sistema de justiça criminal tradicional, em caso de insucesso da prática, nem importará confissão de culpa pelo acusado (ACHUTTI, 2016, p. 75).

Por fim, a Resolução 2002/12 da ONU prevê o controle jurisdicional dos acordos restaurativos obtidos, os quais devem ter o mesmo *status* de uma decisão judicial, impedindo o processamento do acusado pelos mesmos fatos no Poder Judiciário. Somente nas hipóteses de frustração da tentativa de acordo nos encontros restaurativos, ou do seu não cumprimento pelas partes, é que estaria autorizada a devolução do caso para o sistema de justiça tradicional (ACHUTTI, 2016, p. 76).

Em conclusão, André Giamberardino elucida que a teoria restaurativa, definida como um conjunto de princípios normativos, traz um novo modo de reação da sociedade diante de um conflito, revendo os significados de crime e punição e o papel a ser desempenhado pela vítima. Trata-se de um:

> "novo paradigma de justiça e não mais uma técnica de resolução de conflitos ou instrumento de alívio processual, tendo por fundamentos a ampliação dos espaços democráticos e a construção de novas modalidades de regulação social." (GIAMBERARDINO, 2015, p. 153-154)

3. A inserção da justiça restaurativa no Brasil através de iniciativas normativas

A aplicabilidade da justiça restaurativa somente tem sido possível, atualmente, a partir de sua convivência e em complementação à perspectiva retributiva/punitiva, sendo efetivada, aos poucos, de modo paralelo e associado ao sistema de justiça criminal tradicional, ao Poder Judiciário. De forma geral, os

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

projetos-piloto de implantação de práticas restaurativas no Brasil tem sido desenvolvidos diretamente ou em convênio com os órgãos jurisdicionais, em detrimento de sua aplicação em âmbito puramente comunitário, não-estatal (VITTO, 2008, p. 199-200).

Até o momento, a aplicação das práticas restaurativas no âmbito penal tem ocorrido de forma pontual e gradual em algumas cidades brasileiras, sendo objeto de mínima regulamentação por parte do Conselho Nacional de Justiça, através da edição de resoluções que buscam a sua uniformização e a garantia de parâmetros a serem seguidos pelos aplicadores, incentivando o uso de técnicas alternativas ou consensuais de resolução de conflitos, a serem operadas, principalmente, por servidores do Poder Judiciário e voluntários leigos. Entretanto, as práticas restaurativas hoje apenas se sustentam nas poucas resoluções editadas pelo Conselho Nacional de Justiça que, apesar de conferirem a elas aspecto institucional, não alcançam *status* normativo a ponto de torná-las obrigatórias e não definem o procedimento aplicável.

O Projeto de Lei 7.006/2006, cujo objeto é a introdução e normatização da utilização da justiça restaurativa, em complementação ao sistema de justiça criminal tradicional, ainda se encontra em tramitação. O referido projeto de lei já foi arquivado em três oportunidades (em 31.01.2017; 31.01.2011; e 31.01.2015), tendo sido desarquivado pela última vez em 19 de março de 2015, quando foi apensado ao Projeto de Novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), e desde 28 de março de 2016 aguarda parecer a ser proferido pela Comissão Especial designada para apreciar o Projeto de Lei 8.045/2010 e os seus apensos. Portanto, não há previsão para a votação e eventual aprovação do texto legal concernente à inserção dos mecanismos restaurativos no sistema penal.

3.1. A atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)

A prestação jurisdicional efetiva, mediante o tratamento adequado dos conflitos apresentados ao Poder Judiciário foi objeto de preocupação pelo Conselho Nacional de Justiça, ao normatizar a disseminação e implementação de métodos consensuais, autocompositivos e restaurativos no território brasileiro em duas resoluções. Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 125, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, assegurando o direito à sua solução por meios adequados à sua natureza e peculiaridades, incentivando, para tanto, a aplicação dos mecanismos consensuais, dentre os quais está incluída a justiça restaurativa. O CNJ determinou, por meio deste ato normativo, para fins de difusão e uniformização das práticas, a

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

criação, pelos Tribunais, dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) e os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs), órgãos responsáveis pelo desenvolvimento e aplicação de tais mecanismos.

O escopo primordial da Resolução 125/2010 foi a administração do sistema público de justiça pautado na satisfação do jurisdicionado, mediante o "acesso a uma solução efetiva para o conflito, por meio da participação adequada do Estado, na busca não só do resultado final do processo, mas de procedimentos que tragam satisfação às partes" (JESUS, 2016, p. 261).

No ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu as oito metas nacionais para o ano de 2016, dentre elas: "implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa, implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim, até 31.12.2016" (CNJ, 2015). No mesmo ano, através da Portaria 16, a contribuição para o desenvolvimento da justiça restaurativa foi estabelecida como uma das doze diretrizes para o planejamento estratégico do Poder Judiciário no biênio 2015-2016 (CNJ, 2018, p. 89). Em 2016, foi elaborada a Resolução 225, que dispõe especificamente sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa, atendendo às recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU) para a implantação da justiça restaurativa (Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12), e que estabelece regras e princípios básicos que devem nortear a sua aplicação pelo Poder Judiciário.

Para o fim de evitar maiores divergências quanto à sua conceituação, o Conselho Nacional de Justiça definiu, no art. 1º da Resolução 225, editada em 2016, a justiça restaurativa como "um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência" (CNJ, 2016), a partir do qual são solucionados os eventos que geram danos concretos ou abstratos. Foi, também, estabelecido pelo Conselho Nacional de Justiça que a forma de resolução dos conflitos deve envolver, necessariamente, a:

> "participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos." (CNJ, 2016)

Ainda, o ato normativo dispõe que as práticas restaurativas deverão ser orientadas por facilitadores devidamente capacitados, conforme as "técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

entidades parceiras" (CNJ, 2016). Por fim, agrega que as práticas restaurativas devem ser orientadas de modo a atender as necessidades de todos os envolvidos, com a responsabilização daqueles que contribuíram para o evento danoso, fomentando o empoderamento da comunidade e visando à necessária reparação do dano causado e à recomposição do tecido social rompido pelo conflito (CNJ, 2016).

A Resolução 225/2016 dispõe, ainda, sobre algumas regras e diretrizes a serem seguidas no procedimento restaurativo desenvolvido em âmbito judicial, acerca da atribuição de competências aos Tribunais de Justiça na promoção e na implementação de práticas restaurativas, da atuação dos facilitadores restaurativos, sua capacitação e formação. Assim, foi conferida elevada importância aos tribunais estaduais como articuladores dos programas e coordenadores dos núcleos, "mas sempre dialogando com a rede de garantia de direitos e a rede comunitária, uma vez que a Justiça Restaurativa não é monopólio de uma instituição específica" (CNJ, 2018, p. 93).

Além disso, o procedimento restaurativo é colocado como alternativa ao processo penal tradicional, podendo também ocorrer de forma paralela a ele, ainda que a Resolução não tenha definido as consequências processuais penais decorrentes da submissão do caso às práticas restaurativas (art. 1º, § 2º). Importa salientar que um dos requisitos para a participação, livre e voluntária, no procedimento restaurativo é a assunção da ocorrência dos fatos e da consequente responsabilidade pelos danos causados, todavia, as informações trocadas nas práticas restaurativas devem ser protegidas pela confidencialidade e não poderão ser utilizadas como meio de prova, em caso de retorno ao processo penal convencional (art. 2º, § 1º). Da mesma forma, a não obtenção ou o descumprimento do acordo restaurativo não podem ser utilizados como fundamento para o incremento da sanção penal eventualmente aplicada (art. 8º, § 5º).

Consoante disposto no art. 7º, caberá ao juiz, de ofício ou mediante requerimento – do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes ou seus procuradores e dos setores técnicos de psicologia e serviço social –, o encaminhamento dos casos, em qualquer fase de tramitação processual, para a realização das práticas restaurativas; o que também pode ser sugerido pela autoridade policial, no termo circunstanciado ou inquérito policial.

Embora aprovada, no 9º Encontro Nacional do Poder Judiciário, como a oitava meta nacional, para o ano de 2016, a implementação de práticas de justiça restaurativa na Justiça Estadual, a ser efetivada mediante a criação de pelo menos um projeto com equipe capacitada até o fim daquele ano (CNJ, 2015), restou apenas parcialmente cumprida (78,31%), sendo que, dos 24 tribunais estaduais,

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

somente 17 conseguiram cumprir integralmente a Meta 08, segundo o Relatório de Metas Nacionais do Poder Judiciário do ano de 2016[1] (CNJ, 2017, p. 43). Assim, observa-se que a aplicação de práticas restaurativas ainda é incipiente e experimental no País, havendo um logo caminho a ser percorrido até a sua implementação de forma homogênea e contínua como mecanismo alternativo de resolução de conflitos penais.

3.2. Análise crítica do Projeto de Lei 7.006/2006

Desde 2006, está em tramitação, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei, de autoria da Comissão de Legislação Participativa, que visa alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal e a Lei 9.099/95, para instituir e regular o uso facultativo e complementar da justiça restaurativa no sistema de justiça criminal (PALLAMOLLA, 2009, p. 179), atribuindo aos núcleos de justiça restaurativa a realização dos procedimentos, sem, contudo, definir que práticas poderiam ser aplicadas[2].

De acordo com o referido Projeto de Lei, seria estabelecida uma nova causa de extinção da punibilidade, pelo cumprimento do acordo restaurativo, e de interrupção da prescrição, pela homologação do acordo. O Projeto prevê ainda que a autoridade policial poderia sugerir, no relatório final do inquérito, a aplicação

1. "(...) 67% dos tribunais estaduais implementaram formalmente programa para a realização de procedimento de Justiça Restaurativa, 81% possuem espaço físico adequado e 83% afirmaram disponibilizar condições materiais para a prática. Quando perguntados se oferecem recursos humanos, 81% dos tribunais disseram que cumprem esse aspecto. Já sobre ações que visam capacitar, treinar e aperfeiçoar a prática de Justiça Restaurativa, 78% dos tribunais disponibilizam essas ações. Acerca de encontros entre vítimas e agressor e atendimento para pessoas que foram indiretamente atingidas, os tribunais mostraram que 81% realizam encontros para incentivar a reparação do dano e resgatar as relações sociais da vítima e agressor e 74% oferecem atendimento às pessoas indiretamente atingidas" (CNJ, 2017, p. 43).
2. "Os núcleos restaurativos devem funcionar com a estrutura adequada (em termos materiais e humanos), e será composto por: coordenação administrativa, responsável pelo gerenciamento do núcleo; coordenação técnica interdisciplinar, formada por profissionais da área de psicologia e serviço social, que deverão selecionar, capacitar e avaliar os facilitadores e supervisionar os procedimentos; e equipe de facilitadores, responsáveis por prepara e conduzir o procedimento restaurativo (arts. 5º e 6º). Conforme o artigo 9º do Projeto, serão de observação obrigatória os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinaridade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé" (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 216).

USO EXCLUSIVO DO PROFESSOR

da justiça restaurativa e o encaminhamento do caso pelo juiz, com a concordância do Ministério Público, que poderia deixar de oferecer a denúncia durante o curso do procedimento restaurativo e, se instaurada a ação penal, poderia o juiz suspendê-la para a utilização de práticas restaurativas (ACHUTTI, 2016, p. 234; ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 216-217).

Embora admita a imprescindibilidade de certas previsões legais quanto à institucionalização da justiça restaurativa, Raffaella Pallamolla alerta para a necessidade de maiores discussões a respeito, considerando a existência de diversas questões problemáticas na proposta legal abordada e aponta que, ao contrário de uma legislação exaustiva, deve-se optar por dispositivos legais que apenas norteiem o desenvolvimento de programas restaurativos, a fim de garantir a flexibilidade e a fluidez características da justiça restaurativa, "ao mesmo tempo que reduza a discricionariedade judicial no envio de casos aos programas restaurativos e no momento da valoração do acordo cumprido" (2009, p. 192).

Achutti e Pallamolla apontam alguns aspectos positivos quanto às proposições constantes do projeto de Novo Código de Processo Penal, tais como a amplitude da possibilidade de encaminhamento de casos pela Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, a viabilidade de arquivar-se o inquérito policial ou o processo penal diante do sucesso do procedimento restaurativo, a valoração do acordo restaurativo no momento de prolação da sentença, como fundamento para absolvição ou atenuação da reprimenda, etc. (2013, p. 217).

De outro lado, vislumbram-se diversos aspectos negativos da proposta legislativa, na medida em que inexiste qualquer dispositivo que garanta às próprias partes o direito de se submeterem ao processo restaurativo[3] e a previsão de que o encaminhamento dos casos pela polícia ou pelo Ministério Público está sujeito à apreciação e anuência judicial, apontamentos, estes, que revelam sua contrariedade aos princípios da justiça restaurativa, em especial o da autonomia da vontade (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 217-218).

Em que pese o art. 562, *caput*, do Projeto do Novo Código de Processo Penal, determine que "o acordo restaurativo *deverá* servir de base para a decisão judicial final", faculta ao juiz, em seu parágrafo único, a possibilidade de não homologar o acordo, ao constatar eventual afronta aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou o desatendimento das necessidades dos envolvidos,

3. "Tal ausência assume um significado importante e até mesmo paradoxal, pois, se a justiça restaurativa busca exatamente proporcionar um ambiente de participação ativa das partes, não haveria motivo para impedir que elas mesmas façam tal solicitação" (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 219).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

tolhendo, assim, a autonomia das partes. Além disso, por força do princípio da confidencialidade, essencial ao bom desenvolvimento dos encontros restaurativos, o ideal "é que o juiz sequer tenha conhecimento do conteúdo do acordo, mas apenas receba um informativo objetivo, contendo as incumbências das partes e se o acordo foi ou não cumprido" (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 219).

Em clara contradição aos intentos da justiça restaurativa, dispõe o art. 556 do Projeto de Lei 7.006/2006 que o juiz deverá, também, observar a personalidade, os antecedentes, as circunstâncias e as consequências da infração penal, para o fim de definir a sua recomendação, ou não, para a aplicação das práticas restaurativas, quando houver a concordância do Ministério Público e observada a vontade das partes. Tal apreciação, com base nas categorias vagas já conhecidas do processo penal tradicional, abre espaço para juízos discricionários, arbitrários e amparados em elementos subjetivos, quando da decisão de encaminhamento dos casos aos programas de justiça restaurativa, reforçando, portanto, a seletividade produzida pelo sistema penal (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 219).

Infere-se da análise do texto proposto que ainda predomina o protagonismo do Poder Judiciário e do Ministério Público, mesmo quando se pretende inverter a ótica do processo penal a partir da implementação das práticas restaurativas, ao garantir aos órgãos estatais o controle dos casos a serem encaminhados e do conteúdo dos acordos, em prejuízo da autonomia das partes. Sem qualquer referência a quais crimes ou contravenções penais permitiriam a aplicação dessas práticas, abre-se a possibilidade de que somente as infrações de menor potencial ofensivo sejam submetidas aos programas de justiça restaurativa. Por fim, constata-se a persistência da linguagem e vocabulário inerentes ao direito penal, na redação dos dispositivos legais propostos, mantendo o papel estigmatizador do sistema de justiça criminal (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 220-221).

No entanto, deve-se considerar que

> "o legalismo lógico-formal é uma das características mais marcantes da cultura jurídica brasileira, e por este simples (mas poderoso) motivo, é inegável que a existência de uma lei que regulamente a justiça restaurativa pode colaborar significativamente para o avanço da discussão do tema." (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 225)

Isto, por certo, não exclui a necessidade de um amplo debate para a sua formalização pela via legislativa, atentando para as experiências práticas nacionais já em curso e para os programas desenvolvidos em outros países, com a devida cautela para não subverter os intentos da justiça restaurativa e culminar na expansão da rede de controle penal.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Assim, a fim de que a justiça restaurativa seja efetivamente implementada, de acordo com os seus valores e princípios, transformando o foco de enfrentamento dos conflitos criminais, Achutti e Pallamolla apontam que, em primeiro lugar, não se pode pretender a estruturação de um sistema fechado e burocrático, com a padronização de procedimentos e soluções, de forma simplificada, pois a justiça restaurativa está fortemente atrelada à experiência obtida em cada caso concreto e deve possuir uma margem de flexibilidade para se desenvolver conforme as exigências e as necessidades decorrentes dos conflitos e das partes envolvidas, o que é obstaculizado quando as práticas estão engessadas em normas fixas e abstratas (2014, p. 86).

Por derradeiro, sugere-se que, antes de um País elaborar uma legislação que disponha especificamente sobre a implementação de práticas restaurativas, devem ser respondidas cinco perguntas quanto à necessidade de legislação para: (i) eliminar ou reduzir barreiras legais ou sistêmicas para a aplicação das práticas restaurativas; (ii) criar um estímulo legal para a aplicação de práticas restaurativas; (iii) orientar e estruturar programas de justiça restaurativa; (iv) garantir a proteção dos direitos dos ofensores e vítimas que participam dos processos restaurativos; e (v) estabelecer princípios e mecanismos a serem seguidos nas práticas restaurativas com o objetivo de monitorar a sua congruência com os valores-base da justiça restaurativa. Em caso negativo, Van Ness admite não haver sequer a necessidade da implementação da justiça restaurativa mediante legislação própria (2005, p. 13).

4. Problemas na implementação institucional das práticas restaurativas

Quanto aos potenciais riscos da implementação das práticas restaurativas, uma das críticas mais recorrentes diz respeito à possibilidade de, ao invés de provocar a pretendida redução da intervenção penal, se produzir uma expansão da rede de controle penal (*net-widening*), de modo a atrair ao sistema judicial situações juridicamente irrelevantes e que não interessariam ao sistema penal tradicional (AZEVEDO; PALLAMOLLA, 2014, p. 176). Casos que, em princípio, não demandariam a intervenção estatal, na forma de um processo formal e da aplicação de uma sanção penal, podem ser indevidamente redirecionados à justiça restaurativa, por consistir em um procedimento mais brando e, ainda, caso frustrada a obtenção ou o cumprimento de um acordo, poderiam, estes casos, a partir do intermédio práticas restaurativas, ingressar no sistema criminal (AZEVEDO; PALLAMOLLA, 2014, p. 177).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

São fatores que incrementam o risco de extensão da rede penal: a prioridade atribuída ao próprio sistema penal para filtrar quais casos comportam a aplicação de práticas restaurativas; a desconsideração dos acordos restaurativos pelos juízes no momento de fixação da pena; e o impedimento de que os casos que envolvam a aplicação de uma pena privativa de liberdade sejam submetidos a programas restaurativos. Portanto:

> "se a justiça restaurativa não for capaz de reduzir a utilização da pena de prisão, em razão de ser utilizada apenas após a condenação e durante a execução da pena, ou apenas em delitos apenados com multa, por exemplo, o risco de ampliação do controle penal é grande". (AZEVEDO; PALLAMOLLA, 2014, p. 177)

Revela-se mais benéfica – e menos arriscada – a aplicação das práticas restaurativas antes ou durante o processo penal, devendo ser evitados os programas que visem à sua aplicação após a condenação ou no curso da execução.

Achutti e Pallamolla alertam, também, para o risco de colonização dos mecanismos restaurativos pelo sistema penal tradicional[4], questionando qual seria a melhor maneira de se implementar a justiça restaurativa no Brasil, tendo em vista que os atores tradicionais do sistema judicial já estariam contaminados por sua cultura e *modus operandi*, tão contrários às intenções do pensamento restaurativo (2013, p. 196-197).

No princípio, os restauravistas defendiam a construção de um sistema "puro", completamente oposto e desvinculado dos ideais punitivos, o que, todavia, dada a sua inaplicabilidade prática, foi amenizado. Passou-se a aceitar a possibilidade de que as práticas restaurativas sejam alicerçadas, subsidiariamente, também em valores punitivos e retributivos, em atuação conjunta ao sistema de justiça criminal. No entanto, a sobreposição dos modelos restaurativo e retributivo, especialmente quando ambos estão vinculados à jurisdição estatal, pode provocar uma dupla responsabilização do infrator, com o processo penal e a sanção, com o adicional da medida restaurativa (ROSENBLATT, 2014a, p. 449-450).

Na mesma linha, Fernanda Fonseca Rosenblatt alerta que as atuais pesquisas empíricas apontam para utilização da justiça restaurativa, não em substituição,

4. "[...] aproxima-se a uma espécie de colonização legal deste modelo pela justiça criminal tradicional: antes mesmo de oportunizar aos operadores jurídicos o manuseamento dos mecanismos da futura lei, a própria lei poderá, antecipadamente, encarregar-se de colonizar o procedimento restaurativo e aplacar a sua real potencialidade" (ACHUTTI, 2016, p. 237).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

mas complementando o sistema de justiça criminal, como um *plus* na rede de controle penal (2014b, p. 80-81). Na maioria dos programas restaurativos, as práticas ocorrem às margens do sistema de justiça criminal, ou inseridas em alguma fase de processo penal, sem, contudo, apresentar-se de forma a efetivamente transformar sua ótica essencialmente retributiva (ROSENBLATT, 2014a, p. 448).

A introdução das práticas restaurativas pela via legislativa exige a reflexão acerca da viabilidade de uma alteração legal, no âmbito do direito penal, gerar os efeitos almejados, pois a mudança, para além do formalismo da lei, demanda um novo modo de atuação por parte dos atores processuais, tendo em vista que o processo penal convencional foi construído com base na centralidade do papel do juiz e na concentração de poder direcionado contra o réu, mediante práticas autoritárias e burocráticas (ACHUTTI; PALLAMOLLA, 2013, p. 213-214).

Pelas mesmas razões, uma das críticas aos projetos-pilotos desenvolvidos atualmente, em paralelo ao sistema de justiça criminal, reside no fato de que, mesmo na busca de implementação de práticas inovadoras e alternativas, a sua aplicação está inserida no âmbito do Poder Judiciário, sendo garantido o controle dos programas e procedimentos por um juiz, de modo que não se afasta da lógica jurídico-penal. Ainda, verifica-se que a maioria dos casos encaminhados aos programas de justiça restaurativa envolve infrações penais de menor potencial ofensivo – "leves ou insignificantes" –, o que, além de não ser suficiente, pode produzir o claro impacto negativo da já mencionada expansão da rede de controle penal (*net-widening*) (ACHUTTI, 2016, p. 243-244).

Esta crítica também é compartilhada por Fernanda Rosenblatt, ao constatar que a aplicação das práticas restaurativas, da forma como vem ocorrendo em diversas experiências ao redor do mundo, tem a potencialidade de "simplesmente replicar um sistema formal de justiça nos seios das comunidades" (2014a, p. 456), por meio de um controle social interno e, ainda, um externo, por meio da irrefreada intervenção estatal. O avanço do controle social formal é claramente visível na aplicação das práticas restaurativas preferencialmente às infrações penais de menor potencial ofensivo, o que acaba por culminar em um agravamento da resposta recebida pela prática do ilícito ou na dupla penalização do ofensor, em decorrência da submissão do caso às práticas restaurativas, quando, em realidade, não demandaria a intervenção estatal, por sua insignificância, ou quando o processo criminal e o restaurativo ocorrem de maneira independente (ROSENBLATT, 2014a, p. 457-458).

Daniel Achutti identifica dois bloqueios principais para o desenvolvimento da justiça restaurativa no País: a ausência de objetivos comuns e a ausência de

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

referência normativa nacional. O primeiro reside no descompasso entre os objetivos pretendidos pelos diversos programas existentes, que, apesar de partirem da filosofia da justiça restaurativa, acabam se desvinculando da sua proposta central de redução do sistema penal e de minimização de seus danos. Ao seu turno, o segundo apontamento concerne à inexistência de previsão legislativa que regulamente a aplicação das práticas restaurativas e o *status* da justiça restaurativa perante o sistema criminal tradicional (ACHUTTI, 2016, p. 246).

Atualmente, a legislação pode ser vista como um entrave à implementação da justiça restaurativa no sistema criminal, ao prever o princípio da indisponibilidade da ação penal pública, de titularidade exclusiva do Ministério Público. Consequentemente, não obstante os incentivos institucionais – em especial do Conselho Nacional de Justiça –, os programas de justiça restaurativa somente encontram espaço processual no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, da Justiça Infantojuvenil e apenas nos casos em que as infrações penais excepcionam o referido princípio (CNJ, 2018, p. 119). Desta forma, denota-se que "a incidência da justiça restaurativa tem sido estruturalmente seletiva" (CNJ, 2018, p. 121), visto que, além do primeiro filtro legal, o efetivo encaminhamento dos casos à aplicação de práticas restaurativas está condicionado ao poder discricionário e seletivo, principalmente do juiz, mas também do promotor de justiça, que deve anuir com a submissão do caso aos programas restaurativos.

Assim, os projetos de justiça restaurativa, inseridos na atuação do Poder Judiciário, têm operado conforme a mesma lógica estrutural do sistema, estando submetidos a uma rede de poderes, fluxos e filtros seletivos, como por exemplo, no já limitado microssistema dos juizados especiais criminais,

> "que já procede a um recorte da 'criminalidade' (criminalização seletiva de menor potencial ofensivo) para sua competência possível, passa a estabelecer outro recorte da sua competência possível a ser deslocada para a justiça restaurativa." (CNJ, 2018, p. 121)

Conforme se observou das práticas restaurativas aplicadas em diversas cidades brasileiras[5], os casos a elas submetidos envolvem, via de regra, crimes de menor potencial ofensivo, crimes contra a liberdade pessoal, crimes contra a honra, contravenções penais, e, excepcionalmente, são encaminhados casos de condutas de maior gravidade, quando envolvem atos infracionais processados perante o Juízo da Infância e Juventude (CNJ, 2018, p. 123-124).

5. Porto Alegre/RS, Caxias do Sul/RS, Belo Horizonte/MG, Novo Hamburgo/RS, Santa Maria/RS, São Paulo/SP e Tatuí/SP.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Ainda, embora as teorizações de Howard Zehr sejam tidas como referenciais, a maioria das práticas examinadas, classificadas como restaurativas, pouco satisfazem os elementos constitutivos da justiça restaurativa para o autor, como a participação da vítima e da comunidade, o empoderamento dos atores envolvidos e a reparação dos danos causados (CNJ, 2018, p. 138). Além disso, os programas, em regra, não estão de acordo com os objetivos, de realização do encontro, reparação do dano e transformação, e com os fins pretendidos pela justiça restaurativa. Nos projetos desenvolvidos, o encontro não se concretiza ante a habitual ausência das vítimas ou pelo motivo de que as práticas são direcionadas somente ao infrator e, quando é efetivado, ocorre no inapropriado espaço do sistema de justiça formal (fóruns). Além disso, a reparação dos danos é tida como propósito residual, não central; e a transformação das pessoas envolvidas e das formas de comunicação e da relação (não violenta), é tida ora como objetivo – expresso ou implícito –, como um valor em si mesmo, ora como instrumento na prevenção e pacificação dos conflitos (CNJ, 2018, p. 139).

A pesquisa elaborada pela Fundação José Arthur Boiteux da Universidade Federal de Santa Catarina – que realizou um diagnóstico acerca do "estado da arte" da implementação das práticas restaurativas no Brasil – concluiu que a justiça restaurativa consiste em um "paradigma emergente" em relação ao "paradigma punitivo dominante", no âmbito do sistema de justiça criminal e infracional. Contudo, consoante já vislumbrado, a justiça restaurativa vem sendo estruturada e institucionalizada pelo e no interior do próprio sistema de justiça formal, do qual se tornou dependente, estando "alocada nas suas margens, na sua periferia (inclusive física), com competência residual e correndo paralelamente (em vez de alternativamente) ao procedimento convencional" (CNJ, 2018, p. 143).

Ainda, a limitação da aplicação da justiça restaurativa aos crimes de menor potencial ofensivo reduz o seu potencial de impactar as taxas de encarceramento e de questionar o paradigma punitivo, na medida em que são os crimes de maior gravidade – crimes patrimoniais, contra a dignidade sexual e tráfico de drogas – os responsáveis pelo hiperencarceramento contemporâneo. Assim sendo, há o risco de a justiça restaurativa "se consolidar como mais um sistema complementar e paralelo ao punitivo, como ocorreu historicamente com os juizados especiais criminais, que culminaram como um sistema simbolicamente inferiorizado pelos próprios trabalhadores do sistema de justiça" (CNJ, 2018, p. 151), não direcionado às pessoas oriundas de classes sociais mais baixas, clientela assídua do atual sistema de justiça criminal, culminando na anunciada expansão do controle social.

É evidente o protagonismo do Poder Judiciário na condução da justiça restaurativa no Brasil, criando, implantando e executando os projetos-piloto de práticas

USO EXCLUSIVO DO PDG/RBCCRIM

restaurativas, mediante a atuação dos juízes, Tribunais, funcionários, assistentes sociais, equipes técnicas especializadas, sendo possível afirmar que a justiça restaurativa se apresenta como uma "alternativa judicial" ao processo penal convencional, que vem sendo efetivamente construída pelo próprio Poder Judiciário. Os motivos são vários, desde a ausência de legitimação para que outras entidades sociais realizem os procedimentos restaurativos, de modo que eventuais resultados sequer teriam o status necessário para que fossem considerados pelo sistema de justiça tradicional, bem como está atrelada ao intento de manter o poder estatal sobre toda e qualquer forma de exercício do controle social (CNJ, 2018, p. 153-155).

Destarte, em resumo, são identificados alguns limites operacionais e burocráticos para a implementação prática da justiça restaurativa. O primeiro reside na previsão legal dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, que atribui ao Ministério Público a sua titularidade e a compulsoriedade de sua instauração e tramitação, vedando, por exclusão, que a aplicação de práticas restaurativas produza o efeito pretendido para os crimes processados mediante ação penal pública. Logo, a superação de tal bloqueio somente poderia se dar através de uma alteração constitucional e legal (CNJ, 2018, p. 159).

O segundo empecilho concerne à insuficiência de recursos materiais e humanos para o desenvolvimento da justiça restaurativa, visto que excessivamente dependente da estrutura, recursos e pessoal disponibilizados pelos Tribunais de Justiça, em razão do forte protagonismo do Poder Judiciário na sua implementação (CNJ, 2018, p. 159-160). Outro limite trazido diz respeito à falta de participação efetiva dos envolvidos no evento delituoso, sendo as práticas focadas unilateralmente nos ofensores, em prejuízo das vítimas e da comunidade, de modo que não resta assegurado o espaço dialógico essencial *à justiça restaurativa (CNJ, 2018, p. 155-160). O quarto limite concerne na resistência oferecida pelos profissionais do sistema de justiça criminal à aplicação das práticas restaurativas, seja pelo pensamento marcadamente* punitivista, seja pela deficiência de informações acerca da justiça restaurativa (CNJ, 2018, p. 160-161).

Ao final do relatório elaborado a pedido do Conselho Nacional de Justiça sobre a temática, foi definida a busca por uma "justiça restaurativa qualitativamente humanista e democrática" (CNJ, 2018, p. 161) como meta a ser traçada na implementação das práticas restaurativas no País, a fim de: superar e impactar o paradigma punitivo, autonomizar a justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça criminal, ampliar o espectro de aplicação dos procedimentos restaurativos, não somente aos casos considerados menos graves pelo direito penal, e garantir o protagonismo e o empoderamento dos indivíduos – e comunidades – diretamente envolvidos, para a efetiva resolução de seus conflitos.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Sob outra perspectiva, deve se atentar para que o procedimento institucionalizado não se torne uma mera manifestação artificial da justiça restaurativa, conforme notado por Rosenblatt em sua pesquisa empírica sobre os *youth offender panels* (painéis de jovens infratores), modelo restaurativo aplicado aos adolescentes em conflito com a lei na Inglaterra (2014b). Nada obstante a ênfase dada à participação de membros leigos da comunidade (desprofissionalização), os encontros aparentavam uma forma teatral, sendo desenvolvidos através de um roteiro (*script*) elaborado por profissionais do sistema de justiça juvenil, posteriormente encenado pelos representantes leigos da comunidade. Raramente havia a presença da vítima e o adolescente infrator figurava como espectador, apenas observando a performance dos atores, aguardando o seu final, com a celebração de um "acordo", sem efetivamente participar ou compreender o que se passou (ROSENBLATT, 2014b, p. 74-78).

Rosenblatt verificou, assim, a artificialidade das práticas restaurativas desenvolvidas, evidenciando, ainda, que o enfoque na valorização da comunidade se baseava em uma concepção comunitarista ultrapassada e romantizada e que não encontrava resguardo na prática, pois não se identifica com a noção concreta e contemporânea de comunidade. Portanto, a problemática do envolvimento da comunidade reside principalmente em seu distanciamento daquilo que é vivenciado atualmente, em tempos de modernidade líquida, em que os laços são superficiais e passageiros, e em como transformar o encontro restaurativo em uma experiência relevante e transformadora para os envolvidos, e não como meras expressões de comunidades estéticas (ROSENBLATT, 2014b, p. 78; BAUMAN, 2003).

Desse modo, tendo em vista que a maioria das práticas restaurativas são aplicadas em determinado espaço geográfico politicamente delimitado (uma comarca; um foro; uma jurisdição), há de se considerar que a comunidade geográfica é, via de regra, artificial e pouco significativa para os envolvidos, devendo ser pensadas formas de efetivamente identificar e envolver a comunidade "concreta" afetada, ou de onde provém o conflito e em que estão inseridas as partes (ROSENBLATT, 2014b, p. 79). Além disso, alerta Fernanda Rosenblatt para o risco da proximidade e da posição dos programas restaurativos em relação ao sistema de justiça criminal, o que pode acarretar a contaminação, de "um processo que deveria ser informal e de base comunitária" pela dinâmica judicial (2014b, p. 80).

Quanto ao espaço da comunidade nas práticas restaurativas, consoante já delineado, restam inúmeros questionamentos não respondidos: no que consiste a noção de comunidade, cujo envolvimento é demandando para a adequada

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

execução dos procedimentos; de que forma pode ser concretizada a sua participação; como aferir os danos causados à uma comunidade; como eleger os representantes da comunidade aptos a participar do processo; quais vínculos podem ser restaurados entre as partes e na comunidade; como é alcançado empoderamento da comunidade no procedimento restaurativo, etc. (ROSENBLATT, 2014a, p. 452; 2014c, p. 48).

De início, deve se considerar que a noção de comunidade, em si, já extremamente problemática, sobretudo nas sociedades pós-modernas e globalizadas da atualidade, o que acarreta imprecisões e dificuldades na sua materialização e identificação *in concreto*, mas também gera inconsistências de ordem teórica. Assim, tendo em vista a sua centralidade para o desenvolvimento da justiça restaurativa, deve-se atentar para o risco da essencialização da concepção de comunidade, sob pena de causar o desmoronamento de uma promissora alternativa ao sistema penal, em virtude da fragilidade de um de seus pilares (BORGES; OLCHANOWSKI, 2018, p. 204-208).

Diante disso, optou-se pelas obras de Roberto Esposito e Zygmunt Bauman – e de seus estudiosos – para fornecer uma breve contextualização do problema concernente à questão da comunidade nos dias atuais e da difícil concretização da "comunidade ideal", especialmente daquele modelo idealizado pelos teóricos da justiça restaurativa, o que acaba por obstar a devida participação comunitária nos procedimentos e, por consequência, frustra a efetivação dos objetivos almejados.

Roberto Esposito apresenta a noção de comunidade[6] de forma diversa do que frequentemente é proposto, inclusive pela teoria restaurativa: não como a

6. "Pensar la comunidad: nada parece más a la orden del día, nada más requerido, reclamado, anunciado por una coyuntura que, en una misma época, anuda el fracaso de todos los comunismos a la miseria de los nuevos individualismos". [...] Lo que en verdad une a todas estas concepciones es el presupuesto no meditado de que la comunidad es una 'propiedad' de los sujetos que une: un atributo, una determinación, un predicado que los califica como pertenecientes al mismo conjunto. O inclusive una sustancia producida por su unión. En todo caso se concibe a la comunidad como una cualidad que se agrega a su naturaleza de sujetos, haciéndolos también sujetos de comunidad. Más sujetos. Sujetos de una entidad mayor, superior o inclusive mejor, que la simple identidad individual, pero que tiene origen en esta y, en definitiva, le es especular". Tradução livre: "Pensar a comunidade: nada parece mais à ordem do dia, nada mais requerido, reivindicado, anunciado por uma conjuntura que, ao mesmo tempo, vincula o fracasso de todos os comunismos à miséria dos novos individualismos. [...] O que realmente une todas essas concepções é o pressuposto irrefletido de que a comunidade é uma 'propriedade' dos sujeitos que une: um atributo, uma determinação, um predicado que os qualifica

USO EXCLUSIVO DO PROGRAM

idealização de um grupo integrado, formado por indivíduos que compartilham interesses e imagens de mundo, como uma qualidade ou substância que se acrescenta aos indivíduos e lhes qualifica como pertencentes a um grupo, como "um 'pleno', um 'todo' ou um valor que se pode perder ou encontrar e que nos pertenceu em outros tempos, como uma origem remota e um destino a prefigurar" (BORGES; OLCHANOWSKI, 2018, p. 192); pelo contrário, o que uniria as pessoas em comunidade é o próprio vazio por ela causado, não diz respeito à ideia de pertencimento, mas de impropriedade (ESPOSITO, 2003, p. 30-31; NALLI, 2013, p. 84).

Ainda, segundo o filósofo italiano, as sociedades modernas estão marcadas pelo sistema imunitário, no qual a ideia de imunidade, em sua raiz etimológica, se opõe, simetricamente, à de comunidade[7] (BORGES; OLCHANOWSKI, 2018,

como pertencentes ao mesmo conjunto. Ou até mesmo uma substância produzida por sua união. De todo modo, a comunidade é concebida como uma qualidade que se acrescenta à sua natureza como sujeitos, tornando-os também sujeitos da comunidade. Mais sujeitos. Sujeitos de uma entidade maior, superior ou até melhor que a simples identidade individual, mas que tem sua origem nesta e, em definitivo, a espelha". (ESPOSITO, 2003, p. 21-23).

7. "Esposito mostra de forma clara que a imunização é necessária, cumprindo-lhe a imprescindível tarefa de nos colocar a salvo dos riscos de estar em comum, contudo o faz justamente por meio da negação radical da comunidade, pela afirmação de seu oposto (ESPOSITO, 2009, p. 111). [...] Além disso, segundo o autor, a antinomia communitas/immunitas pode servir como chave interpretativa da linguagem da modernidade e de sua biopolítica, que se caracteriza justamente como política de proteção e preservação da vida, mas cuja práticas não só negam e abreviam a vida, como também estão fundadas nessa aporia. Trata-se do 'enigma da biopolítica', que Esposito debate revisitando as ideias de Michel Foucault e reflete sobre como esta política da vida carrega em si o germe da morte que, ao estender a vida de alguns, nega a vida a outros. [...] Então, a proposta do filósofo italiano é a (re)leitura da biopolítica tendo como filtro o paradigma da imunização, isto é, por meio da explicitação do jogo entre comunidade/imunidade, afirmação/negação, vida/morte. [...] Neste momento, estabelece-se consequentemente uma implicação direta entre vida e política, ainda que não imediata, pois para que a vida se realize efetivamente e seja efetivamente preservada são necessárias várias mediações construídas pelas categorias políticas (ESPOSITO, 2008, p. 55). Portanto, pode-se dizer que as categorias políticas modernas exercem um papel de mediação da vida, um papel de imunizar a vida dos riscos e do vazio da comunidade. Tal qual a vacina mal administrada, contudo, a segurança que essas categorias proporcionam insere, de pronto, novos e importantes riscos. [...] Ressalta-se que a vantagem da leitura de Esposito sobre as teses contratualistas está em sua capacidade de evidenciar as aporias intrínsecas às mediações modernas e acaba por responder ao 'enigma da biopolítica'. Ao avaliar essas categorias (especialmente soberania, propriedade e liberdade), demonstra que

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

p. 194-198). A categoria da imunização (*immunitas*) é definida por Esposito como o poder positivo/negativo de conservação da vida (dos indivíduos e da comunidade); e, enquanto a *communitas* é a relação de doação recíproca (*munus*) que vincula os membros de uma comunidade, colocando em risco sua identidade individual, a *immunitas* é a sua dimensão negativa, que dispensa os indivíduos de tal obrigação e protege dos efeitos expropriativos da *communitas*, que protege o próprio do comum (2010, p. 80): "imune é o 'não ser' ou o 'não ter' nada em comum" (2010, p. 81).

A comunidade é imunizada, é conservada pela negação, que funciona internamente como sua engrenagem, pois "para sobreviver, a comunidade, qualquer comunidade, vê-se obrigada a interiorizar a modalidade negativa do seu oposto; mesmo se tal oposto permanece um modo de ser, justamente privador e contrariante, da própria comunidade" (ESPOSITO, 2010, p. 82).

Assim, o que constitui a comunidade é essa relação de obrigatoriedade (de prestar algo a alguém) entre os indivíduos, ligando-os não através da propriedade, mas da impropriedade; não lhes pertencem, nem os indivíduos possuem atributos que lhes garanta uma identidade ou reconhecimento mútuo (BORGES; OLCHANOWSKI, 2018, p. 193). É o vazio, a distância, a necessidade de comunidade que constitui o seu elemento fundante (ESPOSITO, 2009, p. 25-27). O que há de comum entre eles, portanto, "é essa obrigatoriedade, esse dever de dar, que coloca a todos numa cumplicidade pela ausência" (NALLI, 2013, p. 84), pelo espaço indeterminado entre o "eu" e o "outro", que os aparta, diferencia e dessubjetiva.

Neste contexto, atuam os dispositivos imunitários visando à desobrigação da doação recíproca imposta pela comunidade, eximindo os indivíduos das relações e dos vínculos sociais, da insegura e exaustiva existência em comum, a fim de impedir ou neutralizar a ameaça do vazio que obsta a existência individual de cada um de seus membros. Contudo, ao mesmo tempo, o sistema imunitário, em sua dimensão positiva de proteção da vida e da subjetividade – inserida na biopolítica –, visa à autoconservação da comunidade, protegendo-a de seus riscos internos e externos (NALLI, 2013, p. 86-87).

---

não apenas a comunidade está sempre em risco de se autodestruir (já que, no fundo, a imunização é a proteção pela negação), como os mecanismos criados pela modernidade mostram-se contraditórios ao próprio objetivo a que se propõem, qual seja, a preservação e a prolongação da vida. Nas palavras do autor, 'se à filosofia política moderna é dada a tarefa de proteção da vida, a qual é sempre determinada negativamente, então as categorias políticas organizadas para expressá-la acabarão por ricochetear contra seus próprios devidos sentidos, retorcendo-se sobre si' (ESPOSITO, 2008, p. 56)". (BORGES; OLCHANOWSKI, 2018, p. 194-198).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O risco de se pensar a comunidade se revela a partir da assimilação de que os mecanismos imunitários, presentes desde a modernidade, que objetivam a proteção da individualidade de cada membro de uma comunidade, podem se reverter, justamente pelo objetivo de proteção da vida e da comunidade, estigmatizando aqueles que representam perigo à efetivação de tal objetivo. Isto é, não só pela exclusão,

> "mas também por uma força de inclusão e assimilação que tanto visa apagar as fronteiras internas que diferenciam os indivíduos (por exemplo, pela submissão legal a determinados padrões de vida em comunidade) quanto estabelece meios sutis – e não por isso menos insidiosos – de estigmatização e hieraquização governamental dos tipos culturais inseridos, porém não necessariamente integráveis, à totalidade da comunidade." (NALLI, 2013, p. 101)

Portanto, não se deve conceber a comunidade sob a lógica imunitária, ou seja, "como conjunto de valores normativos padronizados que deve ser protegido a todo custo, inclusive da vida de seus próprios membros e coparticipes" (NALLI, 2013, p. 102), pois os mecanismos de imunização não só apagam as fronteiras entre o externo e o interno, "como universaliza[m] essa indiferenciação, na forma de uma projeção identitária, pela qual o diverso não é visto como uma alteração, como outro, mas como um 'outro-eu', subsumido à identidade desse eu" (NALLI, 2013, p. 102).

De outro lado, propõe-se que a comunidade deve ser repensada, não a partir da identidade do "eu" com o "outro", mas em sua equivalência, "pela coincidência entre a alteridade e a comunidade" (NALLI, 2013, p. 103). Assim, é somente com a dissolução da estrutura identitária do "eu" que se torna possível preencher o vazio, a ausência, com o encontro com o outro[8].

Sob outra ótica, mas baseado em premissas similares, Zygmunt Bauman aponta para a existência de um sentimento de comoção em relação à necessidade da comunidade, principalmente em virtude da ausência de clareza acerca daquilo que o termo representa e da obscuridade quanto à possibilidade da materialização dessa representação ser realmente encontrada (2000, p. 169). Ainda, atribui a forte defesa da comunidade e do seu retorno à forma pré-liberal ao desgaste dos vínculos sociais, da vinculação dos membros de uma coletividade a uma história, um idioma e a costumes próprios (BAUMAN, 2000, p. 192).

8. "E, como Esposito mesmo diz, tal noção de comunidade é impossível, mas é, ao mesmo tempo, necessária" (NALLI, 2013, p. 103).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

À vista disso, as comunidades precisam ser defendidas pelos seus membros para a sua própria sobrevivência, dependendo, assim, das escolhas individuais de seus membros; a autoconservação da comunidade é, então, de responsabilidade de cada indivíduo. Logo, "todas as comunidades são postuladas; projetos e não realidade, algo que vem depois e não antes da escolha individual" (BAUMAN, 2000, p. 169). Isso significa que a comunidade não se trata de um estado pré-existente, pois a sua própria existência está condicionada às escolhas dos indivíduos, os quais, deliberadamente, optam em "realizar a comunidade", sendo, esta, o produto da escolha dos indivíduos.

Na modernidade líquida, segundo Bauman, a comunidade é uma dissimulação na busca do indivíduo por sua própria identidade e por segurança, diante das incertezas, riscos e instabilidades vivenciadas[9]. Contudo, apesar de aparentar um caráter agregador, a comunidade não produz inclusão, mas exclusão, segregação e afastamento dos seus membros em relação aos "outros", dos que estão "dentro", daqueles que estão "fora" (BAUMAN, 2003, p. 132-133). Ainda, o modelo de comunidade impõe uma homogeneidade entre os indivíduos que dela participam, o que, certamente, não é possível em tempos de tanta fluidez e ênfase na individualidade. E, nesse caso, a busca pela semelhança tem por efeito o seu inverso: a segregação e a imposição de um padrão majoritário, que visa a refletir a sua própria identidade no outro (BAUMAN, 2003, p. 21-22), evitando o confronto com o diferente, com o estranho, garantindo, assim, a sua segurança e a proteção do corpo comunitário das ameaças e diferenças "externas"[10] (BAUMAN, 2000, p. 200).

9. "Essa comunidade dos sonhos é uma extrapolação das lutas pela identidade que povoam suas vidas. É uma 'comunidade' de semelhantes na mente e no comportamento; uma comunidade do *mesmo* — que, quando projetada na tela da conduta amplamente replicada/copiada, parece dotar a identidade individualmente escolhida de fundamentos sólidos que as pessoas que escolhem de outra maneira não acreditariam que possuíssem. Quando monotonamente reiteradas pelas pessoas em volta, as escolhas perdem muito de suas idiossincrasias e deixam de parecer aleatórias, duvidosas ou arriscadas: a tranquilizadora solidez de que sentiriam falta se fossem os únicos a escolher é fornecida pelo peso impositivo da massa". (BAUMAN, 2003, p. 61).

10. "The body's new primacy is reflected in the tendency to shape the image of community (the community of certainty-cum-security dreams, the community as the greenhouse of safety) after the pattern of the ideally protected body: to visualize it as an entity homogeneous and harmonious on the inside, thoroughly cleansed of all foreign, ingestion-resistant substances, all points of entry closely watched, controlled and guarded, but heavily armed on the outside and encased in impenetrable armour. The boundaries of the postulated community, like the outer limits of the body, are to divide the realm

USO EXCLUSIVO DO PDF

Bauman denomina as comunidades contemporâneas de *cloakroom communities*, dotadas de uma natureza explosiva[11], pois, voláteis e transitórias, gozam de uma duração precária entre o seu surgimento e a sua extinção. O termo pode ser traduzido livremente como "comunidades de chapelaria", devido à sua característica de agregação de indivíduos em razão de um evento específico, de um espetáculo, para o qual todos se vestem segundo um mesmo *dress code* – adequado à ocasião especial – e despem-se de seu interesses diferentes e conflitantes,

of trust and loving care from the wilderness of risk, suspicion and perpetual vigilance. The body and the postulated community alike are velvety on the inside and prickly and thorny on the outside". Tradução livre: "A nova primazia do corpo reflete-se na tendência de moldar a imagem da comunidade (a comunidade dos sonhos de certeza e segurança, a comunidade como uma estufa de segurança) segundo o padrão do corpo idealmente protegido: para visualizá-lo como uma entidade homogênea e harmoniosa no interior, completamente limpa de e resistente à ingestão de todas as substâncias estranhas, todos os pontos de entrada vigiados de perto, controlados e guardados, mas fortemente armados no exterior e envoltos em armaduras impenetráveis. As fronteiras da comunidade postulada, assim como os limites externos do corpo, dividem o reino da confiança e do cuidado amoroso, do deserto do risco, da suspeita e da vigilância perpétua. O corpo e a comunidade postulada são igualmente aveludados por dentro e espinhosos por fora". (BAUMAN, 2000, p. 184).

11. "Most contemporary explosive communities are made to the measure of liquid modern times even if their spread can be territorially plotted; they are, if anything, exterritorial (and tend to be all the more spectacularly successful the freer they are from territorial constraints) – just like the identities they conjure up and keep precariously alive in the brief interval between explosion and extinction. Their 'explosive' nature chimes well with the identities of the liquid modern era: similarly to such identities, the communities in question tend to be volatile, transient and 'single-aspect' or 'single-purpose'. Their life-span is short while full of sound and fury. They derive power not from their expected duration, but, paradoxically, from their precariousness and uncertain future, from the vigilance and emotional investment which their brittle existence vociferously demands". Tradução livre: "A maioria das comunidades explosivas contemporâneas é feita à medida dos tempos modernos e líquidos, mesmo que sua disseminação possa ser traçada territorialmente; elas são, no mínimo, extraterritoriais (e tendem a ser ainda mais espetacularmente bem sucedidas quanto mais livres são de restrições territoriais) – assim como as identidades, evocam e mantêm-se precariamente vivas no breve intervalo entre a explosão e a extinção. Sua natureza 'explosiva' combina bem com as identidades da era moderna líquida: similarmente a essas identidades, as comunidades em questão tendem a ser voláteis, transitórias e 'de aspecto único' ou 'de propósito único'. Seu tempo de vida é curto enquanto cheio de som e fúria. Elas obtêm poder, não de sua duração esperada, mas, paradoxalmente, a partir de sua precariedade e de seu futuro incerto, da vigilância e do investimento emocional que sua frágil existência demanda vociferantemente".

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

guardando-os, como casacos em uma chapelaria, durante tal evento, fazendo emergir uma espécie de unidade, de uma união em torno de um propósito comum (BAUMAN, 2000, p. 200). O que, contudo, tem uma duração definida: assim que o espetáculo acaba, todos recuperam as suas diferenças – os seus pertences guardados na chapelaria – e "retornam para os seus mundanos, ordinários e diferentes papéis e, em poucos momentos, se dissolvem na variada multidão que enche as ruas da cidade, de onde haviam emergido algumas horas antes" (BAUMAN, 2000, p. 200)[12].

Assim, tal forma de comunidade precisa de um acontecimento que provoque a aparência de união de interesses entre os indivíduos, os quais deixam os seus "outros interesses" de lado, adormecidos, mas somente enquanto durar o evento. Esta mecânica evidencia a brevidade das comunidades de chapelaria, que

> "fundem e mesclam os interesses individuais, criando um interesse comum ao grupo, contudo, ao serem apenas somados, os interesses não adquirem uma nova qualidade e a ilusão do compartilhamento, criada pelo espetáculo, não dura mais do que a excitação do evento." (BAUMAN, 2000, p. 200)[13]

As comunidades, como experimentadas na pós-modernidade, as quais Bauman dá, também, o atributo de "estéticas", devem possuir os mesmos traços da identidade[14], sua flexibilidade, maleabilidade e facilidade de construir e desconstruir, mediante escolhas e decisões individuais que não implicam em definitividade (2003, p. 61-62). Todavia, justamente por sua natureza, explosiva e estética, os laços e vínculos, por ela formados, entre os indivíduos, certamente,

12. Tradução livre. No original: "After the last fall of the curtain, however, the spectators collect their belongings from the cloakroom and when putting their street clothes on once more return to their ordinary mundane and different roles, a few moments later again dissolving in the variegated crowd filling the city streets from which they emerged a few hours earlier".

13. Tradução livre. No original: "Spectacles as the occasion for the brief existence of a cloakroom community do riot fuse and blend individual concerns into 'group interest'; by being added up, the concerns in question do not acquire a new quality, and the illusion of sharing which the spectacle may generate would not last much longer than the excitement of the performance".

14. "[...] a identidade deve continuar flexível e sempre passível de experimentação e mudança; deve ser o tipo de identidade "até nova ordem". A facilidade de desfazer-se de uma identidade no momento que ela deixa de ser satisfatória, ou deixa de ser atraente pela competição com outras identidades mais sedutoras, é muito mais importante do que o 'realismo' da identidade buscada ou momentaneamente apropriada". (BAUMAN, 2003, p. 61-62).

USO EXCLUSIVO DO PROGRIM

terão as mesmas características: serão superficiais, transitórios e descartáveis. Portanto, a comunidade estética não produz uma "rede de responsabilidades éticas", nem "compromissos a longo prazo"; são "vínculos sem consequências", que tendem a se evaporar (BAUMAN, 2003, p. 67).

Assim, a aparente união formada com os atributos líquidos da (pós)modernidade são apenas uma imitação das comunidades "genuínas", prometem replicá-las e produzi-las, em um instante, obstando seu real surgimento, enquanto união abrangente e duradoura:

> "elas espalham, em vez de condensar, a inexplorada energia dos impulsos da sociabilidade e contribuem para a perpetuação da solidão, a qual se busca desesperadamente, mas em vão, compensar nas raras e limitadas realizações coletivas planejadas e harmoniosas." (BAUMAN, 2000, p. 201)[15]

Diante desta breve contextualização da questão da comunidade, nota-se a distância que aparta o ideal comunitário, utilizado como suporte e, também, atrativo para a justiça restaurativa, das agregações coletivas atualmente experimentadas. O que resta, então, aos restaurativistas? Ora, ao se considerar os propósitos e pressupostos essenciais da teoria restaurativa, é incabível a adoção e defesa de uma concepção romantizada e idealizada de comunidade, cuja autenticidade empírica não poderá ser verificada. Caso contrário, o preconizado envolvimento da comunidade "ideal" resultará não em um instrumento empoderador e fortalecedor dos vínculos entre os indivíduos, mas como um entrave à devida concretização das práticas restaurativas.

Destarte, devem ser observadas as relações e elos verdadeiramente existentes e, a partir de tal base, identificar os atores comunitários e sociais, cuja participação nos procedimentos restaurativos possua pertinência e relevância para o desfecho do conflito, devido a sua proximidade com as partes e demais indivíduos afetados, sua influência ou capacidade de facilitar a resolução do caso, de fornecer meios para a reinserção social do infrator, para oferecer uma rede de apoio à vítima, dentre outros atributos e elementos verificados no caso concreto que justifiquem o seu envolvimento.

Outrossim, a comunidade, verificada em sua concretude, revela a existência de não só um tipo de comunidade, com substância, características e contornos

15. Tradução livre. No original: "They scatter instead of condense the untapped energy of sociality impulses and so contribute to the perpetuation of the solitude desperately yet vainly seeking redress in the rare and far-between concerted and harmonious collective undertakings".

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

uniformes, mas uma multiplicidade, com variáveis regionais, geográficas, étnicas, raciais, econômicas, políticas, etc. Inclusive, um dos potenciais problemas do deslocamento de poder discricionário para a comunidade administrar os seus conflitos reside na possibilidade de se reforçar, através das intervenções restaurativas, os desequilíbrios de poder já existentes no seio social (ROSENBLATT, 2014a, p. 455).

A defesa da importância da participação comunitária nos encontros restaurativos é frequentemente atrelada à valorização da presença de pessoas leigas na "resolução" dos conflitos penais, as quais seriam selecionadas, não em virtude de sua formação ou experiência profissional, mas por sua ligação com a comunidade abalada pelo evento criminoso, de modo a reduzir a dependência de profissionais especializados no sistema de justiça criminal, em consonância com o pensamento de Nils Christie (ROSENBLATT, 2014c, p. 48).

Os participantes leigos são considerados mais capacitados quando se trata do desempenho de funções como a reprovação e reintegração dos ofensores, vigilância e acolhimento das vítimas, partindo de "conjecturas sobre os maiores benefícios do controle social informal em relação ao controle social formal" (ROSENBLATT, 2014c, p. 48), executado pelo aparato estatal. Este forte apelo à comunidade e à participação de leigos nos processos restaurativos é causado e também é causa do crescente ceticismo quanto ao papel dos profissionais na justiça restaurativa (ROSENBLATT, 2014c, p. 49). Assim, a inserção da comunidade nas práticas restaurativas, se daria, em geral, mediante a participação de voluntários treinados, que atuariam como mediadores ou facilitadores para a obtenção e posterior monitoração dos acordos, e vizinhos, familiares e demais membros das comunidades de apoio das vítimas e ofensores, que auxiliariam a firmar e fiscalizar os acordos restaurativos (ROSENBLATT, 2014c, p. 49-50).

Essa ideia, entretanto, ainda encontra barreiras de difícil transposição prática, ao se considerar que as pessoas vivem em grandes centros urbanos e industrializados, tendo pouco conhecimento acerca de sua "comunidade local". Assim, os profissionais, ao contrário do que é defendido, tendem a ter maior inteligência local para lidar com os problemas da comunidade, em virtude dos cargos ocupados, pois na medida em que

> "são treinados, pagos e têm, dentre as exigências do cargo, a responsabilidade de se manterem atualizados sobre questões locais [...], provavelmente sabem mais sobre o que está ocorrendo numa dada comunidade do que os membros leigos daquela mesma comunidade." (ROSENBLATT, 2014c, p. 54)

Ademais, resta o problema de como garantir uma efetiva representatividade da comunidade em que o crime ocorreu através da participação de membros

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

leigos, visto que, especialmente em relação aos voluntários, a tendência é de que o grupo voluntário seja formado majoritariamente por pessoas brancas e oriundas de classe média ou alta, pois se trata da camada social com maior disponibilidade de tempo, sem prejuízos financeiros, para a realização dos serviços gratuitamente. Isto, por certo, contrasta com os clientela frequente do seletivo sistema de justiça criminal (ROSENBLATT, 2014c, p. 54).

Além disso, a facilitação de uma conferência restaurativa demanda habilidades metodológicas específicas para o correto desenvolvimento do procedimento, as quais implicam a realização de um treinamento capacitatório que torne os facilitadores aptos a promover o diálogo e buscar a resolução dos conflitos apresentados. Entretanto, o treinamento de facilitadores acaba por causar um retorno à profissionalização, não remunerada, dos voluntários. Isto é, a supervalorizada participação de voluntários leigos seria transformada em uma nova categoria de profissionais (ou quase profissionais) atuando na resolução de conflitos alheios (ROSENBLATT, 2014c, p. 55).

Aliás, tendo em vista que a maior parte das práticas restaurativas se materializa em apenas um encontro "entre um número pequeno de pessoas que não se conhecem e que não vão querer manter contato depois de terminado o processo" (ROSENBLATT, 2014c, p. 56), não é possível vislumbrar de que forma e quais vínculos comunitários serão fortalecidos, a ponto de se produzir o tão desejado empoderamento da comunidade e dos indivíduos envolvidos.

Diante disso – não obstante o necessário enfrentamento de questões teóricas e práticas –, sugere Ronsenblatt que, ao invés do absoluto abandono da "comunidade", "uma teoria restaurativa coerente pode ser desenvolvida sem uma definição concreta e precisa de comunidade", a partir dos questionamentos certos – "por que (isto é, para que fins) e como (quer dizer, dentro de que limites e em que condições)" – e da definição precisa acerca da expectativa em torno do envolvimento da comunidade nos processos restaurativos, levando em consideração as formas de efetivar a sua participação na prática, os riscos e aspectos negativos que podem surgir e os reais benefícios dela decorrentes (2014c, p. 58-59).

5. Considerações finais

Com o presente artigo, não se pretendeu exaurir a vasta temática da justiça restaurativa, ainda que no recorte de sua essencial delimitação conceitual e posterior análise de sua implementação institucional no Brasil mediante a edição de atos normativos pelo Conselho Nacional de Justiça e do texto proposto no Projeto de Lei 7.006/2006. O objetivo primordial deste escrito foi fornecer uma breve

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

descrição do atual contexto da inserção das práticas restaurativas no sistema de justiça criminal brasileiro, expondo, em contrapartida, algumas críticas e riscos envolvidos na sua institucionalização e positivação.

Consoante se infere do exposto ao longo do desenvolvimento, é preciso cautela quando da aplicação e, principalmente, regulamentação dos mecanismos restaurativos, atentando para a necessária fixação de parâmetros mínimos a serem seguidos pelos aplicadores das práticas restaurativas, a fim de assegurar a observância de direitos e garantias fundamentais – ampla defesa, contraditório, autonomia da vontade, liberdade de expressão, igualdade –, para que os procedimentos não restem eivados por violações a dispositivos constitucionais ou legais.

Ainda, conforme se observou das pesquisas empíricas realizadas em projetos-piloto coordenados pelo Poder Judiciário, há bastante disparidade nos programas desenvolvidos pelo País, em que pese possuam a mesma base teórica, o que indica a conveniência da edição de um texto legal que elenque os elementos que necessariamente devem estar presentes para que uma prática seja efetivamente considerada como restaurativa e que possa ser denominada e utilizada como tal.

Outrossim, a introdução legislativa da justiça restaurativa pode se revelar benéfica para garantir aos mecanismos alternativos um *status* de legitimidade perante o ordenamento jurídico e o sistema de justiça criminal, como um estímulo a sua utilização, prever consequências inexoráveis no âmbito do processo penal, de modo a impedir que os mecanismos restaurativos sejam aplicados em complementação ao processamento e punição de um caso pelo sistema de justiça tradicional. Inclusive, é de ressaltar a precaução para que a incorporação legal da justiça restaurativa não provoque o efeito inverso ao proposto, da já referida expansão do controle social e penal, o que pode ser causado caso os mecanismos restaurativos sejam reservados somente aos crimes de menor potencial ofensivo – definidos pelas penas cominadas –, da forma como ocorreu na experiência dos Juizados Especiais Criminais.

Além disso, é salutar a fixação, em lei, de critérios objetivos – não restritivos – para avaliar, na prática, quais casos devem ser submetidos à justiça restaurativa, de forma que, apesar de certa margem de flexibilidade, não seja facultado um grande espaço de discricionariedade aos operadores do sistema de justiça criminal, visando a evitar decisões arbitrárias e anti-isonômicas. Certamente, o ideal seria o afastamento da justiça restaurativa do sistema de justiça criminal, pois é inevitável que a sua operação pelo Poder Judiciário culminará na contaminação dos mecanismos pela sua lógica burocrática e formal. Todavia, embora não se possa pretender a separação total entre os sistemas de justiça, a lei deveria

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

desempenhar o papel de estabelecer limites à atuação do juiz, do Ministério Público e da autoridade policial, de modo a preservar um espaço de desenvolvimento autônomo da justiça restaurativa.

Em conclusão, tendo em vista as cinco perguntas sugeridas por Daniel Van Ness – expostas no tópico "3." – para se definir a necessidade, ou não, da criação de disposições legais para a implementação da justiça restaurativa em um país, tem-se que, no Brasil, a edição de uma legislação específica pode ser fundamental para a concretização das práticas restaurativas no sistema de justiça criminal, caso procedida de modo adequado, em atenção às experiências práticas e aos riscos envolvidos.

Assim, conforme proposto por Van Ness, a legislação deve buscar a eliminação ou a redução das barreiras institucionais ao seu desenvolvimento, a criação de um incentivo legal, a orientação e estruturação dos programas de justiça restaurativa, a proteção dos direitos dos participantes no processo e a definição de princípios e métodos a serem seguidos, para garantir a congruência dos programas com os valores-base da justiça restaurativa. Por fim, deve-se ressaltar que, no atual cenário político de incremento do rigorismo penal e de ampliação do controle estatal e da intervenção penal, a cautela deve ser redobrada quando da edição de uma lei acerca do tema, sob pena de que seus objetivos sejam subvertidos e deturpados, encerrando, prematuramente, as chances de uma efetivação bem-sucedida da justiça restaurativa no País.

6. Referências bibliográficas

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal:* contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella. Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista. *Sistema Penal & Violência*, v. 6, n. 1, p. 75-87, 2014.

ACHUTTI, Daniel; PALLAMOLLA, Raffaella. Justiça Restaurativa e a Cultura Jurídica Brasileira: análise crítica do Projeto de Lei 7.006/2006. In: *Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa* [recurso eletrônico] Org. SPENGLER, Fabiana Marion; COSTA, Marli Marlene Moraes. Curitiba: Multideia, 2013.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; PALLAMOLLA, Raffaella Porciuncula. Alternativas de resolução de conflitos e justiça restaurativa no Brasil. *Revista USP*, n. 101, p. 173-184, 2014.

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

BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Modernity.* Cambridge: Polity, 2000.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

BORGES, Clara Maria R.; OLCHANOWSKI, Nikolai. Abordagens do sistema penal a partir da obra de Roberto Esposito. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, v. 63, n. 3, p. 189-212, dez. 2018. Disponível em: [https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/60497/37390]. Acesso em: 22.08.2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125 de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2010. Disponível em: [www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156]. Acesso em: 22.08.2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 225 de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Brasília, 2016. Disponível em: [www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289]. Acesso em: 22.08.2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas Nacionais para 2016*. Brasília, 2015. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/11/f2ed11abc4b5ddea9f673dec7fe39335.pdf]. Acesso em: 22.08. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pilotando a Justiça Restaurativa*: o papel do Poder Judiciário. Coord. Vera Regina Pereira de Andrade, Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/722e01ef1ce422f00e726fbbee709398.pdf]. Acesso em: 22.08. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Metas Nacionais do Poder Judiciário 2016*. Brasília: CNJ, abr. 2017. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/64acb190bee63682ea4b7f7805f5acce.pdf]. Acesso em: 22.08.2020.

ESPOSITO, Roberto. *Bios:* Biopolítica e filosofia. Lisboa: Edições, 2010.

ESPOSITO, Roberto. *Communitas:* origen y destino de la comunidad. Buenos Aires: Amorrortu, 2003.

ESPOSITO, Roberto. *Communitas:* origen y destino de la comunidad. Buenos Aires: Amorrortu, 2012.

ESPOSITO, Roberto. *Comunidad, inmunidad y biopolítica*. S. L.: Herder Editorial, 2009.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade:* Curso no Collège de France (1975-1976). Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade I:* a vontade de saber. 13ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1999.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa:* a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: *Justiça Restaurativa*. Org. DE VITTO, Renato Campos. GOMES PINTO, Renato Sócrates. SLAKMON, Catherine. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

JESUS, Joanice Maria Guimarães de. A fundamentação legal da justiça restaurativa junto ao ordenamento jurídico brasileiro. In: *Justiça restaurativa:* horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Coord. Fabrício Bittencourt da Cruz, Brasília: CNJ, 2016.

MARSHALL, Tony F. The evolution of restorative justice in Britain. *European Journal on Criminal Policy and Research*, v. 4, n. 4, p. 21-43, 1996.

MCEVOY, Kieran; MIKA, Harry. Restorative justice and the critique of informalism in Northern Ireland. *British Journal of Criminology*, v. 42, n. 3, p. 534-562, 2002.

NALLI, Marcos. Communitas/Immunitas: a releitura de Roberto Esposito da biopolítica. *Revista de Filosofia Aurora*, v. 25, n. 37, p. 79-105, jul./dez. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. *Resolução 2002/12*. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: [www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf]. Acesso em: 22.08.2020.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa:* da teoria à prática. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo: 2009.

PIJOAN, Elena Larrauri. Tendências atuais da justiça restaurativa. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo, v. 9, n. 54, p. 166-196, fev./mar. 2009.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a Justiça Restaurativa. In: *Criminologias e Política Criminal II*. Gisele Mendes de Carvalho; Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato; Felix Araujo Neto. (Org.). 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI, p. 443-467, 2014a.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre, ABraSD, v. 1, n. 2, p. 72-82, jul./dez., 2014b.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p. 43-61, jan.-jun. 2014c.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. *De Jure:* Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 12, p. 170, jan./jun., 2007.

STRANG, Heather; SHERMAN, Lawrence W. Restorative justice to reduce victimization. In: *Preventing Crime*. Springer, Dordrecht, p. 147-160, 2006.

VAN NESS, Daniel W. An overview of restorative justice around the world. *Criminal Justice,* v. 18, p. 25, 2005.

VITTO, Renato Campos Pinto de. Reflexões sobre a compatibilidade do modelo restaurativo com o sistema de justiça Brasileiro. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. São Paulo, v. 9, n. 49, p. 199-209, abr. 2008.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

ZEHR, Howard. GOHAR, Ali. *The Little Book of Restorative Justice*. Pennsylvania: Good Books, 2003.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Caminhos para mudanças: diálogos entre criminologia, abolicionismos penais e justiça restaurativa, de Ilton Garcia da Costa, Eluane de Lima Corrales e Gabriele Delsasso Lavorato Manfré – *RBCCrim* 170/143-162 (DTR\2020\8328);
- 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);
- Justiça restaurativa e garantismo penal: aspectos de divergência e convergência, de Selma Pereira de Santana e Tássia Louise de Moraes Oliveira – *RBCCrim* 136/235-263 (DTR\2017\6311); e
- Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa, de Daniel Feitosa de Menezes e Mônica Carvalho Vasconcelos – *RBCCrim* 161/163-186 (DTR\2019\40800).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

"Maconha em pito faz negro sem vergonha": o discurso médico profissional e a criminalização da maconha no Brasil no início do século XX

Professional medical discourse over marijuana criminalization in early 20th century Brazil

Felipe Araújo Castro
Doutor em Direito pela UFMG (2018). Professor Adjunto na Ufersa.
felipeacastro@ufersa.edu.br
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/2682547085467288].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-5503-1440].

Ana Maria Félix da Silva
Graduada em Direito pela Ufersa (2020). Licenciada em História pela UECE/FAFIDAM (2013).
anamariah_felix@hotmail.com
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1093938192609527].
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3524-6727].

Recebido em: 30.03.2020
Aprovado em: 11.08.2020
Última versão dos autores: 22.08.2020

Área do direito: Penal

Resumo: O presente trabalho analisa o discurso médico sobre a maconha produzido nas primeiras décadas do século XX, com o objetivo principal de identificar as influências exercidas por esse discurso na criminalização da droga no Brasil. A pesquisa foi desenvolvida a partir da análise do discurso de dois textos paradigmáticos: *Os fumadores de maconha,* de Rodrigues Dória (1915), e *Sobre o vício da diamba,* de Francisco de Assis Iglesias (1918). A análise dos artigos realizada em constante diálogo com pesquisas historiográficas, jurídicas, sociológicas e antropológicas nos permitiu revelar que os profissionais

Abstract: This article analyzes medical discourses over the uses of marijuana produced in the first decades of the twentieth century Brazil. Our main purpose is identifying the influences exerted by these discourses on the criminalization of cannabis. The research was developed by conducting a discourse analysis methodology on two core texts on the subject: *Marijuana's smokers* by Rodrigues Dória (1915) and *About the diamba addiction* by Francisco de Assis Iglesias (1918). Furthermore the process of analyzing both essays was performed in constant dialogue with historiographic, legal, sociological and

Castro, Felipe Araújo; Silva, Ana Maria Félix da. "Maconha em pito faz negro sem vergonha": o discurso médico profissional e a criminalização da maconha no Brasil no início do século XX. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 173. ano 28. p. 317-350. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

médicos atuavam como empreendedores morais para atingir pelo menos dois objetivos: (i) a associação do uso especialmente aos negros, buscando uma forma de repressão e controle dessa parcela da população e (ii) a busca pelo controle de certos usos da maconha por esses profissionais. Chegamos à conclusão de que a criminalização da maconha no Brasil foi uma decisão política alicerçada em argumentos moralistas, racistas e segregacionistas. Por sua vez, a permanência da proibição do uso da droga após a caducidade das teses científicas que lhe sustentaram, embora seja formalmente legítima, é moralmente insustentável e politicamente irracional à medida que carrega permanências de ideais racistas e discriminatórios.

Palavras-chave: Criminalização da maconha – Discurso médico – Empreendedores morais.

anthropological researches. As an outcome, our own research allowed us to unveil at least two central objectives persuade with marijuana criminalization: (i) the association of its "immoral" uses especially with black people, in response to a necessity in building new forms of exercise repression and control over this population fraction and (ii) the pursuit for establishing a control over cannabis's legal uses, to be exercise exclusively by agents within the medical field. Therefore, our main conclusion is that the criminalization of marijuana in Brazil was, above all, a political decision based on moralistic, racist and segregationist arguments. Thus, the continued prohibition of cannabis's uses trough time, although legally possible, is both morally and politically untenable; because based on the permanencies of racist, irrational and discriminatory ideas.

Keywords: Marijuana's criminalization – Medical discourse – Moral entrepreneurs.

Sumário: 1. Introdução. 2. Retrato social e político do Brasil entre o final do século XIX e o início do século XX: o contexto pós-abolição formal da escravidão. 2.1. Pobreza, desigualdade social e segregação da população recém-liberta. 2.2. As políticas higienistas, as teorias raciais e a receptividade do positivismo científico no Brasil. 3. Empreendedores morais: o discurso médico e a criminalização da maconha no Brasil no início do século XX. 3.1. Entre "vício pernicioso" e "planta da felicidade". 3.2. Os médicos como "empreendedores morais" e a criminalização da maconha como forma de controle social e perpetuação do racismo. 4. A maconha na política proibicionista de drogas no Brasil. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

O parágrafo único do artigo 1º da Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) estabelece que "consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União". O art. 66 da mesma Lei, por sua vez, dispõe que "até que seja atualizada a terminologia, [...] denominam-se drogas substâncias entorpecentes, psicotrópicas, precursoras e outras sob controle especial, da Portaria SVS/MS 344, de 12 de maio de 1998".

É, portanto, a inclusão ou exclusão nessa lista que faz com que determinada substância seja considerada juridicamente droga ou não, incidindo sobre seus

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

usos as consequências daí decorrentes. Assim, resta evidente a premissa que subjaz toda nossa investigação, a saber, que a categorização de uma substância como "droga" é, antes de tudo, uma questão de decisão política, inserida em um dado contexto social e histórico. Nosso objetivo é justamente investigar quais fatores políticos, econômicos e culturais condicionaram a proibição da maconha no Brasil e quais as heranças desses processos na perpetuação da criminalização da *Cannabis*.

Nesse sentido, promoveremos uma genealogia histórica (FOUCAULT, 1979; BOURDIEU, 2014; CASTRO, 2018) sobre a criminalização da "droga", com a finalidade de compreender, sobretudo a partir das perspectivas histórica e sociológica, como ocorreu e sobre quais fundamentos essa substância e seus derivados entraram para o rol de substâncias proibidas no Brasil. Essa metodologia permite desnaturalizar as perspectivas essencialistas hegemônicas sobre a comercialização e os usos da maconha, demonstrando os aspectos políticos e morais que influenciaram a criminalização, ao mesmo tempo que abre possibilidades para novas abordagens acerca da regulação da *Cannabis*.

Assim, para refletirmos sobre a criminalização da maconha, é imprescindível que nos reportemos ao contexto histórico no qual ela ocorreu. Ao realizar esse mergulho na história, percebe-se que a proibição do uso da maconha fora sustentado, principalmente, em discursos pseudocientíficos de caráter moral, voltados a exercer repressão social e cultural sobre parcelas da população, especialmente os negros e as negras recém-libertos. Ignorar os elementos históricos da criminalização da maconha no Brasil possibilita não somente a reprodução dos sensos comuns sobre a droga, como a naturalização e a essencialização do problema, reforçados historicamente pelas nossas legislações.

Inicialmente, apresentaremos um retrato social e político do Brasil entre o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX, destacando o contexto pós-abolição formal da escravidão, marcado por uma transição conservadora entre Império e República, que mantinha inalteradas as questões da pobreza, da desigualdade e gestava novos dispositivos de segregação da população recém-liberta. Esse é o período de recepção do positivismo criminológico baseado nas teorias raciais, que influenciou a implementação das políticas higienistas que moldaram os espaços das cidades brasileiras.

Esse apanhado histórico nos possibilitará analisar de forma mais detalhada nosso objeto principal, o discurso médico sobre a maconha, produzido nos anos que antecederam a proibição. Realizaremos uma análise do discurso de dois textos seminais do período, escolhidos pela influência que exerceram sobre a discussão. O primeiro discurso analisado é o artigo de Rodrigues Dória intitulado

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício (1915). O texto é considerado a primeira análise brasileira sobre a maconha e referência constante nos estudos que lhe seguiram. Em seguida, analisamos o artigo de Francisco de Assis Iglésias (1918), intitulado *Sobre o vício da diamba,* que aprofundou o debate iniciado por Dória e inseriu a pesquisa empírica no seu estudo sobre a maconha. A análise dos textos nos possibilitou descrever seus autores como "empreendedores morais" e a criminalização da maconha como forma de controle social e manutenção do racismo.

Resta claro, portanto, a necessidade de pôr sobre questionamento a permanência da criminalização da maconha no Brasil, uma vez que os fundamentos científicos que possibilitaram a sua entrada para o rol de substâncias proibidas, baseados no positivismo científico então hegemônico na primeira metade do século XX, hoje, não se sustentam mais, pelo menos não cientificamente. Não obstante esse fato, a superação das simplificações positivistas que sustentavam a proibição do consumo, os usos da maconha permanecem sendo considerados ilícitos no Brasil, nesse sentido, a reflexão proposta na presente pesquisa é: no que se fundamenta hoje a criminalização da maconha? A quem serve essa criminalização?

2. Retrato social e político do Brasil entre o final do século XIX e o início do século XX: o contexto pós-abolição formal da escravidão

A criminalização da maconha no Brasil é um processo que emerge, para não mais desaparecer do cenário público, em meio à nascente experiência republicana brasileira. O controle da substância está entre as estratégias estatais para o controle do enorme contingente de negros e negras recém-libertos da escravidão e diretamente associado ao debate científico racial do século XIX, que naquele momento punha o negro na base de uma pirâmide evolutiva, na qual, no topo, estaria o homem branco europeu.

As novas estratégias de imposição de uma velha hierarquia social e as permanências de formas degradantes de trabalho no País, aliás, permite-nos falar apenas em abolição formal da escravatura e concordar com a afirmação de que o pós-abolição é um período que vivemos até hoje, caracterizado pelo racismo estrutural (ALMEIDA, 2019) e enormes desigualdades sociais (FRAGA, 2018, p. 370; e BARBOSA, 2016, p. 21).

Antes da República, persistiu durante todo o Império um forte e amplo consenso em favor da escravidão, assentado em bases econômicas mais ou menos

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

claras[1]. Esse panorama se alteraria progressivamente com as pressões pela implementação de uma ordem social competitiva (liberalismo econômico e mercado interno) após a ascensão da Inglaterra como grande potência mundial. Assim, apenas às vésperas da República as pressões pelo fim da escravidão ficaram intensas o suficiente para impor-lhe um fim.[2]

Nesse contexto, a abolição formal foi uma solução de compromisso, pois "os abolicionistas aprovaram sua demanda central, abolição sem indenização, mas os escravistas garantiram que a lei viesse sem direitos para os libertos e sem a pequena propriedade – os outros pés da democracia rural" (ALONSO, 2018, p. 385-386).[3] Desse modo, o fim da escravidão no Brasil foi conduzido de forma a conservar as hierarquias sociais com base em critérios econômicos e raciais existentes no Império. A República nascia deixando claro o lugar que o negro ocuparia na nova ordem social. E esse lugar é fundamental para compreender os sentidos do discurso proibicionista.

2.1. Pobreza, desigualdade social e segregação da população recém-liberta

A abolição não é um evento estático situado em 13 de maio de 1888, uma vez que tanto já existiam negros livres e libertos antes da promulgação da Lei Áurea como após a abolição formal muitos permaneceriam em situação análoga à que viviam durante a escravidão. Desse modo, a questão do negro faria longa história republicana, associada ao racismo e à enorme desigualdade social.

Uma das ferramentas mais úteis para a reconstrução desse quadro social é a consulta à imprensa do período. Nós nos apoiaremos nesse recurso, sobretudo

1. Durante o Império, paradoxalmente, a posse de escravos era "democratizada", pois comum a todos os estratos sociais, e não privilégio exclusivo de grandes senhores rurais (VELLOZO, ALMEIDA, 2019).
2. Nas últimas décadas do século XIX, o movimento abolicionista envolveria em seu favor setores da elite social, do Judiciário, da Igreja, da imprensa, do Partido Liberal e até mesmo fazendeiros, que aderiam ao movimento diante de sua inevitabilidade e na tentativa de negociar a transição para conter revoltas e buscar reparações. Por fim, como "ator decisivo", o exército se negou a caçar fugidos, inviabilizando a repressão estatal (ALONSO, 2018, p. 384).
3. O episódio da queima dos arquivos da escravidão, que teria sido promovido por Ruy Barbosa com a justificativa de impedir as indenizações aos proprietários, na prática, inviabilizou também que os verdadeiros prejudicados fossem efetivamente recompensados, bem como o desaparecimento desses papéis, até hoje, obstaculiza as lutas pela memória e identidade dos movimentos de negros e negras (DUARTE, SCOTTI, NETTO, 2015, p. 31).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

por meio de outras pesquisas, como as de João Paulo Barbosa (2016).[4] O autor encontrou, nos periódicos do Rio de Janeiro, na transição entre os séculos XIX e XX, discursos que acabavam por formar estereótipos sobre os negros presentes em outros discursos hegemônicos, nos campos jurídico, econômico, médico, antropológico e social. Esses estereótipos relacionavam-se com fatos do dia a dia vividos em contextos de precariedade, em que o negro enfrentava péssimas condições de moradia, trabalho, saúde etc., em suma, com a pobreza social que a escravidão deixou como herança (BARBOSA, 2016, p. 193).

De acordo com Henrique Espada Lima (2005, p. 307-308), as opções do ex-escravo lançado no mercado de trabalho urbano eram muito restritas. Nos locais onde não existia trabalho nas indústrias e onde a produção agrícola demandava pouca mão de obra, os que não exerciam trabalhos domésticos se submetiam a ocupações não especializadas, como os serviços braçais, ocupações intermitentes, incertas, descontínuas e mal pagas. Revelava-se assim, o lugar de subalternidade e precariedade que os recém-libertos ocupavam.

Cumpre destacar, também, que, embora os primeiros anos da República tenham assistido ao surgimento gradativo das fábricas, mesmo que ainda em seus primeiros passos, os negros tiveram dificuldades em conseguir emprego nesse ramo, em boa parte, como decorrência da significativa inserção de imigrantes europeus. Nesse sentido, Célia Maria Marinho de Azevedo (1987, p. 21) nos diz que, no contexto do desenvolvimento industrial e inserção da mão de obra imigrante no País, enquadrando-os nas relações de produção capitalista, tanto os ex-escravos como os seus descendentes acabaram ficando à margem nas disputas por trabalho por terem saído da escravidão despreparados para o trabalho livre.

Em relação à vida no campo, Ana Maria Rios e Hebe Maria Mattos (2004, p. 174, 179 e 180) destacam os "contornos regionais específicos" do fim da escravidão e as reconfigurações sociais no período pós-abolição, como a dissolução da escravidão antecipada, na região Nordeste, em comparação ao centro-sul do País,[5] e a permanência dos libertos nas fazendas onde trabalhavam como uma

4. Na pesquisa, João Paulo Barbosa analisou 377 matérias ou textos sobre o tema nos periódicos *O Paiz* (1884-1910), *Jornal do Brasil* (1891-1910) e *Correio da Manhã* (1901-1910). Os textos foram encontrados mediante a busca dos termos "preto (a)", "pardo (a)" e "negro(a)", usados, por exemplo, pelo Censo de 1872 para descrever a população negra da época, no acervo das versões digitalizadas dos jornais na Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional (BARBOSA, 2016, p. 22).

5. A cidade de Mossoró/RN, por exemplo, foi a primeira cidade brasileira a abolir a escravidão, em 30 de setembro de 1883. No entanto, desde 1848, o Rio Grande do Norte já

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

"decisão estratégica", já que o exercício da liberdade precisava levar em consideração as possibilidades de condições de sobrevivência, sobretudo com as dificuldades de acesso à terra pelos libertos.

Assim, a presença significativa dos negros nesses locais fez com que, ainda em meio à "festa" que a abolição trouxera, viessem à tona no *Diário do Maranhão* discursos sobre a criação de "leis repressivas contra a vagabundagem e a ociosidade", retomando argumentos usados por muitos anos para tentar manter o controle sobre os negros. Ou seja, "desde o primeiro dia do fim da escravidão, o negro liberto seria visto como vagabundo e bêbado em potencial" (SILVA, 2017, p. 21-22).

Diante do cenário apresentado, não tardou que o Estado tomasse alguma medida sobre esse contingente populacional desempregado. Assim, na passagem do século XIX para o século XX, o discurso de combate à vadiagem, em conjunto com o alcoolismo e outras práticas, ganhou força.[6] Nesse sentido, Juremir Machado da Silva (2017, p. 25) assevera que a abolição da escravidão deu início a um novo "longo ciclo de marginalização do negro. Uma marginalização nova, em relação à que acabava de expirar". A criminalização da maconha, assim como de outros costumes associados à população negra, como o samba, as práticas religiosas e a capoeira, serviriam de pretexto para o controle preventivo e repressivo dos "vadios", que coincidiam com aqueles considerados racialmente inferiores pelo discurso científico.

2.2. As políticas higienistas, as teorias raciais e a receptividade do positivismo científico no Brasil

Além das questões já citadas, na cidade do Rio de Janeiro, os problemas habitacionais relacionados ao crescimento demográfico da população também foram significativos. No início do século XX, o Rio de Janeiro era a capital da neófita

sinalizava que não precisava mais de escravos e já fazia uso do trabalho livre (SILVA, 2017, p. 98). Também antes de 1888, em 25 de março de 1884, a Província do Ceará declarou formalmente a abolição da escravidão em seu território (ALONSO, 2018, p. 381).

6. O conceito de vadiagem serviu como instrumento de repressão aos pobres, marginalizados e aos ociosos pelo Estado, inclusive através da criação de lei contra a vadiagem e a mendicância. O projeto de lei visando a repressão da ociosidade foi elaborado pelo então ministro Antônio Ferreira Vianna e começou a ser apreciado em julho de 1888, dois meses após a abolição, buscando formas de transformar o negro liberto em trabalhador (CHALHOUB, 2012, p. 66-67-69).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

República, a principal e a maior cidade brasileira, tendo passado por enormes reformas para ser transformada em vitrine da modernidade nacional. Nesse contexto, as habitações urbanas, especialmente as coletivas, onde morava a parcela marginalizada da população, não tinham espaço dentro do planejamento urbano marcado pelo conceito de política higienista.[7] Assim, "sob inspiração do modelo parisiense, sanear, higienizar, ordenar, demolir e civilizar foram palavras de ordem" (BARBOSA, 2016, p. 132).

O quadro de doenças e a carência médica também agravaram a situação da população. Nesse cenário, a higiene passou a ser a principal pauta das pesquisas médicas, e as doenças foram apontadas também com decorrência da "degenerescência mestiça", revelando a tendência geral dos usos da raça como tema principal nas "considerações e diagnósticos sobre os destinos da nação" (SCHWARCZ, 1993, p. 270-271).

No campo das ciências, esse fenômeno se manifestava pela recepção do positivismo bioantropológico[8] nos principais centros de ensino do País, que apontava a raça como uma das principais condicionantes de doenças e perpetração de delitos. Essa correlação, realizada especialmente por médicos e juristas, acabou por considerar a miscigenação um retrocesso e fator de degeneração.

Marcos César Alvarez (2002, p. 686) destaca que a recepção da antropologia criminal no Brasil não parece ter sido um caso apenas de "importação equivocada de ideias". Segundo o autor, as novas teorias criminológicas pareciam responder às necessidades históricas que se punham para determinados setores da elite jurídica nacional. Os autores brasileiros, porém, incorporaram as novas teorias de forma eclética, inclusive com a justaposição de autores e teorias contrárias e

7. Entre os anos de 1872 e 1890, a cidade do Rio de Janeiro atingiu taxa de crescimento populacional de 90,24%, com número acentuado de habitantes nas freguesias centrais ocupando habitações coletivas, onde a média de moradores por domicílio era de seis a oito pessoas ou até mais, no caso dos cortiços. Em 1888, as habitações coletivas abrigavam 11,72% da população (BARBOSA, 2016, p. 131).

8. O italiano Cesare Lombroso foi o principal expoente dessa vertente do positivismo, tendo defendido a teoria do "criminoso nato" partindo do pressuposto de que os comportamentos são biologicamente determinados. Com sua teoria evolucionista, propôs que os criminosos reproduziam física e mentalmente características a partir das quais se poderia identificar, através de sinais anatômicos e hereditários, quais indivíduos estariam destinados ao crime. Cesare Lombroso, juntamente com Rafaele Garofalo e Enrico Ferri, formou a "Escola Positiva", "Escola Determinista" ou, ainda, "Escola Italiana" do direito penal, consolidando a definição geral da criminologia como "a ciência voltada para o estudo do homem delinquente" (ALVAREZ, 2002, p. 679-681).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

com a utilização de terminologias como antropologia criminal, criminologia e sociologia criminal como sinônimos. Assim, no Brasil, a sociologia criminal foi pensada quase como um prolongamento da antropologia criminal de modo que os aspectos sociais surgiram entre as causas que poderiam explicar "a fraqueza moral dos criminosos".

O resultado dessa recepção brasileira eclética das teorias criminológicas foi a concepção do crime e do criminoso como problemas que deveriam ser observados tanto pelos aspectos biológicos quanto pelo meio social. No entanto, a maioria dos trabalhos indicavam a subordinação das abordagens sociológicas às da antropologia criminal de Lombroso. Essa nova concepção do direito penal deveria ser aplicada nas reformas das instituições jurídico-penais do país[9] (ALVAREZ, 2002, p. 687-689).

De acordo com Alvarez (2002, p. 693), as elites políticas e intelectuais e, especialmente, os juristas que propunham reformas no sistema jurídico-penal, viram as urgências estabelecidas pelo novo cenário caracterizado, sobretudo, pela substituição do trabalho escravo pelo trabalho livre, pelo crescente processo de urbanização no Rio de Janeiro e em São Paulo. Nessa conjuntura, a construção de uma sociedade organizada nos moldes jurídico-político contratual confrontava-se com a população "insubmissa" ou "multifacetada e disforme", substituindo-se o medo que as elites tinham dos escravos pelo medo da pobreza urbana nas grandes cidades. Assim, o conhecimento criminológico voltado para o homem criminoso e para o combate à criminalidade foi visto como instrumento de viabilização de mecanismos de controle social para conter a criminalidade.

Foi em consonância com essas ideias que a medicina social avançou com sua proposta higienista e seu discurso de curar e regulamentar as relações sociais. De acordo com Lilia Schwarcz (1993, p. 297), o fortalecimento de uma prática higienista criou espaço para que pesquisas e projetos de saneamento ultrapassassem o campo da medicina com a proposição de medidas de intervenção na realidade social.

9. Segundo Alvarez (2002, p. 695-696), durante a Primeira República, os juristas da Escola Positiva propuseram várias vezes reformas legais e institucionais que ampliariam a intervenção do Estado com foco nos que não se enquadravam na nova ordem e que, portanto, demandariam tratamento jurídico diferente. Como exemplo de algumas das reformas legais e institucionais implementadas, tivemos a discussão sobre a legislação da menoridade, que culminou na elaboração do Código de Menores de 1927 e a criação de estabelecimentos como o Instituto Disciplinar e a Penitenciária do Estado em São Paulo, todas influenciadas, principalmente, pelas ideias da antropologia criminal de Lombroso.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Em suma, a imagem de controle construída para o negro no pós-abolição foi a de um indivíduo com tendências natas à violência e à doença, incapaz de civilizar-se, sendo, portanto, um fator a ser superado pelo embranquecimento da população; ideias que colaboraram e colaboram até hoje para a permanência do racismo estrutural.

Os efeitos do pós-abolição permaneceram ecoando nos diversos discursos produzidos após 1888 que continuaram marginalizando e segregando socialmente o negro direta ou indiretamente. A leitura crítica desses discursos é fundamental para compreendermos como as instituições se voltaram, ao longo do tempo, para reprimir as práticas por elas associadas aos negros e como se evidenciaram como perpetuadoras da exclusão, segregação, racismo e desigualdade. Um desses discurso foi o discurso médico sobre a maconha, que, de modo recorrente, associou o uso da substância especialmente aos negros e às classes subalternas e defendeu a necessidade de conter os "males do vício".

3. Empreendedores morais: o discurso médico e a criminalização da maconha no Brasil no início do século XX

A empreitada higienista, como dissemos, iniciou-se sistematicamente nos primeiros anos do século XX. O fim da escravidão não trouxe o desenvolvimento da sociedade que se esperava. Essa quebra de expectativa precisava ser explicada cientificamente, assim, os "elementos médico-experimentais" serviram como "chaves interpretativas do malogro desta [sociedade]". Foi nesse contexto que o discurso sobre a maconha se articulou e "timidamente" reforçou o argumento de que estava nos hábitos e no comportamento das classes populares a chave para se compreender o atraso do País (BARBOSA, 2012, p. 88).

De acordo com Ivan Fontes Barbosa (2012, p. 81-82), a emergência do discurso médico sobre a maconha no início do século XX se deu em razão do deslocamento do entendimento que via o atraso brasileiro através do viés biológico e racial para o viés cultural, estigmatizando setores populares não mais apenas em virtude de sua raça, mas, também, em razão de seus hábitos culturais, vistos como obstáculos ao desenvolvimento do Brasil. Nessa mudança, a maconha foi percebida "como herança nefasta da cultura negra e geradora de alienação mental e moral e de criminalidade".

Nesse sentido, um dos textos pioneiros sobre o tema foi *Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício*, apresentado, primeiramente, como uma comunicação feita por Rodrigues Dória, em 27 de dezembro de 1915, no 2º Congresso Científico Pan-Americano, realizado em Washington, onde o médico

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

representou o estado da Bahia, a Faculdade de Direito, o Instituto Geográfico e Histórico e a Sociedade de Medicina Legal e Criminologia da Bahia. O texto se tornou referência para os estudos posteriores sobre o assunto e "inaugurou uma série de trabalhos que se voltariam a alertar as autoridades e a população civil sobre os riscos que a planta comercializada e usada livremente poderia representar" (SAAD, 2013, p. 11).

Em seguida, analisaremos o artigo de Francisco de Assis Iglésias (1918), intitulado *Sobre o vício da diamba*. Iglésias foi um dos primeiros a reverberar o trabalho de Dória e aprofundar o debate iniciado pelo médico sergipano ao tentar comprovar suas hipóteses via realização de pesquisas empíricas sobre os usos da maconha.

3.1. Entre "vício pernicioso" e "planta da felicidade"

O texto *Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício* foi escrito por Rodrigues Dória principalmente com base em observações do cotidiano e em experiências profissionais e pessoais do autor. É recorrente no texto expressões como "dizem", "é conhecido", "vi", "ouvi falar", que denotam seu forte caráter opinativo. Além disso, como forma de auxiliá-lo no que chamou de "ligeiro e despretensioso trabalho", Dória pediu a colegas médicos que fizessem inquéritos nas suas cidades. Contribuíram nesse processo Aristides Fontes, clínico em Aracaju-SE, e Xavier do Monte, clínico em Propriá-SE, repassando ao autor as informações utilizadas em seu trabalho.

Na atual gramática científica, poderíamos afirmar que Dória realizou uma etnografia dos usuários de maconha em duas cidades de Sergipe, por meio da realização de grupos focais nos quais dois clínicos escutavam relatos de usuários voluntários da erva. O problema reside nas generalizações feitas pelo médico a partir desses relatos pessoais e locais – sobretudo a identificação dos usos com a população pobre e negra. O médico pretendia, ainda, a partir de suas generalizações, sugerir alterações no tratamento jurídico da circulação e do consumo da maconha, como veremos.

Dória inicia seu artigo associando a maconha aos negros, afirmando que, após a abolição da escravidão no Brasil, permaneceram "inoculados vários prejuízos e males da execrável instituição, difíceis de exterminar".[10] Entre esses males estava

10. Optamos por preservar a grafia original dos textos utilizados como fontes, publicados em 1986 na obra *Diamba sarabamba (coletânea de textos brasileiros sobre a maconha)*, organizada por Anthony Henman e Osvaldo Pessoa Jr.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

o "vício pernicioso e degenerativo de fumar as sumidades floridas da planta aqui denominada fumo de Angola, maconha e diamba, e ainda por corrupção, liamba, ou riamba (sic)". Dória destaca que o vício acompanhou a "raça subjugada" como "um castigo pela usurpação do que mais precioso tem o homem – a sua liberdade [...]" (DÓRIA, 1915-1986, p. 21).

O médico ressalta que a planta não era brasileira, atribuindo sua origem à África Ocidental, sendo largamente usada pelos "pretos africanos". No entanto, destaca quanto ao Brasil que era principalmente no Norte[11] onde o vício de fumar a maconha estava "mais espalhado, produzindo estragos individuais e dando por vezes lugar a graves consequências criminosas." (DÓRIA, 1915-1986, p. 22).

Além de indicar o local de maior disseminação, o médico relatou quem eram os "fumadores de maconha", afirmando que era "nas camadas mais baixas" que predominava o uso, "pouco ou quase nada conhecido na parte mais educada e civilizada da sociedade brasileira" (DÓRIA, 1915-1986, p. 23). Além disso, a maconha era fumada nos quartéis e nas prisões, onde penetrava "às escondidas"; e "em agrupamentos ocasionais ou em reuniões apropriadas e nos bordéis". E que, inclusive, muitos a fumavam isoladamente, como se fazia com o tabaco (DÓRIA, 1915-1986, p. 27).

O autor também explica, minuciosamente, as características da planta, como espécie, tamanho, forma de cultivo e como era usada após a colheita, dando, inclusive, informações de como eram fabricados os cachimbos e outros instrumentos utilizados para o fumo. Nesse ponto, a associação do uso da planta aos negros e às práticas que lhes eram atribuídas aparece de forma clara, quando fala que a maconha era empregada em "certas beberagens" feitas pelos "feiticeiros", em geral pretos africanos ou velhos caboclos; nos "'candomblés' – festas religiosas dos africanos, ou dos pretos crioulos, deles descendentes, e que lhes herdaram os costumes e a fé [...]"; a maconha também era fumada "nos 'catimbós' lugares onde se fazem os feitiços" e ainda "nos sambas e batuques, que são danças aprendidas dos pretos africanos [...]" (DÓRIA, 1915-1986, p. 26).

O médico sergipano cai em diversas contradições ao longo do seu texto, gerando confusão sobre se o uso da maconha traria mais efeitos positivos que negativos. Logo de início. Dória nos diz que, ao contrário da prática em outros países,

11. É importante destacar que, nesse período, ainda não existia a distinção regional que conhecemos, na qual as regiões Norte e Nordeste estão separadas. Portanto, quando o autor se refere ao Norte, fala especialmente da região Nordeste, mais povoada, de colonização mais antiga, destino da maior parte dos negros e negras escravizados durante o ciclo do açúcar.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

no Brasil a planta não era utilizada na indústria de fibras têxteis, mas apenas como a "planta da felicidade", "causando as delícias dos que a fumam pelo êxtase em que entram". De acordo com o autor, os usuários relatam que "a maconha os torna mais espertos, e de inteligência mais pronta e fecunda para encontrar a idéia (sic) e achar a consonância" (DÓRIA, 1915-1986, p. 23 e 27).

O uso medicinal da planta também é citado recorrentemente ao longo do discurso. O autor ressalta que a maconha era utilizada na medicina popular, empregada como fumo e às vezes em infusão, para tratar de asma, perturbações gastrointestinais, nas nevralgias, cólicas uterinas e como afrodisíaco (DÓRIA, 1915-1986, p. 32).

Portanto, não parecia ser o objetivo do médico negar o uso recreativo ou as propriedades medicinais da planta, mas, sim, externar a preocupação com o hábito e o vício. O médico diz que a dor física era muitas vezes a causa do vício, pois as nevralgias dentárias, as dores reumáticas, as gastralgias e cólicas uterinas em estados dismenorreicos levam ao uso da planta por seus efeitos narcóticos e analgésicos. O problema é que quando o resultado benéfico era obtido, os pacientes não hesitavam em recorrer novamente ao uso da maconha até mesmo em caráter preventivo, o que gerava facilmente "o hábito e o vício de fumar maconha" (DÓRIA, 1915-1986, p. 34-35).[12]

Mais à frente, afirma que os sintomas são variáveis de acordo "com a dose fumada, com a proveniência da planta, que pode conter maior quantidade dos princípios ativos, com as sugestões e principalmente com o temperamento individual". Porém, "Um estado de bem-estar, de satisfação, de felicidade, de alegria ruidosa são os efeitos nervosos predominantes" (DÓRIA, 1915-1986, p. 27).

As informações trazidas pelo Dr. Aristides Fontes também relatam efeitos positivos do uso da maconha. O médico conversou com pescadores "habituados a usar a maconha", que lhe informaram que "quando se encontram no mar em canoas ou jangadas", fumavam a droga em grupos "para se sentirem mais alegres, dispostos ao trabalho, e menos penosamente vencerem o frio e as agruras da vida do mar". Depois de fumar, tornavam-se "alegres, conversadores, íntimos e

12. Não temos como precisar a quanto tempo são conhecidos os usos medicinais da maconha, porém, estima-se que, há pelo menos, 10.000 anos, pessoas de países da Ásia e África possuem tradições milenares que utilizam a planta tanto em virtude das propriedades psicoativas quanto por suas propriedades medicinais e nutricionais (VIDAL, 2009, p. 61). No entanto, até os dias atuais, ainda estão em pauta, como no caso do Brasil, discussões sobre a liberação de medicamentos à base de canabidiol e/ou tetrahidrocannabinol (THC).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

amáveis", contavam histórias, faziam versos, tinham alucinações agradáveis e ouviam sons melodiosos. Um desses pescadores, "caboclo, robusto, de 43 anos de idade", que fumava a erva há mais de 20 anos, "sem apresentar perturbação da saúde", usava a maconha "quando se sentia triste, com falta de apetite e pouca disposição para o trabalho, principalmente à noite, quando ia para a pescaria, ficando satisfeito, disposto e podendo comer copiosamente" (DÓRIA, 1915-1986, p. 27-28).

Ao Dr. Xavier do Monte também lhe falou outro homem, de "45 anos de idade mais ou menos, robusto, que fumou a maconha, como experiência, sentindo-se alegre, achando graça em tudo, dando estridentes gargalhadas a todo propósito [...]". Logo em seguida, apresenta mais efeitos benéficos ao falar de "um preto carregador, de 39 anos, de disposição alegre e risonha" que fumou a maconha e "sentiu forte excitação, deu para pular, correr; depois dormiu, e sonhou coisas maravilhosas [...]". Afirma, ainda, "ter melhorado de câimbras e dores reumáticas que sofria" (DÓRIA, 1915-1986, p. 28-29). Relata também que a maconha era usada pelos presos que "se entregavam ao hábito de fumá-la para aliviarem o espírito acabrunhado pela prisão, e terem por esse modo momentos de distração e alegria". Ou, ainda, "para esquecer, embora transitoriamente, incômodos morais, suavizar a dureza de uma vida atribulada, e passar momentos alegres, distraídos, esperançosos [...]" (DÓRIA, 1915-1986, p. 34-35).

Nota-se que, se, em um primeiro momento, o autor destacou elementos que associavam o uso da maconha à busca do prazer, alegria etc., em outros, no entanto, apresentou indícios que associavam o uso da droga a comportamentos violentos.[13] Assim, diz que "era conhecido nos lugares, onde abusam da maconha, o delírio, a loucura transitória e mesmo definitiva", bem como a "fisionomia perigosa". E alerta: "Os embriagados tornam-se rixosos, agressivos, e vão até a prática de violências e crimes, se não são contidos" (DÓRIA, 1915-1986, p. 29). O que contraria sensivelmente as narrativas anteriores.

O Dr. Xavier do Monte se referiu a um "trabalhador, pardo, de 30 anos, robusto" que teria "fumado a maconha, como remédio para dores de dentes, e logo sobrevieram-lhe suores e frios abundantes, língua pesada, pegajosa e delírio. Tudo o amedrontava, via-se perseguido pelo povo, sentia fome devoradora", e só

13. Sobre esse ponto, Barbosa (2012, p. 90-91) destaca que, embora as evidências empíricas considerassem o uso da maconha como pouco nocivo, a tendência para transpor o hábito para o campo da ilicitude foi predominante. Assim, "as conclusões apontaram para o fato de que a maconha tornava o indivíduo incapaz para o exercício dos atos da vida civil e apto a cometer crimes durante a 'embriaguez' proveniente do uso".

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

após comer pôde melhorar e "voltar ao estado normal". Por sua vez, o Dr. Aristides Fontes ouviu, em Aracaju, um sargento, de 28 anos de idade, que aos 16 anos "vendo frequentemente um preto velho africano fumar a maconha no 'maricas', experimentou a erva em cigarro" e sentiu-se tonto e viu tudo girar ao redor de si; teve "alucinações auditivas e visuais", sentiu as pernas pesadas, fatigadas, e a impressão de que estava a subir uma ladeira e suas ideias eram confusas. Fumar maconha também fez um "rapaz de 16 anos, mais ou menos, de modos humildes" ter "delírio furioso, agressivo, tendo sido trancado em um quarto, onde entrou em sono profundo, do qual despertou sentindo cansaço e languidez" (DÓRIA, 1915-1986, p. 29).

O mesmo "delírio furioso" foi relatado pelo farmacêutico militar Cândido Correia, ao falar que, no Pará, "um soldado, aliás de boa conduta, [...] por haver fumado a diamba, pela primeira vez, e entrado em delírio furioso" tentou "matar um capitão, em cuja casa entrou, armado de faca, tendo ferido uma outra pessoa". O mesmo farmacêutico afirma "ter visto meter em camisa-de-força dois soldados, em delírio furioso, por haverem fumado a erva". A maconha parece ter sido bastante utilizada nos quartéis, onde foi necessário reforçar a vigilância para evitar que a entrada da droga e suas "consequências desastrosas, como brigas, agressões e crimes"[14] (DÓRIA, 1915-1986, p. 29-30).

Em suma, fica evidente ao longo do discurso que não se condenava os usos da maconha como um todo. Dória parece querer chegar a um meio-termo, reconhecendo que o uso "em doses moderadas" estimulava a circulação, aumentava o calor periférico e acalmava as gastralgias, despertando o apetite e "excitando os órgãos da locomoção", mas também advertindo que "as doses altas, mormente nos noviços" produziam "náuseas, vômitos, languidez, peso nos membros". A erva também poderia ter "ação excitadora", que poderia levar a "grande lubricidade", corrigindo os "estragos da idade", como disseram os fumadores ouvidos pelo Dr. Aristides Fontes. Um soldado contou que "sentia efeitos afrodisíacos, tinha sonhos eróticos, e poluções noturnas" (DÓRIA, 1915-1986, p. 31).

O efeito afrodisíaco também se estendia às mulheres, mas o excesso poderia ser uma ameaça à moral e ao pudor, conforme relato do Dr. Alexandre Freire, que

14. Cumpre ressaltar que, conforme aponta Saad (2013, p. 67), "O recrutamento militar durante o período seguia um padrão estabelecido nas relações entre senhores e escravos ou dependentes. O alistamento era forçado e os castigos físicos representavam o principal meio de disciplina dos soldados". Dessa forma, não é de se espantar que esses recrutas em péssimas condições de trabalho procurassem subterfúgios no consumo de substâncias que promovessem algum tipo de escape.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

viu em Sergipe, uma mulher "embriagada pela maconha [...] no meio da rua, não mostrando o menor respeito ao pudor e fazendo exibições, solicitava os transeuntes ao comercio intersexual". Sobre as prostitutas, disse que elas se davam ao vício e entregavam-se "ao deboche com furor", praticando entre si "o tribadismo ou amor lésbico" (DÓRIA, 1915-1986, p. 31).

Assim, o problema estaria no abuso da substância, uma vez que várias pessoas usavam a droga "por muitos anos, moderadamente, sem inconvenientes palpáveis, experimentando apenas a sensação de uma ligeira euforia". O abuso, porém, era considerado uma doença, um "estado de *maconhismo* crônico" em que "o vício é imperioso, dominante e tirânico" e poderia levar até a morte (DÓRIA, 1915-1986, p. 31 e 34).[15]

Rodrigues Dória, porém, não se contentou apenas em discorrer sobre os "efeitos e males do vício" e adentrou também na discussão jurídica com indagações sobre como devem ser considerados os atos praticados pelo indivíduo em estado de embriaguez pela maconha; o grau de imputabilidade e responsabilidade pelos crimes cometidos sob esse estado; e, ainda, sobre a capacidade civil do embriagado. No primeiro momento, não pareceu considerar o uso da maconha um mal tão grave, pois afirma que aos crimes praticados pelo indivíduo sob o efeito da maconha deveriam ser aplicadas "as disposições penais relativas à embriaguez alcoólica em um estado de loucura ou insônia, que o privam da consciência e da liberdade necessárias à responsabilidade" (DÓRIA, 1915-1986, p. 33).

No entanto, assevera que a lei penal brasileira "fez da embriaguez uma circunstância atenuante dos crimes, somente quando ela é acidental, e não procurada para infundir coragem, ou é habitual e turbulenta". Cita que o Código Penal de 1890, ao enumerar as circunstâncias atenuantes da pena, apresenta como uma delas "o estado de embriaguez incompleta, e não procurada como meio de o animar a cometer o crime nesse estado, não sendo acostumado a cometer crimes nesse estado". Para Dória, "essa disposição pode ser perfeitamente aplicada ao embriagado pela maconha".

Quanto à capacidade para os atos da vida civil durante o estado de embriaguez pela maconha, afirmou que "a embriaguez aguda, transitória, não justificaria

15. De acordo com Dória (1915-1986, p. 31), o abuso da substância trazia como efeitos a depressão das funções nervosas, podendo "os inveterados e os insaciáveis no vício" entrar em "um estado de caquexia, que não permite viver muito tempo". O usuário emagrecia rápida e consideravelmente, adquirindo "cor térrea amarela, dispepsia gastrointestinal, fisionomia triste e abatida, depressão de todas as funções, bronquites. Nesse estado quase sempre a morte sobrevém em pouco tempo, e diz o povo haver uma tísica da maconha, de forma aguda e rápida, exterminando a vida em dois ou três meses".

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

medidas de interdição". No entanto, no indivíduo "perturbado permanentemente pelo vício", a euforia poderia levá-lo à prática de atos da vida civil "como contratos, doações, vendas, assinatura de letras" que lhe trariam sérias obrigações. Tais atos não deveriam subsistir, desde que "provado o estado em que se achava o indivíduo no momento de assumir essas obrigações, sendo até certo ponto comparável esse estado ao da primeira fase, ou ao período médico-legal da paralisia geral" (DÓRIA, 1915-1986, p. 33).

O médico sugeriu, então, meios que poderiam "extinguir" ou "dominar o vício", afirmando que "uma instrução bem dirigida, reforçada por princípios de sã moral, o conhecimento claro do mal, necessariamente revigoram e fortificam o ânimo para a resistência ao vício de qualquer natureza". No entanto, afirmou de modo a enfraquecer o argumento anterior, usando o consumo de ópio na França como exemplo, que as casas de fumar o ópio eram frequentadas por "pessoas de certa instrução", bem como afirmou que "espíritos lúcidos, geniais e instruídos, como T. de Quincey, Coleridge, Edgard Poe, Baudelaire, e outros, entregaram-se ao uso do ópio, que tanto exaltaram nas suas produções literárias"[16] (DÓRIA, 1915-1986, p. 35).

Como já expusemos, o uso da maconha no Brasil estava, segundo Dória, "limitado às classes ignorantes" embora tenha tido notícia de "alguns fumadores com grau de instrução regular". Portanto, o perigo atribuído ao vício da maconha parecia seguir o caminho oposto ao percorrido pelos vícios elegantes, ou seja, "da esfera popular para as casas das famílias dos homens que garantiriam o sucesso da nação, sugerindo a verdadeira ameaça aos homens de bem" (SAAD, 2013, p. 61).

A disseminação do hábito de fumar a maconha é uma preocupação externada por Dória quando fala que "a imitação é frequentemente uma causa do hábito, especialmente nos jovens [...] muitos se entregam ao vício de fumar a maconha por ver fumar aos outros", estes, por sua vez, "influem aos inexperientes, contando-lhes com entusiasmo os gozos inefáveis e os prazeres encantadores que a

16. Na realidade, Dória está se referindo aos chamados "vícios sociais elegantes", assim determinados de acordo com a origem e com quem os usava. São exemplos desses vícios a cocaína, a morfina e o ópio. O tipo de substância, no entanto, não parece ter sido o enfoque central para essa classificação, mas, sim, quem os usava. De acordo com Saad (2013, p. 60), o uso entre os "elegantes" e os "espíritos cultos" ocorria por alguma fraqueza que os fazia se entregar a um vício que lhes proporcionaria "euforia ou esquecimento de alguma tristeza". Entre os "populares", no entanto, "a falta de caráter, personalidade e a tendência à imitação eram as responsáveis pelo vício".

USO EXCLUSIVO DO EDITOR

erva proporciona". De todo modo, Dória defende que a instrução e a educação são "bons preservativos do hábito pernicioso, incumbindo aos poderes públicos melhor cuidarem deste magno problema, tão descurado entre nós, onde o analfabetismo é a regra" (DÓRIA, 1915-1986, p. 35).

Além da educação, Dória sugere que "a proibição do comércio da planta, preparada para ser fumada, poderá restringir a sua disseminação progressiva". Inclusive, afirma saber que, em alguns Estados do Norte, "as violências cometidas durante a embriaguez da maconha" levaram "as autoridades policiais a proibir a vendagem da erva nas feiras". Em Penedo/AL, segundo informações que lhe deram, a proibição tinha "dado resultado, quase extinguindo as brigas provenientes da embriaguez pela maconha (DÓRIA, 1915-1986, p. 36).

Percebe-se, ao longo do texto, que para esses médicos a maconha não representava um mal em essência. Dória deixa isso claro: "E é assim que nada existe sobre a terra absolutamente bom ou absolutamente mau: compete ao homem, no seu aperfeiçoamento, utilizar-se da primeira face, dominando e tornando ineficaz a segunda" (DÓRIA, 1915-1986, p. 36). No entanto, à medida que se aproxima de sua conclusão, fica mais clara a real pretensão do autor: trazer o controle do uso da maconha para os profissionais da medicina, criando uma espécie de reserva de mercado que tinha como modelo a regulação do ópio e da cocaína na Europa. O primeiro, "nas mãos prudentes e práticas do médico", fornece "resultados esplendentes", mas o "hábito nefasto de comer ou fumar a droga" tem o efeito reverso. Já a cocaína, se "causa estupenda admiração pelos seus efeitos analgésicos locais, permitindo sem dor a realização de delicadas operações cirúrgicas, [...] tem-se tornado entre os povos civilizados e nevrostênicos um flagelo" (DÓRIA, 1915-1986, p. 37).

Dória não propôs, portanto, a criminalização da droga de forma geral, como um modo de salvar a sociedade do "hábito pernicioso", mas, sim, a proibição de certos usos da planta como uma forma de permitir que apenas médicos estivessem autorizados a prescrever a maconha com fins terapêuticos. Ocorre que, certos usos que deveriam ser proibidos estavam intimamente relacionados às classes subalternas e, em especial, aos negros, vistos como entraves ao projeto de modernização da Nação. Desse modo, a orientação proibicionista que se seguiria cumpriria dois objetivos principais: o controle da maconha pelo saber médico e o controle social marcadamente racista através da associação dos demais usos da planta à determinada parcela da população.

As ambiguidades se manifestam no discurso do médico sergipano que, ao mesmo tempo que procurava fazer ciência ao não essencializar o discurso sobre a maconha, naturalizava o preconceito contra o negro. Assim, o autor finaliza sua

USO EXCLUSIVO DO PROGRIM

comunicação da mesma forma que a iniciou, atribuindo aos negros não apenas a introdução da maconha no Brasil, mas uma incapacidade inata à civilização:

> "A raça preta, selvagem e ignorante, resistente, mas intemperante, [...] estragando o robusto organismo no vício de fumar a erva maravilhosa [...], inoculou também o mal nos que o afastaram da terra querida, lhe roubaram a liberdade preciosa, e lhe sugaram a seiva reconstrutiva." (DÓRIA, 1915-1986, p. 37)

Dessa forma, Rodrigues Dória é um perfeito homem do seu tempo, mais especificadamente, um médico higienista no Brasil do início do séc. XIX. Legitimando sua atuação pública por meio do positivismo científico aplicado à medicina, o médico sergipano promoveu pesquisas empíricas que findavam por confirmar o que já estava dado na objetividade e no senso comum, favorecendo a promoção de políticas públicas fadadas à repetição das coisas como estabelecida.

No caso analisado, ao procurar o consumo da maconha nas classes pobres e na raça negra, encontrou ali justamente o que procurava, e então associou à erva aquelas características negativas que antes eram consideradas ontológicas desses estratos populacionais, oferecendo a justificativa para o desenvolvimento das estratégias de controle populacional que incidiriam sobre os marginalizados da República. Sua produção serviu, ainda, para a publicização e a consolidação de um racismo de base culturalista, com a publicação de seu trabalho em coletâneas que influenciaram pesquisadores de várias áreas.

Nesse sentido, apenas três anos após a publicação do artigo de Rodrigues Dória, o agrônomo Francisco de Assis Iglésias publicou, em 1918, nos Anais Paulistas de Medicina Cirúrgica, o artigo intitulado *Sobre o vício da diamba.* Embora Iglésias não fosse médico, seu discurso estava em consonância com o que estava sendo discutido sobre a maconha no campo da medicina, e não era exceção, pois, assim como ele, outros profissionais de áreas diversas da saúde endossaram o discurso médico produzido sobre a maconha nas primeiras décadas do século XX, como os reunidos na obra *Maconha: coletânea de trabalhos brasileiros,* publicada em 1951 pela Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes. Além disso, o texto de Iglésias foi construído em constante diálogo com citações de textos produzidos por médicos, de modo a fundamentar suas colocações.

Assim como Dória, Iglésias também afirma que a maconha era cultivada especialmente "em certas regiões no Norte do Brasil" e que poderia ter diversos nomes, como "diamba, liamba, maconha e moconha, a *Cannabis sativa* L., também era conhecida pelo nome de cânhamo [...]". A origem do vício também é atribuída aos africanos, em consonância com tudo o que já havia sido exposto pelo

USO EXCLUSIVO DO PDPCRIM

médico sergipano (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 41). Além disso, relata sobre outros usos da planta, na fabricação de óleo e fibras empregadas na indústria têxtil e o uso da semente na terapêutica por certos indivíduos, "como medicamento em forma de chá". No entanto, a ênfase do trabalho está em apresentar as características negativas da maconha que determina "a loucura daqueles que têm o hábito de o fumar" (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 42).

A loucura como efeito ou sintoma do uso da maconha é recorrente no discurso de Iglésias. Conheceu um homem em Coroatá/MA, chamado Raimundo, que "fumava a diamba em cigarros" e, segundo considerou, já era "um caso perdido", pois "estava com o organismo depauperado, e com faculdades mentais completamente alteradas. [...] uma loucura mansa, que fazia rir, sem molestar ninguém" (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 44).[17]

Embora possamos identificar no texto de Dória que o uso da maconha era um hábito do cotidiano, sendo, inclusive, acondicionada e vendida "em pequenos molhos de 50 gramas", Iglésias nos trouxe um elemento novo que confirma essa situação. Em suas observações às margens dos rios Mearim e Balsas no Maranhão, o autor encontrou os chamados clubes diambistas em que os fumantes reuniam-se, preferencialmente, na casa do mais velho, ou de alguém que exercia algum tipo de influência sobre eles, "formando uma espécie de clube", onde celebravam suas sessões, geralmente, aos sábados. A partir das observações desses grupos, Iglésias percebeu efeitos que iam de alegria e bem-estar à loucura furiosa (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 45).

A associação do uso aos negros, como dito, permanece. Ao observar os clubes diambistas, Iglésias fala que "versos toscos com termos africanos" saiam "por entre baforadas de diamba" e ressalta que era interessante notar como, apesar de tantos anos após o fim da escravidão, ainda acompanhavam "o vício da diamba termos vindos com ela das costas africanas" (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 45-46).

Corroborando com Dória, Iglésias ressalta o perigo que o hábito de fumar a maconha pode representar. O indivíduo no começo do vício poderia voltar ao estado normal. Após a embriaguez, no entanto, "quando o indivíduo é um diambista habitual, mesmo depois da embriaguez, tem aspecto e modos de idiota; é

17. Dória também citou a loucura como uma "consequência do uso da erva", ao usar como exemplo um soldado que se entregou "ao vício de fumar a liamba" e, por consequência, teve "exaltações megalomaníacas, dizendo-se general, Deus, etc.; desenhava no passeio do quartel navios, nos quais, em mares tempestuosos, fazia longas viagens. Uma vez tentou agredir um oficial, acabando na loucura que o fez excluir do exército, sendo metido em custódia" (DÓRIA, 1915-1986, p. 30).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

um homem à margem". O vício é apresentado como algo errado, que o usuário esconde e não quer que ninguém saiba, "a não ser que seja um diambista inveterado, que o idiotismo esteja apontando, implacavelmente, para o seu miserável vulto [...]" (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 45).[18]

Assim como Dória, porém de forma mais direta, Iglésias alerta para o perigo da disseminação do vício "das tascas e choupanas da gente rude para as câmaras das prostitutas", o que faria com que logo os "moços elegantes" se embriagassem com a diamba e o vício passasse a "fazer parte da moda" assim como o éter, a morfina, a cocaína, etc." (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 49).

O trabalho de Francisco de Assis Iglésias vai além, com a realização de experimentos com animais em laboratório para estudar a ação tóxica da maconha.[19] As experiências, no entanto, não apontaram para grandes problemas relacionados ao uso da droga. Foram observados "fenômenos de excitação" que duraram alguns instantes, seguindo-se de estado de anestesia, respiração acelerada e vômito. Após alguns minutos, os animais submetidos às experiências logo se restabeleciam.

O que se segue, no entanto, não parece acompanhar uma lógica científica baseada na observação, pois, embora as experiências realizadas tenham apontado para conclusões que revelassem que os efeitos da maconha não eram tão perigosos, Iglésias chega à conclusão de que o "vício, extremamente nocivo, determina graves perturbações de saúde, que se traduzem ordinariamente por alucinações,

18. Para fundamentar suas colocações sobre os efeitos da diamba, Iglésias traz à baila o discurso do médico maranhense Achiles Lisboa, pronunciado na instalação da sociedade Maranhense de Agricultura, em 24 de fevereiro de 1918. O Dr. Achiles destaca que os efeitos da maconha podem ser diferentes, de acordo com quem a usa, indo de "alucinações sensitivas ou sensoriais especiais" a "casos de fenômenos delirantes de violência extrema, com impulsões criminosas, e de delírios persecutórios, com ideias melancólicas, conduzindo ao suicídio". Além disso, "o abuso da diamba [...] deprime consideravelmente as funções nervosas, ao ponto de levara a um verdadeiro estado de estupidez, no qual se dissolve para assim dizer a personalidade moral." Perde-se "o brio, a dignidade, o sentimento do dever" (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 47).

19. Iglésias buscou imaginar um aparelho que administrasse a substância reproduzindo as condições nas quais os fumadores de maconha a absorviam: "O ar que vai ativar a combustão da diamba, levando a fumaça à boca, é introduzida por um cano. O cachimbo, que está num tubo de vidro arrolhado por tampões está cheio de diamba com um brasinha em cima e desprende, imediatamente, a fumaça, que se introduz no recipiente pelo tubo, a fumaça aí atravessa a camada de água contida no recipiente referido, e foge por outro tubo, introduzindo-se na campânula, onde está o animal em experiência" (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 49).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

podendo terminar por alterações mentais que levam às vezes ao crime ou ao suicídio"; que "essa espécie vegetal, com seu uso nefasto, foi introduzida no país pelos africanos" e que, portanto, "medidas enérgicas de profilaxia" deveriam ser adotadas pelos poderes competentes para evitar as "graves consequências da extensão desse perigoso vício" (IGLÉSIAS, 1918-1986, p. 51).

Francisco de Assis Iglésias foi um dos primeiros e principais comentadores da publicação de Rodrigues Dória. Os textos, que dialogam entre si, inspiraram outros autores e representam a compreensão racista que hegemonizou os debates científicos nas primeiras décadas do século XX. Obviamente, existiam vozes dissonantes, como a do psiquiatra baiano Juliano Moreira (ODA; DALGALARRONDO, 2000), que já denunciavam a falsidade desse racismo científico. No entanto, esses cientistas progressistas não compunham a fração dominante do campo, não eram os que efetivamente influenciavam o debate público, e eventualmente logravam influenciar a elaboração de políticas públicas. Por essa razão, atemo-nos aos dois textos comentados, por acreditar que as obras dão conta do espírito do tempo no qual os usos da maconha foram criminalizados no País.

3.2. Os médicos como "empreendedores morais" e a criminalização da maconha como forma de controle social e perpetuação do racismo

Analisados os argumentos internos às obras, é necessário, agora, investigar seus sentidos performativos, é dizer, quais as intenções das intervenções desses profissionais médicos ao confirmarem o senso comum por meio de uma linguagem pretensamente científica. Para isso, é fundamental que conheçamos um pouco mais sobre quem eram esses autores.[20] Privilegiaremos a figura de Rodrigues Dória, pelas razões que ficarão claras ao longo desse processo.

José Rodrigues da Costa Dória nasceu em Propriá, interior de Sergipe, em 25 de junho de 1859. Em 1877, entrou para a faculdade de Medicina da Bahia, diplomando-se em 1982. Foi professor da cadeira de Medicina Legal na Faculdade de Medicina da Bahia (vaga posteriormente ocupada por Nina Rodrigues, maior responsável pela recepção da obra de Lombroso no País), além de ter exercido a função de professor substituto de Botânica e Zoologia. Com a criação

20. Seguindo o entendimento esboçado pelo sociólogo francês, Pierre Bourdieu, a compreensão de um autor e de sua obra depende da definição do *Zeitgeist*, o espírito do tempo no qual o agente se inseria e quais problemas procurou responder com suas intervenções. Segundo Bourdieu, "os membros de uma mesma comunidade intelectual têm em comum problemas ligados a sua situação comum [...] que se influenciam mutuamente" (BOURDIEU, 1996, p. 227).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

da Faculdade de Direito da Bahia, em março de 1891, foi nomeado professor de Medicina Legal e, posteriormente, de Medicina Pública. Além da atuação como médico e professor das faculdades de Medicina e de Direito da Bahia, foi político. Em 1897, foi eleito Deputado Federal por Sergipe pelo Partido Republicano Conservador, atuando principalmente na área da Saúde Pública. Reelegeu-se em 1900, 1903 e 1906, renunciando em 1908, para assumir o cargo de governador de Sergipe, no qual ficou até 1911. No ano de 1918, foi eleito novamente Deputado Federal por Sergipe, ocupando o cargo até 1920 (SAAD, 2013, p. 12-21).

A atuação como médico, político e professor possibilitou a acumulação do capital social e político que justificam sua significativa influência, direta ou indiretamente, na produção legislativa do período, visto que o médico circulou nas principais instituições de formação e socialização do País. Sua atuação profissional na interface entre Direito e Medicina proporcionava uma junção de conhecimentos e uma posição da autoridade que, de certo modo, ajudava a pôr "sob a forma de lei, o que o médico elaborasse como diagnóstico" (SAAD, 2013, p. 14). Assim, após a realização dos estudos sobre a relação de substâncias entorpecentes com o crime, especialmente o álcool, o éter, o ópio, a morfina, a cocaína e a maconha, o médico se dispôs a orientar como deveria se dar o tratamento social dessas "moléstias", destacando que era necessário "o esforço de cada um e o esforço de todos, dos particulares e dos governos, dos hygienistas e dos legisladores" para que o mal fosse reduzido (DÓRIA, *Toxemia e crime*, 1907, p. 83-87 Apud SAAD, 2013, p. 47).

No entanto, é importante ressaltarmos que as representações sobre o uso da maconha não foram sempre associadas à condição de entrave ao desenvolvimento da sociedade brasileira. Pelo contrário, predominava a visão de seus usos, como demonstra Elisaldo Carlini (2006, p. 315), ao destacar que ainda "na década de 1930 a maconha continuou a ser citada nos compêndios médicos e nos catálogos de produtos farmacêuticos". No mesmo sentido, como pudemos observar nos artigos analisados, a planta era largamente utilizada com fins medicinais, tanto pelos médicos como pela medicina popular.

O uso da maconha para fins medicinais era tão disseminado que, entre o final do século XIX e o início do século XX, a planta aparecia nas páginas dos jornais como um medicamento eficaz no tratamento de problemas respiratórios, como os "Cigarros Indios", produzidos pelo laboratório francês Grimault & Cie. De acordo com a propaganda, o medicamento em forma de cigarro "tranquilizava os que, 'temendo a suffocação', tivessem que desistir de "fazer visitas para não subirem quatro e cinco andares" ou temessem sofrer de "oppressão, suffocações e

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

insomnia (sic)."[21] (SAAD, 2013, p. 69). Alguns anúncios, inclusive, utilizavam o embasamento de médicos para vender os cigarros: "são bem conhecidas pelos medicos as propriedades anti-asthmaticas do *Cannabis Indica*, de que se tem falado muitas vezes nas memorias da Academia de Medicina (sic)".[22] Portanto, a medicina que questionaria ferrenhamente o uso da maconha, destacando os seus malefícios era a mesma ciência que poucos anos antes aparecia nas páginas dos jornais garantindo a qualidade de um produto produzido à base de maconha (SAAD, 2013, p. 69).

No início do século XX, ocorreu uma mudança de perspectiva: do significante *cura*, a maconha passou a ser traduzida como uma *doença*. Essa mudança é perceptível no discurso médico produzido na época, que passou a depreender esforços para atestar os malefícios do uso da maconha, caracterizando a substância como um mal social que deveria ser criminalizado para o bem da população (BARBOSA, 2012, p. 83). De acordo com Luiz Mott (1984, p. 131), nesse contexto, iniciou-se uma relação vigente até hoje entre "ciência e repressão".

Não podemos perder de vista que o momento era marcado pela busca e pela construção de uma nação moderna e civilizada. De acordo com o paradigma da época, civilizadas eram as nações da Europa Ocidental, em razão das populações brancas que as constituíam. Assim, o grande número de negros recém-libertos e os seus descendentes eram considerados um atraso à modernização brasileira. Desse modo, os médicos apregoavam "[...]os cuidados e medidas a serem tomados com o objetivo de tornar o território higienizado e fértil para o surgimento de uma 'nova raça', melhorada e capaz de garantir o sucesso do país". Nesse contexto, foi intensificado o combate a determinadas práticas para evitar a "degeneração da população" com aparo nas teorias do positivismo científico e do determinismo biológico. Entre essas práticas, as identificadas com a matriz africana foram consideradas perigosas e, consequentemente, criminalizadas. Foi o que ocorreu com o hábito de consumir a maconha (SAAD, 2013, p. 52-53).

21. A veiculação de propagandas de medicamentos à base de maconha vendidos em farmácias reforça a argumentação de que houve certa seletividade na identificação dos usos proibidos e permitidos da droga, à medida que, se, por um lado, os produtos estavam ao acesso de quem poderia comprá-los, por outro, o uso associado aos negros e pobres era reprimido. A maconha não era somente "fumo do negro", mas apenas quando a eles era atribuída ocorria repressão.

22. Trata-se de notícias veiculadas no jornal *O Estado de S. Paulo*, em 30 de junho de 1895; 22 de maio de 1897 e 21 de abril de 1901, disponíveis no *Arquivo Estado – Memória, Preservação e Acervos*. Apud SAAD, 2013, p. 69.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Concomitantemente, a medicina se especializava com o avanço da técnica, avocando para si, por meio do discurso científico, o privilégio de curar não apenas o indivíduo, mas também o tecido social. Nesse cenário, os médicos condenavam apenas os usos da maconha fora da sua supervisão, reivindicando para a categoria a exclusividade da administração da substância em seus usos corretos. Ou seja, a ciência, no caso, representada pelos médicos e demais profissionais da saúde, apoiaram e legitimaram o controle do Estado sobre as drogas, reivindicando para si a administração das substâncias. Desse modo, os médicos "empreenderam uma verdadeira perseguição aos demais profissionais que praticavam qualquer conduta relacionada à cura", deixando claro quem era apto para cuidar dos doentes (SAAD, 2013, p. 57).

Ao conjugar os dois objetivos expostos, o discurso científico buscou legitimar o médico como o único apto a diagnosticar e prescrever tratamentos através da ordenação e normatização de hábitos que integravam a vida social. Nisso, inclui-se o controle da distribuição e venda de fármacos.

Os médicos atuaram, assim, como verdadeiros "empreendedores morais", no sentido dado por Howard S. Becker (2008). De acordo com o referido autor, as regras são criadas e impostas por grupos sociais que definem situações e comportamentos "especificando algumas ações como 'certas' e proibindo outras como 'erradas'" (BECKER, 2008, p. 15). Para que se possa controlar efetivamente determinado comportamento, esses grupos influenciam as concepções que as pessoas têm da atividade que se quer controlar, sendo que essas concepções "surgem em situações sociais em que elas são comunicadas por pessoas consideradas respeitáveis e validadas pela experiência" (BECKER, p. 69-70).

O discurso médico produzido sobre o uso da maconha no Brasil nos parece ter se adequado às premissas apontadas por Becker, à medida que os artigos alertavam e chamavam atenção pública sobre algo que, segundo os autores, não poderia mais ser ignorado e/ou o faziam preservando interesses pessoais e de classe que motivavam suas iniciativas. Assim, os médicos, como empreendedores. "produziram a consciência pública do problema". orientando para que as medidas de repressão cabíveis fossem tomadas.

Outro aspecto relevante da teoria de Becker é que, usualmente, o termo "empreendedor" remete àquele ou àquela que intervém em "mercados" de uma maneira inovadora na busca do lucro econômico. O empreendedor moral, no entanto, ainda que possa obter retorno financeiro em sua cruzada, parece acumular especialmente outros tipos de capitais, como prestígio social e profissional, bem como, eventualmente, capital eleitoral suficiente para vencer eleições em uma democracia representativa, o que também pode ter se adequado ao caso do médico e ex-governador sergipano, tendo em vista sua longa carreira política.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Quanto ao objeto da cruzada moral, os fumadores de maconha são os *outsiders*, assim chamados os que se desviam das regras estabelecidas por determinado grupo, no nosso caso, os médicos. Além disso, a classificação de um indivíduo como desviante ou não depende também de quem comete o ato e de quem se sente prejudicado por esse ato. Como vimos, revelou-se na análise do discurso médico sobre a maconha que se buscava a restrição de determinados usos da planta associados às práticas das camadas subalternas da população.

Nessa perspectiva, Becker (2008, p. 26) esclarece que o desvio não é algo que simplesmente está presente em determinados tipos de comportamento e ausente em outros, mas, antes, que é "o produto de um processo que envolve reações de outras pessoas ao comportamento". Assim, o mesmo comportamento pode ser considerado uma infração em certos casos e em outros não, a depender de quem o comete. A definição de um comportamento como desviante ou não, desse modo, não depende apenas da natureza do ato si.

Como isso é possível? Como um grupo consegue impor suas regras a outros? Para Becker, trata-se de uma questão de poder político e econômico. Segundo o autor, as diferenças na capacidade de fazer e aplicar regras a outras pessoas são, em essência, diferenciais de poder, seja no âmbito legal, seja no extralegal. Assim, "aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras" (BECKER, 2008, p. 29-30).

Na mesma linha, Michel Foucault (1996, p. 8), ao apresentar as várias potencialidades do discurso a partir das perspectivas de análise crítica e genealógica, argumentando sobre o modo como ele se dissemina nas sociedades e sua função de controle e validação de poder, relata-nos que o perigo na proliferação indefinidamente do discurso está no fato de que sua produção é "controlada, selecionada, organizada e redistribuída" por procedimentos cuja função é "conjurar seus poderes e perigos, dominar seu acontecimento aleatório, esquivar sua pesada e temível materialidade". Assim, o autor assevera que:

> "Por mais que o discurso seja aparentemente bem pouca coisa, as interdições que o atingem revelam logo, rapidamente, sua ligação com o desejo e com o poder. Nisto não há nada de espantoso, visto que o discurso – como a psicanálise nos mostrou – não é simplesmente aquilo que manifesta (ou oculta) o desejo; é, também, aquilo que é o objeto do desejo; e visto que – isto a história não cessa de nos ensinar – o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas aquilo porque, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar." (FOUCAULT, 1996, p. 10)

Essa relação de poder analisada por Foucault está em consonância com o que estamos levantando até aqui, na perspectiva de análise da reprovação da

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

maconha como uma estratégia de criminalização dos indivíduos e grupos, sobre seus comportamentos e não somente sobre as infrações propriamente ditas. Segundo o autor, de modo geral, a antropologia criminal e a criminologia deram aos mecanismos de punição legal "um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre os indivíduos; não mais sobre o que eles fizeram, mas sobre aquilo que eles são, serão, ou possam ser" (FOUCAULT, 2013, p. 22-23).

A análise do discurso médico produzido sobre a maconha no início do século XX, considerando o contexto no qual foi produzido, os atores que o produziram e os interesses relacionados à sua produção, foi realizada aqui com o objetivo de compreender e questionar as bases legitimadoras da legislação proibicionista da maconha, que entrou para o rol de substâncias proibidas no Brasil no ano de 1932, criminalizando-se o seu uso em circunstâncias específicas.

Ocorre que o discurso médico sanitarista de caráter positivista fortemente presente no início do século XX no Brasil já não se sustenta cientificamente. Nesse sentido, como e sobre quais elementos a política criminal proibicionista voltada para maconha ainda se sustenta no Brasil?

4. A maconha na política proibicionista de drogas no Brasil

Dezessete anos separam o texto de Rodrigues Dória da criminalização da maconha em 1932. Mas esse episódio não representa a inauguração do proibicionismo no Brasil, antes, representa mais um episódio dessa longa história que, como anota Salo de Carvalho (2016, p. 47-48), existe pelo menos desde a instituição das Ordenações Filipinas, quando a criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes já se fazia presente no Brasil.[23] A matéria voltou a ser regulamentada no Código Penal de 1890, dentro dos crimes contra a tranquilidade pública, a incriminação do exercício irregular da medicina, entre outros.

Por sua vez, o Decreto 4.294/1921 estabeleceu como crime no seu art. 1º a venda, a exposição à venda ou a ministração de substâncias venenosas, sem a legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários, restringindo-se tal dispositivo à cocaína, ao ópio e à morfina e seus derivados.

No entanto, mesmo que a maconha tenha sido alvo constante do discurso médico, como já demonstramos, a droga não apareceu em nenhum desses decretos. Sua inserção no rol de substâncias proibidas se deu apenas com o Decreto

23. O Livro V, Título LXXXIX, das Ordenações Filipinas previa "que ninguém tenha em caza (sic) rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso" (CARVALHO, 2016, p. 48).

USO EXCLUSIVO DO RBCRIM

20.930/1932. Cumpre ressaltarmos que, um século antes, o primeiro documento conhecido que restringiu o uso da maconha no Brasil foi uma postura da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, de 1830. A postura sobre a venda de gêneros e remédios e sobre boticários dizia ser "proibida a venda e o uso do 'Pito do Pango', bem como a conservação dele em casas públicas", sendo seus vendedores multados em 20$000 e os escravos e as demais pessoas que fizessem uso seriam penalizado com "3 dias de cadeia" (HENMAN; PESSOA JR., 1986, p. 38).

De acordo com Luísa Saad (2013, p. 3), havia um ditado popular da época que dizia "maconha em pito faz negro sem vergonha". Ditados populares, por vezes, funcionam como a cristalização do senso comum, da opinião pública geral sobre determinado assunto, produzindo uma espécie de dogma sobre a questão, que a simplifica ao ocultar as complexas relações sociais por trás de um evento; no nosso caso particular, o ditado servia para afirmar que "o consumo de maconha torna o negro vagabundo". O discurso médico do período, analisado neste trabalho, funcionava como um legitimador científico dessa impressão equivocada da realidade e é, por essa razão, que o chamamos de pseudocientífico, visto que a função da ciência é justamente o contrário, a saber, "tem por função revelar as coisas ocultas; ao fazê-lo, ela pode contribuir para minimizar a violência que se exercer nas relações sociais" (BOURDIEU, 1997, p. 22).

Tanto a referência direta ao negro – como se o uso não fosse capaz de tornar o branco em sem vergonha – quanto ao artefato "pito" fazem referência aos escravos, sugerindo que o uso da maconha era um problema apenas se disseminado entre eles, vinculando a necessidade de repressão do consumo ao controle dessa população.

Ressalvado esse decreto municipal, uma legislação proibitiva sobre a maconha, mais abrangente, deu-se apenas por meio da inclusão da planta na lista de substâncias proibidas mediante o Decreto 20.930, em 1932.[24] Já uma política proibicionista sistematizada, de acordo com Salo de Carvalho (2016, p. 49), só pode ser verificada no Brasil a partir da década de 1940, com a criação de sistemas punitivos autônomos.

24. Art. 1º do Decreto 20.930/1932: Art. 1º São consideradas substâncias tóxicas de natureza analgésica ou entorpecente, para os efeitos deste decreto e mais leis aplicaveis, as seguintes substâncias e seus sais, congêneres, compostos e derivados, inclusive especialidades farmacêuticas correlatas: I – O ópio bruto e medicinal; II – A morfina; III – A diacetilmorfina ou heroína; IV – A benzoilmorfina; V – A dilandide; VI – A dicodide; VII – A eucodal; VIII – As folhas de coca; IX – A cocaina bruta; X – A cocaína; XI – A ecgonina; *XII – A "canabis indica"*. (Grifo nosso)

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

A "necessidade" de uma política proibicionista sistematizada corresponde à emergência de um novo agente social no cenário político brasileiro das primeiras décadas do século XX: os grandes contingentes populacionais urbanos. De acordo com Maria Helena Capelato (2019, p. 103-104), a partir da Revolução de 1930 foi definida uma política de massas no Brasil voltada para as classes populares com base em críticas ao sistema liberal, tido como incapaz de solucionar os problemas sociais. Assim, o controle social através da forte presença do Estado para "conduzir as massas no caminho da ordem" foi uma das soluções pensadas.

Desse modo, a criminalização de determinadas substâncias psicoativas encontrou o ambiente propício para que se efetivasse as medidas repressivas do período. Com projetos de controle de massas, a elite política "planejava operar uma profunda mudança política, econômica e cultural no país sem alterar a hierarquia social". O regime buscou, então, moralizar a sociedade e estabelecer padrões de conduta com a reformulação da ordem jurídica e a criação de crimes e de criminosos em conformidade com o que se considerava desvio aos comportamentos tidos como legítimos (SOUZA, 2012, p. 49-50).

Jonas Araújo Lunardon (2015, p. 9), ao tratar sobre as políticas proibicionistas como uma forma de criminalização social, relata que o caso da proibição da maconha consistiu em uma política pública repressiva e de controle social por parte do Estado à medida que se voltou para criminalizar um hábito social, o que ficou evidenciado no próprio nome do órgão encarregado de tratar a questão: Delegacia de Costumes, Tóxicos e Mistificações (DCTM). Criada em 1934, tinha como responsabilidade a repressão de crimes relacionados à maconha, bem como o controle e repressão de rodas de samba, capoeira e ritos da umbanda; todas práticas características da cultura dos ex-escravos.

A partir dessas constatações, pode-se concluir que a criminalização da maconha no Brasil foi fruto de uma adequação da proposta às permanentes demandas de controle social. Portanto, tratou-se de uma nova tecnologia de controle populacional dos indesejados, agora no contexto do pós-abolição. Longamente gestada no interior do discurso científico, essas estratégias de controle via criminalização de costumes vieram substituir o paradigma positivista bioantropológico, mais claramente racista ao separar raças entre inferiores e superiores. Assim, se antes o discurso médico sobre a raça havia encontrado o momento propício para externar suas orientações com base nas ideologias racistas e excludentes, no início da década de 1930 esse discurso encontrou novamente espaço para se reafirmar, dessa vez a partir da cultura, conseguindo, finalmente, que o uso da maconha no Brasil fosse legalmente proibido, auxiliando no processo de

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

criminalização da pobreza e justificando a repressão do Estado sobre as classes subalternas (SOUZA, 2012, p. 39).

Considerações finais

O presente trabalho nos permitiu inferir que a criminalização da maconha no Brasil foi uma decisão política alicerçada no discurso médico positivista marcado especialmente pela antropologia criminal e suas teorias racistas e que cumpria o papel de legitimar o controle populacional dos pobres ao mesmo tempo que garantia espaços de atuação exclusivos para a classe média, relacionado aos usos da substância pelos profissionais da área.

Verificamos, através da análise dos discursos, que os médicos condenaram os usos da maconha fora do campo da medicina, defendendo para si a exclusividade da administração da substância e, para isso, apoiaram e legitimaram o controle estatal sobre as drogas administradas pelos demais profissionais ou pessoas comuns que praticavam qualquer conduta com fins medicinais.

Nesse sentido, os discursos médicos realizavam dois objetivos: (i) a busca pela legitimação do profissional da saúde como o único apto a diagnosticar e prescrever tratamentos, incluindo o controle da distribuição e venda de fármacos e (ii) o controle social sobre a parcela mais pobre da população, mediante a associação de determinados usos da maconha aos estratos populacionais marginalizados.

Destaque-se que, embora haja um lapso de tempo entre os discursos médicos analisados e a proibição da maconha em 1932 – e um decurso de tempo ainda mais largo até a atual Lei 11.343/2006 –, os argumentos pseudocientíficos mobilizados no início do século XX continuam ecoando e exercendo influência nos debates públicos sobre a questão das drogas, constituindo parte importante dos sensos comuns sobre o tema.

Apesar do recorte ora proposto não permitir o acompanhamento da questão até os dias atuais, as considerações levantadas nos dão subsídios para afirmar, no tocante à criminalização da maconha, a existência de permanências que remetem às heranças do escravismo, especialmente com relação ao racismo e à marginalização do negro e do pobre em nossa sociedade.

É preciso deixar claro, para não cometermos anacronismos, que se trata de períodos históricos distintos e com especificidades próprias. No entanto, a metodologia histórica nos permite perceber continuidades que se amoldam a cada contexto histórico. Nesse sentido, não é possível ignorar o fato de que, muito embora em teoria, a lei de drogas de 2006 seja um avanço no tocante à descriminalização

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

das drogas para o uso pessoal, na prática, com a disposição que autoriza a autoridade policial a determinar quais as circunstâncias configuram tráfico ou uso, as peculiaridades do realidade nacional acabam aumentando o punitivismo sobre a parcela pobre da população. Além do mais, no momento judicial de determinar se a droga apreendida é para o consumo pessoal ou não, o juiz deve atentar não apenas para a natureza e quantidade da substância, mas também para o "local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente". Na esmagadora maioria dos casos concretos, a justiça tende a confirmar a informação do inquérito policial e a mesma quantidade que caracteriza consumo nas mãos de uma pessoa branca é considerada tráfico em mãos negras (ABRAMOVOY, 2017).

Assim, podemos concluir que a criminalização da maconha no Brasil foi uma decisão política alicerçada em argumentos moralistas, racistas e segregacionistas que não encontram guarida em nenhuma teoria científica contemporânea. Portanto, a permanência da proibição do uso da droga, embora seja legítima, no sentido de juridicamente possível, é insustentável do ponto de vista moral, além de perpetuar noções racistas e discriminatórias incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Referências

ABRAMOVAY, Pedro. Branco é usuário, negro é traficante. *Piseagrama*, Belo Horizonte, n. 11, 2017.

ALBUQUERQUE, Wlamyra. A vala comum da "raça emancipada": abolição e racialização no Brasil, breve comentário. *História Social*, Campinas, n. 19, 2010.

ALMEIDA, Silvio. *Racismo estrutural*. São Paulo: Pólen Livros, 2019.

ALONSO, Ângela. Processos políticos da abolição. In: SCHWARCZ, Lilia M.; GOMES, Flávio. *Dicionário da escravidão e liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

ALVAREZ, Marcos César. A criminologia no Brasil ou como tratar desigualmente os desiguais. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 45, n. 4, 2002.

AZEVEDO, Célia Maria Marinho de. *Onda negra, medo branco:* o negro no imaginário das elites – Século XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BARBOSA, Ivan Fontes. Notas acerca do Discurso Médico Brasileiro sobre a maconha no primeiro quartel do século XX. *Revista Cadernos de Ciências Sociais da UFRPE*, Recife, v. 1, n. 1, 2012.

BARBOSA, João Paulo. *O pós-abolição no Rio de Janeiro*: representações do negro na imprensa (1888-1910). Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *As regras da arte: gênese e estrutura do campo literário*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado*: cursos no Collège de France (1989-92). Trad. Rosa D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

CAPELATO, Maria Helena. O Estado Novo: o que trouxe de novo? In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Org). *O tempo do nacional-estatismo*: do início dos anos 1930 ao apogeu do Estado Novo: Segunda República (1930-1945). Coleção O Brasil Republicano, v. 2. 9. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

CARLINI, Elisaldo Araújo. A história da maconha no Brasil. *Jornal Brasileiro de Psiquiatria*, Rio de Janeiro, v. 55, n. 4, 2006.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: *estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASTRO, Felipe Araújo. *Genealogia histórica do campo jurídico nacional: liberalismo conservador, autoritarismo e reprodução aristocrática.* Tese de Doutorado defendida junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, 2018.

CHALHOUB, Sidney. *Trabalho, lar e botequim*: o cotidiano dos trabalhadores no Rio de Janeiro da *belle époque*. 3. ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2012.

DUARTE, Evandro Piza. Criminologia e racismo: a construção discursiva da criminologia positiva brasileira e a negação da cidadania no Brasil. In: CARVALHO, Salo de; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito*: racismo e homofobia nas ciências criminais. São Paulo: Saraiva, 2017.

DUARTE, Evandro Piza; SCOTTI, Guilherme; NETTO, Menelick de Carvalho. Ruy Barbosa e a queima dos arquivos: as lutas pela memória da escravidão e os discursos dos juristas. *Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, 2015.

DÓRIA, Rodrigues. Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício (1915). In: HENMAN, Anthony; PESSOA JR., Osvaldo (Org.). *Diamba sarabamba:* coletânea de textos brasileiros sobre a maconha. São Paulo: Ground, 1986.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FRAGA, Walter. Pós-abolição; O dia seguinte. In: SCHWARCZ, Lilia M.; GOMES, Flávio. *Dicionário da escravidão e liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HENMAN, Anthony; PESSOA JR., Osvaldo (Org.). *Diamba sarabamba*: coletânia de textos brasileiros sobre a maconha. São Paulo: Ground, 1986.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

IGLÉSIAS, Francisco de Assis. Sobre o vício da diamba (1918). In: HENMAN, Anthony; PESSOA JR, Osvaldo (Org.). *Diamba sarabamba*: coletânea de textos brasileiros sobre a maconha. São Paulo: Ground, 1986.

LIMA, Henrique Espada. Sob o domínio da precariedade: escravidão e os significados da liberdade de trabalho no século XIX. *Topoi*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, jul.-dez. 2005.

LUNARDON, Jonas Araújo. "*Ei, polícia, maconha é uma delícia!*" O proibicionismo das drogas como uma política de criminalização social. Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2015.

MOTT, Luiz. A maconha na história do Brasil (1984). In: HENMAN, Anthony; PESSOA JR, Osvaldo (Org.). *Diamba sarabamba:* coletânea de textos brasileiros sobre a maconha. São Paulo: Ground, 1986.

ODA, Ana Maria G. R; DALGALARRONDO, Paulo. Juliano Moreira: um psiquiatra negro frente ao racismo científico. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 22, n. 4, 2000.

RIOS, Ana Maria; MATTOS, Hebe Maria. O pós-abolição como problema histórico: balanços e perspectivas. *Topoi*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, jan.-jun. 2004.

SAAD, Luísa Gonçalves. "*Fumo de negro*": a criminalização da maconha no Brasil (c. 1890- 1932). Dissertação apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013.

SANTOS, Myrian Sepúlveda dos. *A prisão dos ébrios, capoeiras e vagabundos no início da Era Republicana. Topoi*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, jan.-jun. 2004.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SILVA, Juremir Machado. *Raízes do conservadorismo brasileiro:* a abolição na imprensa e no imaginário social. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SOUZA, Jorge Emanuel Luz de. *Sonhos da diamba, controles do cotidiano:* uma história da criminalização da maconha no Brasil republicano. Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2012.

VELLOZO, Júlio César de Oliveira; ALMEIDA, Silvio Luiz. O pacto de todos contra os escravos no Brasil Imperial. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, 2019.

VIDAL, Sérgio. A regulamentação do cultivo da maconha para consumo próprio: uma proposta de redução de danos. In: NERY FILHO, NERY FILHO, A. et

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

al (Org.). *Toxicomanias*: incidências clínicas e socioantropológicas. Salvador: EDUFBA; Salvador: CETAD, 2009. Disponível em: [http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820.pdf#page=62]. Acesso em: 23.12.2019.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Acesso à saúde pela política pública de plantio da cannabis e a produção de medicamentos na paraíba: estudo de caso da ABRACE, de Maria Clara Freitas Santos e Igor de Lucena Mascarenhas – *RDM* 5/Jan-Abr (DTR\2020\3803);
- Descriminalização da cannabis no Brasil: revisão da legislação e a medicina, de Eduardo G. D'Alessandro – *RDM* 4/Out-Dez (DTR\2019\42457);
- Maconha: legalizar?! eis a questão, de Daniele Oliveira de Melo – *RT* 964/313-331 (DTR\2016\233);
- Proibicionismo e alternativas, de Sebastian Scheerer e Luis Carlos Valois – *RBCCrim* 168/281-310 (DTR\2020\7349); e
- Qual a sua droga? maconha, hipocrisia ou isonomia, de Rosivaldo Toscano dos Santos Júnior – *RBCCrim* 141/213-238 (DTR\2018\8691).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro

Indigenous incarceration: an analysis on indigenous prisoners in Brazilian prison system

Frederico Augusto Barbosa da Silva

Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília. Pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Professor do Mestrado Profissional em Políticas Públicas e Desenvolvimento do IPEA e do Mestrado e Doutorado em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Professor colaborador dos cursos de especialização e formação para carreiras da ENAP.
frederico.barbosa@ipea.gov.br
ORCID: 0000-0001-8696-6153

Isabella Cristina Lunelli

Doutora em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Assistente de Pesquisa da Diretoria de Estudos e Políticas Sociais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (DISOC-IPEA). Bolsista do Programa de Mobilização da Competência Nacional para Estudos sobre o Desenvolvimento (PROMOB, DISOC-IPEA). Membra do IPDMS.
isalunelli@hotmail.com
ORCID: 0000-0003-4498-338X

Recebido em: 11.01.2020
Aprovado em: 11.08.2020
Última versão dos autores: 19.08.2020

Área do Direito: Penal

Resumo: Este artigo se desenvolve sobre o tema do encarceramento de indígenas, vinculando informações do sistema prisional brasileiro com a política indigenista estatal. Tem como objetivo fundamentar os debates entre gestores públicos, indigenistas e indígenas na formulação e implementação de políticas públicas voltadas à questão prisional num estado pluricultural. Ao analisar dados abertos, aponta incoerências e recentes adequações vinculadas às orientações

Abstract: This article develops on the theme of indigenous incarceration, linking information from the Brazilian prison system with the state indigenous policy. It aims to find the discussion between public, indigenous and indigenous managers in the formulation and implementation of public policies focusing on the prison issue in a pluricultural state. Using open and public data, it points out inconsistencies and recent adjustments linked to the current orientations of

Silva, Frederico Augusto Barbosa da; Lunelli, Isabella Cristina. Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 173. ano 28. p. 351-391. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

atuais das políticas de proteção dos direitos indígenas. Com ênfase na publicação da Resolução CNJ 287/2019, propõe-se a descrever as ações estatais que buscam ampliar a efetividade dos direitos humanos garantidos aos povos indígenas, entre outras ainda pendentes.

Palavras-chave: Encarceramento – Povos indígenas – Sistema prisional brasileiro – Pluriculturalidade – Interculturalidade.

indigenous rights and other social policies. With emphasis on the publication of Resolution CNJ 287/2019, it proposes to describe state actions that seek to increase the effectiveness of human rights to indigenous peoples, among other actions still pending.

Keywords: Incarceration – Indigenous peoples – Brazilian prison system – Pluriculturality – Interculturality.

Sumário: 1. Introdução. 2. Dados abertos do sistema prisional brasileiro: as informações anunciadas sobre a população indígena encarcerada. 2.1. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN). 2.2. Projeto "Sistema Prisional em Números" (PSPN). 2.3. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0). 3. Retratos do encarceramento indígena no Brasil: o "problema dos números". 3.1. O quantitativo da população indígena encarcerada: a questão da autodeclaração racial e étnica. 3.2. O mapeamento de alas ou celas exclusivas para população indígena: inconsistências no respeito às diferenças culturais . 4. Desafios atuais à questão prisional numa sociedade pluricultural: notas sobre a Resolução CNJ 287, de 25 de junho de 2019. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A população carcerária mundial era constituída, em 2018, por quase 10 milhões de pessoas, entre presos provisórios ou condenados.[1] A América, com a segunda maior população carcerária, em torno de 3,7 milhões – estando atrás apenas da Ásia, com 4,1 milhões – apresentou a maior taxa de população prisional por habitante (376 para cada 100.000) (WALMSLEY, 2018, p. 2, 17).

Diferentes fatores têm contribuído para explicar o crescimento do encarceramento. O acirramento das políticas punitivas e a adoção de modelos de Estado

1. 12. ed. da Lista Mundial de População Prisional, elaborada com base nos dados do projeto *World Prison Brief,* do *Institute for Criminal Policy Research* (Universidade de Londres). O relatório aponta que "os números relativos à Eritreia, à Somália e à República Popular Democrática da Coreia do Norte não estão disponíveis e os da China e da Guiné-Bissau estão incompletos". Além disso, não estão incluídos "prisioneiros mantidos sob autoridades não reconhecidas internacionalmente e aqueles presos que aguardam julgamento, mantidos em instalações policiais e não incluídos em totais nacionais de população carcerária". Dessa forma, o total da população carcerária mundial seria, "portanto, superior a 10,74 milhões e provavelmente será bem superior a 11 milhões" (WALMSLEY, 2018, p. 2-17).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

penal são descritas como reação ao fracasso de políticas inclusivas de desenvolvimento, com o consequente aumento da pobreza, da violência e das desigualdades (VILALTA et al., 2019, p. 6). Como efeito desse "populismo penal", estima-se que a população carcerária na América do Sul, somente entre os anos 2000-2018, tenha aumentado em 175% (WALMSLEY, 2018, p. 17).

O resultado dessa solução penalista adotada pelos Estados não está somente no aumento da população carcerária mas também na superlotação das penitenciárias e na multiplicação das situações em que se observam condições desumanas e degradantes. O modelo atinge de forma marcante grupos em maior vulnerabilidade social, entre eles pobres, negros e indígenas. Além disso, os sistemas prisionais têm baixa capacidade para lidar eficazmente com sua própria gestão, os quais, ao exigirem recursos financeiros elevados, encontram-se subfinanciados e apresentam situações de precariedade extrema, entre outras questões (JACOBSON et al., 2017, p. vii).

A situação brasileira não foge à regra. O Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo. De acordo com dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública, em junho de 2017,[2] o país tinha o total de 726.354 presos (BRASIL, 2019a). A projeção de crescimento da população prisional indicou que, em 2019, seriam 911.687 presos (BRASIL, 2017a).

O sistema prisional brasileiro encontra na pluriculturalidade da população brasileira outro desafio, especialmente diante da obrigatoriedade de proteção constitucional dessas culturas. Quer dizer, a diversidade de culturas que coexiste em território brasileiro também se projeta para dentro dos muros do cárcere e deve ser considerada tanto nos processos judiciais e execuções penais quanto na formulação e implementação de ações de proteção a encargo das políticas indigenistas estatais.

Vale sempre recordar que o último Censo Demográfico (IBGE, 2010), avançando no conhecimento da diversidade desses povos no território nacional,

2. Segundo o relatório sintético publicado (BRASIL, 2019a, p. 7), "no período observado [junho de 2017] há 726.354 pessoas privadas de liberdade no Brasil, das quais 706.619 pessoas são mantidas em unidades administrados pelas Secretarias Estaduais. Há ainda as pessoas que são custodiadas em carceragens de delegacias de polícia ou outros espaços de custódia administrados pelos Governos Estaduais, totalizando 19.735 pessoas custodiadas nestes espaços. É importante destacar que, até a data de fechamento deste relatório, não foram validados os dados relativos a junho de 2017 para as pessoas custodiadas em carceragens de delegacias de polícia ou outros espaços de custódia administrados pelos Governos Estaduais. Assim, por questão metodológica, optou-se por considerar os dados validados em dezembro de 2016".

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

descreveu a existência de uma população indígena de 817.963[3] indivíduos (homens e mulheres), pertencentes a 305 povos distintos, com recuperação demográfica significativa para várias etnias e desafiando as políticas públicas sob diferentes dimensões. É nesse contexto que se fazem necessários estudos sobre a população carcerária indígena e sua situação, especialmente para que políticas públicas adequadas sejam implementadas garantindo proteções de direitos de forma a evitar violações das condições mínimas de dignidade.[4]

Seja em decorrência das poucas informações disponíveis, seja pelo racismo institucional que ainda marca a implementação de políticas públicas, o encarceramento de indígenas é assunto tratado com descuido, o que invisibiliza essas populações, reforça discriminações e impede a proteção de direitos. Este estudo pretende tratar algumas dessas lacunas, explorando dados disponíveis, articulando-os com a interpretação da resultante do conjunto das atividades do sistema de justiça, apontando para algumas das suas inconsistências e para a necessidade de adequações no sistema prisional à luz das orientações atuais vigentes para a proteção dos direitos indígenas. Reconhecemos que algumas iniciativas já existem, mas carecem de reforço, seja no sentido da sua visibilização, seja no acompanhamento por parte de órgãos públicos ou da sociedade civil nacional e internacional.

Para tanto, este trabalho será desenvolvido em três partes. Na primeira parte, voltada à metodologia empregada na pesquisa, são apresentados os bancos de dados abertos do sistema prisional brasileiro, bem como as características das informações que eles anunciam sobre a população indígena encarcerada.

A segunda parte faz um retrato sobre o encarceramento de indígenas no Brasil. Ao correlacionarmos dados abertos, resultados de estudos empíricos e orientações relativas à materialização dos direitos dos povos indígenas, apontamos incoerências e inconsistências no que se refere às relações entre o paradigma vigente das políticas de proteção dos direitos indígenas voltados à questão prisional numa sociedade pluricultural.

---

3. O Censo Demográfico 2010 refere-se à existência de 896,9 mil indígenas. Desse contingente populacional, 817,9 mil indígenas assim se declararam no quesito cor ou raça, e 78,9 mil eram pessoas residentes em terras indígenas (TIs) e afirmaram ser de outra cor ou raça (principalmente pardos, 67,5%), mas se consideravam "indígenas" de acordo com aspectos como tradições, costumes, cultura e antepassados (IBGE, 2010).
4. Com caráter exploratório, alguns estudos científicos são precursores na denúncia dos efeitos dessa negligência e auxiliam no embasamento de análises sobre essa realidade (SILVA, 2013; SILVEIRA, 2014; BAINES, 2015).

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Por fim, na última parte, com ênfase no conteúdo da Resolução CNJ 287, de 25 de junho de 2019, bem como nas diretrizes de atuação intercultural traçadas a tribunais e magistrados para seu cumprimento, propomo-nos a descrever as ações estatais que buscam ampliar a efetividade dos direitos humanos garantidos aos povos indígenas, entre outras ainda pendentes.

2. Dados abertos do sistema prisional brasileiro: as informações anunciadas sobre a população indígena encarcerada

Para analisar a população indígena encarcerada, de presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro, foram explorados três bancos de dados oficiais: o Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN), o projeto "Sistema Prisional em Números" (PSPN) e o Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0).

Cada base de informações tem diferenças em suas formas de gestão, em sua caracterização e no tipo de informação oferecida, tendo alcances e limitações. A compreensão dessas potencialidades permitirá organizar estratégias de acompanhamento, oferta de informações para o acompanhamento das garantias de direitos e também a proposição de aperfeiçoamento dos fluxos de produção e uso daquelas informações.

O fundamental é que essas informações sejam acessíveis aos povos indígenas para a formulação de suas próprias concepções ou mesmo desenvolvimento de estudos ou fins diversos que possam atender a objetivos da participação e do controle social. Para tanto, na análise dos dados, buscou-se utilizar e enfatizar os dados abertos disponíveis.

O uso da Lei 12.527/2011[5] possibilitou um grande avanço no acesso à informação, mas ainda são necessários muitos aperfeiçoamentos que dependem não apenas do uso sistemático e do aprendizado dos demandantes especialistas ou familiarizados com as demandas de informações, mas da facilitação da linguagem, interfaces e simplificação de suas exigências técnicas, nem sempre acessíveis à população em geral ou a povos indígenas e comunidades tradicionais.

5. A Lei 12.527/11, de 18 de novembro de 2011, a chamada Lei de Acesso às Informações, dispõe sobre o acesso a informações públicas, disciplinando o inciso XXXIII do art. 5; o inciso II do § 3 do art. 37; e o § 2 do art. 216 da Constituição Federal de 1988.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

2.1. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN)

O primeiro banco de dados considerado nesta pesquisa se refere ao programa de coleta de dados do sistema prisional brasileiro sob responsabilidade do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) do Ministério da Justiça (MJ).

As informações são coletadas por meio de um formulário preenchido pelos gestores – sobretudo estaduais – de todos os estabelecimentos prisionais do país responsáveis pela custódia das pessoas privadas de liberdade. Esses informes referentes à população prisional e aos estabelecimentos penais (recursos humanos, logísticos e financeiros) foram reunidos num banco de dados. A partir disso, o INFOPEN passou a ser considerado como uma ferramenta estratégica do poder executivo federal para a gestão prisional brasileira.

Criado em 2004, ele disponibiliza dados por semestre,[6] por estados e em âmbito nacional. Entre os anos de 2014[7] e 2017, o levantamento nacional de informações penitenciárias recebeu o formato de um relatório sintético. Ao condensar as informações estatísticas do sistema penitenciário brasileiro, agregando a análise da qualidade da informação, trouxe à tona propostas para política penitenciária nacional (BRASIL, 2015, 2015a, 2017a, 2017b, 2018b, 2019a). Cabe salientar que os últimos dados estatísticos produzidos pelo DEPEN ocorreram até o primeiro semestre de 2017, não havendo levantamentos posteriores publicizados até o momento da submissão deste artigo.

Da leitura dos relatórios sintéticos, poucas são as informações sobre a população indígena encarcerada. Em comparação aos outros grupos raciais explorados no relatório, os dados sobre presas e presos indígena são silenciados em sua macroanálise. Em virtude disso, para além dessas poucas referências extraídas acerca do perfil identitário indígena, foram explorados os relatórios analíticos nacionais disponibilizados pelo Ministério da Justiça.[8] Vale ressaltar também que algumas informações, como a presença de alas ou celas destinadas

6. Os dados do INFOPEN estão disponibilizados, geralmente, por semestre, sendo divulgadas as informações relativas a junho e dezembro de cada ano. No entanto, há alguns períodos em que há ausência dessa informação, tais como dezembro/2013 e junho/2015.

7. Em 2014, o censo das unidades prisionais teve sua metodologia reformulada passando a disponibilizar novas informações, tal como "o fluxo de entrada e saída, detalhamento de aspectos relativos à infraestrutura de pessoal e de recursos humanos, das assistências previstas pela Lei de Execução Penal, e da segurança dos estabelecimentos".

8. A base de dados pode ser acessada em formato "xls" ou "csv" e encontra-se disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-de-dados/bases-de-dados]. Além disso, esta pesquisa utilizou-se do sistema eletrônico do serviço de

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

exclusivamente para presos e presas indígenas, somente foram disponibilizadas a partir de 2014.

Paralelamente, a partir de 2012, em cumprimento à Lei 12.714 (de 14 de setembro de 2012), um novo sistema foi desenvolvido pelo DEPEN, denominado de Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN). Disciplinado pela Portaria do Ministério de Justiça 795, de 25 de junho de 2015, e idealizado como uma ferramenta de integração para os órgãos de administração penitenciária no Brasil, o SISDEPEN alude a um banco de dados centralizado mantido pelo governo federal em correlação com as secretarias de segurança e justiça estaduais e municipais, bem como suas respectivas administrações penitenciárias. Ou seja, trata-se de uma proposta de gestão unificada dos dados sistematizados referentes às pessoas privadas de liberdade que objetiva, a longo prazo, reunir informações dos órgãos de segurança pública, judiciário, ministério público, defensoria pública, Ordem dos Advogados do Brasil e órgãos da administração prisional para o acompanhamento da execução de penas, prisão cautelar e medida de segurança em todos os estados brasileiros.

Em tese, para além de uma maior integração das informações e acesso de diversos órgãos, a principal diferença entre o INFOPEN e o SISDEPEN recai na metodologia de coleta dos dados. Em vez de um formulário de coleta de dados a ser preenchido anualmente pelo gestor de cada unidade prisional, o SISDEPEN promete identificar o custodiado e acompanhar o cumprimento da pena individualmente, possibilitando acesso às informações e o mapeamento da realidade da execução penal de forma simultânea e atualizada. Esse conjunto de estratégias articuladas seria um meio para garantir a elaboração de políticas públicas mais adequadas, a garantia dos direitos e dos benefícios pertinentes e uma maior observância aos prazos, realização periódica de exames, inspeções mais bem instruídas, entre outros.

O SISDEPEN tem a expectativa de ser um sistema completo, atualizado e capaz de gerar informações em tempo oportuno para a gestão e garantia de direitos, mas sua efetiva operação ainda encontra inúmeros obstáculos, tal como a incapacidade técnica e a ausência de estruturas locais, como a própria disponibilidade de internet satisfatória para alimentar o banco de dados em unidades prisionais de regiões longínquas do país. Convém esclarecer que o acesso ao banco de dados é limitado, não se podendo dele extrair, até o presente momento, nenhum dado no

informação ao cidadão (e-SIC), protocolo 08850.003029/2019-62, demandando informações atualizadas, as quais se fundamentaram nos dados extraídos em 2016.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

tocante à população carcerária e muito menos sobre a questão indígena prisional ou mesmo racial, razão pela qual o SISDEPEN não é utilizado nesta pesquisa.

2.2. Projeto "Sistema Prisional em Números" (PSPN)

Diante da falta de informações precisas e atualizadas sobre o sistema prisional no país, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) idealizou o Projeto "Sistema Prisional em Números" (PSPN), com o objetivo de dar maior visibilidade e transparência aos dados coletados. Com isso, o segundo banco de dados tomado em análise refere-se aos dados produzidos pelo Ministério Público, a partir das inspeções regulares (visitas ordinárias realizadas pelos membros do MP) dos estabelecimentos penais de todo o país, e compilados pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em atenção à Resolução CNMP 56, de 22 de junho de 2010.

O acesso aos dados do PSPN é passível de ser realizado no *site* do CNMP,[9] o qual permite visualizar os relatórios anuais do período de 2015 a 2018 e trimestrais. Nestes, são possíveis de averiguar informações referentes aos estabelecimentos cadastrados no Sistema de Inspeção Prisional do Ministério Público, nos âmbitos federal, estadual e municipal, incluindo sua capacidade e ocupação, além do perfil da população encarcerada. Vale ressaltar que, além da infraestrutura do sistema prisional, o projeto traz à tona dados estruturais qualitativos, como os serviços prestados à população carcerária, tais como assistência à saúde, educação e trabalho, integridade física dos presos, garantia de visitas, entre outros aspectos das políticas de execução penal.

Destaca-se, entre as especificidades dos dados reunidos no perfil da população encarcerada, o quantitativo de presos indígenas no sistema prisional brasileiro. É possível extrair informações quanto ao número de presos indígenas – por região e por estabelecimento penal – em relatórios anuais (2015 a 2017) e trimestrais (somente a partir de 2017). Entretanto, os dados qualitativos não estão disponibilizados por raça/cor.

2.3. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0)

Por último, temos os dados produzidos no âmbito da Lei 12.106, de 02 de dezembro de 2009, referente ao Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP 2.0) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Distinto, portanto, dos

9. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros].

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

sistemas de dados mantidos pelo Ministério da Justiça e pelo Ministério Público, o BNMP 2.0 é mantido pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e pelo Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF), vinculados ao CNJ.

O BNMP foi criado com o objetivo de mapear a população carcerária brasileira a partir de informações do Poder Judiciário, sendo instituído inicialmente em 2011 (BNMP 1.0) e atualizado para uma nova versão (BNMP 2.0), em 2018.[10] Essa atualização guarda relação, entre outras demandas que partiam dos próprios usuários, com o julgamento de duas ações no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF).[11] O respectivo órgão jurisdicional, ao determinar a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país, decidiu pelo aprimoramento do cadastro informatizado de todos os presos brasileiros, sob responsabilidade do CNJ.

Embora o BNMP 1.0 já acumulasse informações sobre os mandados de prisão de todo o país, os dados ainda se mostravam inconsistentes sobre o cumprimento ou a revogação das ordens de prisão, entre outras questões. Com isso, em sua nova versão, o BNMP 2.0 passou a permitir o monitoramento de cada estágio da prisão do apenado, sendo alimentado por informações tanto dos tribunais de justiça como das autoridades policiais e dos diretores de estabelecimentos prisionais de unidades de internação. Ao haver a identificação dos presos em tempo real e de forma individualizada, viabiliza-se uma padronização nacional e atualizada, fornecendo uma maior precisão dos dados concernentes à população carcerária e evitando a duplicidade ou o atraso de informações prestadas.

Dessa forma, mais do que um mapeamento da população encarcerada, o BNMP 2.0 atribui a cada preso um "Registro Judicial Individual" (RJI), que tem como base a própria movimentação dos processos judiciais do custodiado. Qualquer movimentação nos processos penais daquela pessoa deve constar no seu

10. Coube à Resolução do CNJ 137, de 13 de julho de 2011, regulamentar o banco de dados de mandados de prisão, nos termos do art. 289-A do CPP, acrescentado pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Em 2018, com a Resolução do CNJ 251, de 4 de setembro de 2018, revogada a Resolução 137, foi instituída uma nova versão do banco de dados, o "Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0", o qual passou a permitir o acesso, inclusive, de mandados de prisão civis.

11. As ações judiciais referenciadas fazem alusão, em especial, à ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 e ao Recurso Extraordinário 841.526, ambos analisados, respectivamente, em setembro de 2015 e março de 2016, que determinaram ao CNJ a criação de um cadastro nacional dos presos.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

RJI, que passa a ser atualizado instantaneamente. É interessante observar que o sistema atende também às necessidades das famílias das vítimas de crimes, que podem, quando assim desejado, ser informadas sobre a decretação da prisão do autor do fato e sua condição (procurado, preso, solto), por exemplo.

Vale ressaltar, ainda, conforme dispõe a Resolução do CNJ 251, de 04 de setembro de 2018, que o instituiu e regulamentou, que o cadastro no BNMP 2.0 abrange todas as pessoas privadas de liberdade em razão de ordem judicial proferida em procedimentos de natureza criminal e civil, incluindo os procurados e foragidos. No entanto, o cadastramento não alcança as pessoas que estiverem no cumprimento de medida cautelar diversa da prisão, os condenados submetidos ao sistema de monitoramento eletrônico no cumprimento da pena, bem como aqueles sem recolhimento, prisão domiciliar e adolescentes apreendidos em razão de ato infracional.[12]

O acesso aos dados do BNMP 2.0 é restrito. Por isso, para a aferição das informações pertinentes ao tema explorado nesta pesquisa, foram utilizadas as respostas atribuídas aos pedidos realizados por meio dos instrumentos da lei de acesso à informação.[13]

3. Retratos do encarceramento indígena no Brasil: o "problema dos números"

Nesta segunda parte, apresentamos o retrato sobre o encarceramento de indígenas a partir das informações extraídas dos bancos de dados abertos acerca do sistema prisional brasileiro, descritos anteriormente.

Cabe esclarecer, primeiramente, que a atenção dada à população indígena encarcerada é mínima nos relatórios gerados a partir dos bancos de dados sob análise. Não há um relatório oficial específico sobre o tema relacionado ao perfil identitário indígena, o que justifica o tratamento, mesmo que exploratório, das informações sobre a questão.

12. Sobre o sistema desenvolvido para que os magistrados do Brasil possam fazer um acompanhamento efetivo dos adolescentes que cometeram atos infracionais, *vide* Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNACL). Disponível em: [www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cadastro-nacional-de-adolescentes-em-conflito-com-a-lei]. Acesso em: 17.05.2019.

13. Pedido de acesso à informação, Registro Ouvidoria/CNJ 244421 (SEI 07160/2019), resposta do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (Chamado 58353747).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Nesse contexto, obviamente, carências e questionamentos levantados comunicam a imprescindibilidade do acesso e da transparência de dados, bem como da multiplicação dos estudos que permitam o aperfeiçoamento das informações. Faz-se necessário afirmar isso, sobretudo, tendo como base os estudos de campo outrora publicados que denunciam situações não capturadas nos dados, não absorvidas pelos sistemas e/ou invisibilizadas pelo Estado.

Correlacionando-as a resultados de estudos empíricos e orientações relativas aos direitos dos povos indígenas, considerados no desenvolvimento da análise que se segue, indicações de inconsistências, incoerências e adequações pendentes às orientações da política indigenista atuais são tecidas.

3.1. O quantitativo da população indígena encarcerada: a questão da autodeclaração racial e étnica

Não se pode afirmar com precisão qual é o número exato da população carcerária indígena, contabilizando homens e mulheres. Os sistemas de monitoramento e informação ainda não estão sincronizados e coordenados, não têm uniformidade nas classificações, datas de referência de coleta e tratamento de dados, e há ainda certa imprecisão e descuido nos processos de classificação e acompanhamento de indivíduos da população indígena.

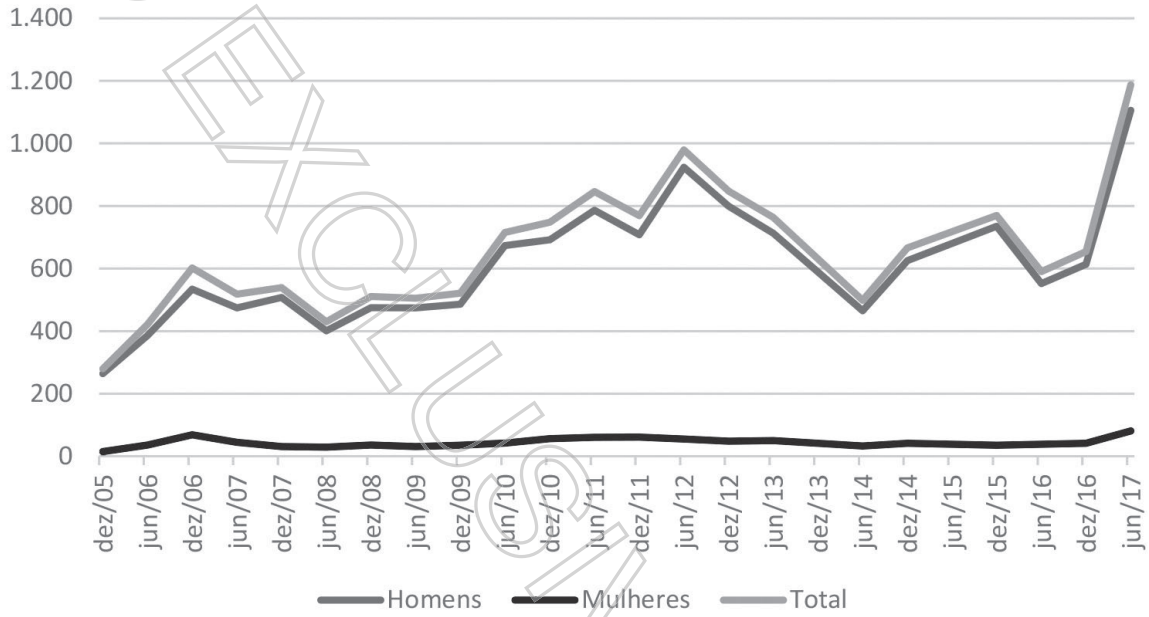
Segundo o INFOPEN/MJ, em junho de 2017,[14] havia 1.106 homens indígenas e 81 mulheres em situação de cárcere, totalizando 1.187 indígenas que representavam 0,16% de toda a população encarcerada brasileira (726.354 indivíduos).

Entre dezembro de 2005 a junho de 2017, conforme indica o gráfico a seguir, é possível constatar um aumento nesse período de 425% da população carcerária indígena. Ao observarmos o gráfico, considerando a existência de referências do perfil do preso quanto à "cor da pele/etnia" (a partir de dezembro de 2005), verificamos que o número de presos indígenas oscilou, apresentando um aumento significativo em junho de 2012 e encontrando seu ápice em junho de 2017.

14. Último período divulgado até o momento da submissão deste artigo.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Gráfico 1 – Quantitativo de presos e presas indígenas, de 2005 a 2017, segundo INFOPEN



Fonte: INFOPEN/DEPEN/MJ, dez./2005 a jun./2017. Elaborado pelos autores.

Ao considerar os dados do PSPN/CNMP, ainda que deixem de abordar a interseccionalidade entre raça e gênero em sua divulgação, tem-se para o mesmo período considerado (2º trimestre de 2017), a presença de 642 "presos indígenas" no sistema prisional brasileiro. Os números registrados em 2019 (1º trimestre), por sua vez, apontaram o registro de 729 presos indígenas, em 126 estabelecimentos penais, de 97 municípios diferentes.

Em comum os relatórios anuais do PSPN/CNMP (2015 a 2018) demonstram que, além do aumento gradual da população indígena encarcerada, as regiões com o maior percentual de ocupação indígena são, em primeiro lugar, a região centro-oeste, seguidas pelas regiões norte, sul, nordeste e sudeste. Destacam-se, no primeiro relatório trimestral de 2019 e considerando a quantidade por perfil, os estados de Mato Grosso do Sul (338), Roraima (112) e Rio Grande do Sul (98). Ao se levar em conta o percentual de ocupação por perfil, sobressaem os estados de Roraima (3,44%), Mato Grosso do Sul (1,73%), Acre (0,48%), Rio Grande do Sul (0,25%) e Tocantins (0,16%).

Dados mais atuais, como o BNMP 2.0/CNJ (julho de 2019), relatam o registro de 48 mulheres indígenas e 806 homens indígenas, totalizando 854 indígenas

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

privados de liberdade em razão de ordem judicial proferida em procedimentos de natureza criminal e civil.[15]

Quando comparadas ao número absoluto da população carcerária brasileira, reflexões totalizantes – que, por si só, tendem a ser excludentes às "questões minoritárias" – naturalmente passam a atribuir certa insignificância nos estudos e discursos sobre o quantitativo da população indígena encarcerada, uma vez que esta se apresenta como reduzida quando comparada às outras raças/cores. No entanto, a própria inflexão dos dados deve ser problematizada, e é sobre esse ponto que nos deteremos.

Os dados administrativos mostram-se incapazes de substituir as pesquisas empíricas e, concomitantemente, o sistema penal de justiça não produz informações que permitam o acompanhamento em tempo oportuno para a proteção de direitos. Dessa forma, são necessários levantamentos de campo e a mobilização de redes de pesquisa que permitam a produção de dados confiáveis *in locu*, ou seja, a partir de visitas, observação no campo e entrevistas.

Além das dificuldades para realizar acompanhamento da população carcerária indígena, o sistema de justiça tem a prerrogativa, nas situações de exclusão do convívio comunitário, de garantir condições dignas aos custodiados, conforme os direitos sociais e humanos e, por essa razão, são necessários esforços de produção de informações adequadas. Mais importante no argumento, pois já se conhece a situação e a realidade do sistema prisional, é assinalar a deficiência da produção de dados administrativos para retratar o encarceramento indígena no Brasil.

Diferentes estudos empíricos têm apontado a negligência na produção desses dados, o que exacerba o racismo institucional e a desproteção praticada diante da diversidade étnico-racial dentro do sistema prisional. Explicamos.

Os sistemas de dados estudados fazem uso das mesmas categorias raciais utilizadas pelo IBGE, que, por sua vez, deveria aplicar o princípio da autodeclaração dos custodiados. Portanto, o reconhecimento subjetivo de pertencimento a uma cor ou raça (branca, amarela, preta, parda ou indígena) depende da autoafirmação de cada cidadão, jamais podendo ser admitida, conforme a legislação brasileira e a Constituição, como função do Estado determinar a raça de uma pessoa.

15. Pedido de acesso à informação registrado na Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça, chamados 244421 e 58362328. No entanto, como é possível observar na tabela 4 em anexo, esse número inclui 135 mandados pendente de cumprimento e 400 indígenas "em liberdade".

USO EXCLUSIVO BOLETIM IBCCRIM

No caso específico dos povos indígenas, a autodeclaração depende da coexistência de dois critérios: a consciência de sua identidade indígena que se materializa na autodeclaração e o reconhecimento dessa identidade por parte do povo de origem, como dispõe a Convenção 169/89 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)[16], combinada com outros diplomas legais. Portanto, não compete ao Estado reconhecer se determinada pessoa é ou não indígena, mas, sim, "garantir que sejam respeitados os processos individuais e sociais de construção e formação de identidades étnicas".[17] Isso porque, para além de uma constatação da diversidade racial, a autodeclaração é instrumento que legitima a percepção de tratamento jurídico diferenciado, tal como a fruição de benefícios e direitos especiais.

Dessa forma, uma questão de profunda relevância é saber como os dados de identidade étnica são produzidos. Embora se reconheça a legitimidade de gestores penitenciários – a exemplo do INFOPEN – serem responsáveis pela coleta de dados que informam a raça/cor dos presos que irão compor o relatório, estes deveriam agir nos limites da verificação e nunca da atribuição. Em outras palavras, como representantes do Estado, a eles são vedados o poder de atribuir a cor, a raça ou a etnia dos cidadãos encarcerados, sendo-lhes defeso apenas a verificação da autodeclaração.

A questão da violação ao direito à autodeclaração da população encarcerada indígena que permanece invisibilizada no sistema prisional foi constatada em diversos estudos, inclusive constando de relatórios oficiais. Os dados informados pelo CNMP, a exemplo, descrevem a inexistência de prontuários indígenas. Por sua vez, a presença da população indígena não registrada enquanto tal também pôde ser constatada, a exemplo do mencionado, nas visitas realizadas por peritos do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura, conforme se depreende do relatório anual de 2017 (BRASIL, 2018a).

Coube ao Mecanismo averiguar as denúncias de lideranças indígenas sobre as constantes violações aos direitos humanos dos povos indígenas privados de liberdade no estado de Roraima.[18] A sobreposição da dificuldade de acesso

16. A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, foi promulgada pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004.

17. FUNAI. Quais os critérios utilizados para a definição de indígena? Disponível em: [www.funai.gov.br/index.php/todos-ouvidoria/23-perguntas-frequentes/97-pergunta-3]. Acesso em: 15.05.2019.

18. Conforme o relatório, "dentre tais violações, podem ser destacadas as seguintes: (a) hostilização e humilhações decorrente da condição étnica por parte dos agentes do

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

a uma justiça que não lhes é culturalmente própria com a ausência de procedimentos institucionais no transcurso do processo judicial que lhes garanta o respeito dos elementos culturais acumula-se com uma complexa ignorância das garantias ao respeito à diversidade cultural brasileira presente mesmo dentro do sistema prisional (BRASIL, 2018a, p. 59), como se constata em trecho do relatório transcrito:

> "A direção de Monte Cristo indicou que não há indígenas na instituição, haja vista o fato de 'ninguém usar arco e flecha' em suas rotinas em liberdade, denotando um completo desconhecimento sobre a questão. No entanto, a equipe do Mecanismo Nacional observou diversas pessoas que se identificavam como indígenas, localizadas, sobretudo na ala conhecida como 'Favela' ou 'Cozinha'. De acordo com as pessoas entrevistadas, haveria, somente nesta ala, em torno de 40 indígenas. Há outras também nas demais alas da unidade, em quantidade que não pôde ser verificada devido à ausência de procedimentos de identificação da população custodiada em Monte Cristo." (BRASIL, 2018a, p. 60)

A fragilidade do dado no tocante à população encarcerada indígena não se limita à adequação e à produção da classificação primária, ou seja, o preenchimento que expressa quem é o não indígena. A prática (mesmo omissiva) de atribuição das características étnico-raciais pela administração pública fere princípios insculpidos em direitos internacionais. Com isso, a inconsistência do dado é transpassada por diversos fatores que denunciam uma sociedade racista e discriminatória em todo o processo penal, que pode ter início desde a detenção ou a abertura do inquérito, perpassando o aprisionamento e toda a execução da pena.

É razoável esperar uma sub-representação da população indígena no sistema prisional. Ao preencher o requisito cor/raça, unidades prisionais tendem a classificar os indígenas com base na cor da pele ("aparência"), e não na autodeclaração racial, sendo corriqueiramente preferível a opção "pardos" que a de "indígena"

---

estado; (b) cerceamento ao direito de culto religioso de acordo com as tradições étnicas; (c) ausência de assistência psicossocial por parte de indigenistas da FUNAI e ou de Organizações não governamentais; (d) total precariedade do sistema de justiça no acompanhamento das ações envolvendo indígenas; (e) falta de tradutores indígenas no acompanhamento de toda a fase inquisitorial e processual prejudicando a compreensão dos atos administrativos e processuais, bem como o contraditório e a ampla defesa" (BRASIL, 2018a, p. 58).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

(ABA, 2008, p. 10, 28-29). Além disso, a ausência de tradutores das línguas indígenas impõe limites à comunicação,[19] dificultando a prestação da informação e o acesso a uma justiça cultural.[20]

As denúncias de descaracterização racial dos povos indígenas no sistema penal são recorrentes e insidiosas, pois, além da invisibilização indígena nos dados, geram desproteção e permitem a desconsideração de direitos que conferem tratamento especial. Como descreveu o antropólogo Cristhian Teófilo da Silva (2013), essa descaracterização racial dos povos indígenas não apenas nega seu *status* legal diferenciado em todo o trâmite processual como também promove sua invisibilidade estatística e, em especial, jurídica desses sujeitos de direito que, diante de suas particularidades culturais, necessitam de assistência qualificada de órgãos indigenistas e instâncias policiais e jurisdicionais assim capacitadas.

Essa deficiência poderia ser contornada com uma exigência – e necessária capacitação – do correto preenchimento da qualificação étnico-racial do acusado ou da acusada logo na abertura do inquérito, devidamente acompanhado por tradutores que trouxessem à tona não somente os esclarecimentos solicitados, mas, sobretudo, a mútua compreensão dos atos administrativos e processuais a ambas as partes.

19. Segundo o Censo 2010, 23,10% dos indígenas com 5 anos ou mais de idade não falam a língua portuguesa. No entanto, há uma acentuada diferenciação entre os indígenas que vivem dentro das terras indígenas e os que vivem fora. Considerando a proporção de indígenas na faixa entre 5 e 14 anos, 15 e 49 anos e com 50 anos ou mais, que vivem nas terras indígenas, quase todos os falantes de língua indígena não falavam português na época da realização do censo, sendo o maior percentual para os indígenas de 50 anos ou mais (97,3%). Associada à percepção do rendimento, a pesquisa demonstrou que, "dentro das terras, 97,9% dos indígenas que recebiam até um salário mínimo falavam língua indígena e não falavam português, enquanto fora das terras o percentual declinou para 50,6%. Entre os sem rendimento, 96,6% dos residentes nas terras indígenas falavam apenas língua indígena. Fora das terras, a proporção era de 68,7%" (IBGE, 2012).

20. Os debates em torno do tema da justiça cultural têm sido desenvolvidos por alguns pesquisadores latino-americanos nestes últimos anos. Para Fidel Turbino (2016, p. 72), a justiça cultural versa sobre "o reconhecimento da dignidade humana em sua diversidade de manifestações". Ao projetar a pretensão de "construir as condições que façam possível a justiça cultural", o autor propõe a interculturalidade como meio de alcançá-la. Para Raúl Fornet-Betancourt (2014), por sua vez, a demanda por justiça cultural expressa as reivindicações de todas e todos aqueles que tiveram suas formas de produção de saber e suas vozes silenciadas historicamente. Ao legitimar de forma igualitária a expressão de justiça em conformidade com seus modos de vida, expõe a necessária ruptura de assimetrias e desigualdades nas relações entre as culturas.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Por fim, resta ainda relatar os casos críticos em que há omissão dos próprios indígenas de sua condição racial-étnica. Damas da Silveira (2015, p. 99), ao publicar os resultados parciais de pesquisa realizada entre 2011 e 2012 pela Universidade Federal de Roraima (UFRR), evidenciou que, em regiões marcadas pela violência e/ou com forte viés discriminatório contra povos indígenas, como é o estado de Roraima, há uma tendência da negação, pelos próprios indígenas, de sua identidade como defesa de integridade física e psíquica. Ou seja, em vez de acederem a um tratamento jurídico-penal especial, que, por direito, lhes é garantido, escolhem a invisibilidade pressupondo a ação discriminatória usual se reconhecidos enquanto tais. Situação essa é reincidente mesmo em unidades do sistema socioeducativo que transparece no relatório do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura (BRASIL, 2018a, p. 80) e em demais estudos analisados (BAINES, 2015, p. 153), que acabam contradizendo os dados com a empiria.

3.2. O mapeamento de alas ou celas exclusivas para população indígena: inconsistências no respeito às diferenças culturais

Sobre a população indígena encarcerada devem incidir as garantias declaradas pelos direitos humanos. E, ainda que existam sistemas de dados, como o PSPN/CNMP, que avaliem, por exemplo, a existência de assistência à saúde, assistência à educação, acesso ao trabalho, integridade física dos presos e a garantia de visita a estes, não é possível aferir diretamente o tratamento dispensado a presos e presas com perfil étnico indígena. Sabe-se, entretanto, que a situação geral do sistema prisional é de precariedade e de descumprimentos de direitos.

A respeito de outras informações quanti-qualitativas que os sistemas de dados analisados possam trazer sobre o tema, o INFOPEN/MJ traz algumas referências complementares sobre a existência de unidades prisionais com ala ou cela destinada exclusivamente a grupos específicos, tal qual os povos indígenas.

Tratando-se de "seções ou módulos autônomos, incorporados ou anexos a estabelecimentos para adultos, ou celas exclusivas destinadas a abrigar grupos específicos", as alas ou celas destinadas exclusivamente aos povos indígenas estão presentes em 1% das unidades prisionais brasileiras. Em números, a capacidade de presos indígenas em celas ou alas exclusivas era de 86 indivíduos, considerando a publicação do último relatório do INFOPEN/MJ, referente a junho de 2017.

USO EXCLUSIVO DO PPGCRIM

Tabela 1 – Estabelecimentos prisionais com ala ou cela exclusiva para população indígena (INFOPEN, 2014-2016)

Estabelecimentos com ala ou cela exclusiva			
Mês/ano do relatório	**Quantidade**	**Porcentagem**	**Capacidade de pessoas**
jun./14	8	0%	22
dez./14	11	1%	80
dez./15	11	1%	65
jun./16	12	1%	74
dez./16	12	1%	92
jun./17	11	1%	86

Fonte: INFOPEN/DEPEN/MJ, jun./2014 a jun./2016. Elaborada pelos autores.

A existência dessas alas/celas destinadas exclusivamente para esse segmento populacional pressupõe o resguardo das particularidades culturais indígenas, bem como da integridade física e psíquica diante da vulnerabilidade a que estão expostos no sistema penitenciário brasileiro. A criação de alas ou celas exclusivas nas unidades prisionais é admitida como uma solução diante do distanciamento de indígenas encarcerados de um padrão de identidade "comum" verificada internamente nesses estabelecimentos, que, por sua vez, os expõem a práticas racistas e discriminatórias.

É explícita, na análise dos dados do INFOPEN, a escassez de referências sobre a representação étnica dos povos indígenas dentro do sistema prisional (quantidade de presos e presas indígenas por povo indígena). Nesse sentido, não há informações se as alas ou celas exclusivas trazem considerações sobre a diversidade intrínseca ao próprio conceito de "indígenas" – uma vez que, sob essa categoria, estão 305 povos distintos (IBGE, 2010) –, tampouco há estudos empíricos atestando as consequências da segregação na redução de estigmas, discriminação, intolerância entre encarcerados e agentes penitenciários.

Aquém da gravidade da falta de informações confiáveis para o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas específicas,[21] mais adiante de uma perspectiva intramuros, a existência de alas ou celas exclusivas aos povos

21. A afirmação é da Controladoria-Geral da União (CGU): "A situação atual, portanto, é grave, pois a falta de informações confiáveis sobre o sistema penitenciário nacional

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

indígenas deve ser encarada, no mínimo, como singular diante das práticas jurisdicionais. Se, por um lado, os indígenas, uma vez dentro dos sistemas prisionais, são considerados "diferentes", destinando-lhes alas ou celas exclusivas diante da vulnerabilidade cultural e identitária; por outro, previamente ao encarceramento, são recorrentemente sentenciados como destituídos de suas particularidades, equiparando-os a uma massa homogênea de "réus".

A negação das diferenças culturais entre indígenas e não indígenas nas diversas fases de investigação, do processo penal ou mesmo da execução da pena pôde ser constatada em estudos empíricos e análise de decisões judiciais. Massificando as particularidades identitárias sob uma ideia que impõe isonomia onde não há igualdade, em seu conjunto, aponta-se para uma tendência à supressão de qualquer tratamento jurídico especial aos indígenas envolvidos.

Ao relatar o mapeamento da situação dos indígenas sob custódia (regime fechado) da Penitenciária Agrícola do Monte Cristo, no Estado de Roraima, Edson Damas da Silveira (2015) constatou que, dos 31 detentos indígenas entrevistados, 55% deles, mesmo possuindo o Registro Administrativo de Nascimento Indígena fornecido pela Fundação Nacional do Índio (RANI/FUNAI), não tiveram a condição de indígena considerada nos processos relatados.

Como se constatou em sua pesquisa, mesmo com a autodeclaração dos indígenas no processo e perante os magistrados, essa qualidade foi desconsiderada, negando-lhes a aplicação de direitos específicos por serem considerados "integrados" ou "aculturados". Ao considerarem a existência de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF), porte de carteira de identidade (Registro Geral/RG), a titularidade de conta bancária ou mesmo carteira de motorista, os magistrados sentenciaram que os indígenas "já estariam integrados à comunhão nacional e, bem por isso, completamente assimilados pela sociedade envolvente, perdendo assim e para fins de direito, a sua condição de indígenas" (SILVEIRA, 2015, p. 103).

Tal exercício hermenêutico dos magistrados – de sentenciarem os indígenas como aculturados e/ou integrados – não é incomum nos estudos jurisprudenciais em âmbito nacional (MENEZES, 2016), exacerbando, por vezes, prejulgamentos e preconceitos sobre a questão. Nesses, o fundamento jurídico para o encarceramento indígena e, sobretudo, o afastamento de legislação penal especial é construído a partir do uso equivocado de categorias antropológicas;

dificulta o desenho e a implementação de políticas públicas por parte do governo federal" (BRASIL, 2017c, p. 8).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

demonstrando que o desconhecimento dos operadores do direito e representantes de instituições penais sobre a questão indígena é evidente. Ao decidirem sobre a identidade dos indígenas, sentenciados como "integrados" à sociedade envolvente, utilizam-se de preceitos indigenistas ultrapassados, argumentos preconceituosos, mal informados e moralmente duvidosos, incitando a discriminação e o tratamento desigual entre indígenas, organizando uma escala valorativa e culturalmente hierárquica que, ao final, tende a restringir o gozo de direitos salvaguardados.[22]

De fato, o fundamento jurídico de restrição de direitos aos indígenas, de estarem "integrados" ou "aculturados", guarda tipificação na Lei 6.001/73 (Estatuo do Índio).[23] Promulgado numa época em que a antropologia condenava seu objeto de estudos – no caso, os povos indígenas – ao desaparecimento devido à intensificação do contato com a cultura estatal, o Estatuto do Índio segue em vigência sem se adequar literalmente aos avanços científicos e às novas orientações indigenistas,[24] mesmo estando sujeito tanto aos ditames constitucionais promul-

22. Conforme a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (adotada pela Resolução 2.106-A da Assembleia das Nações Unidas em 21 de dezembro de 1965. Aprovada pelo Decreto Legislativo 23, de 21.6.1967. Ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968. Entrou em vigor no Brasil em 04.01.1969. Promulgada pelo Decreto 65.810, de 8.12.1969. Publicada no *DO* de 10.12.1969), artigo 1º, § 1: "Para fins da presente Convenção, a expressão 'discriminação racial' significará toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto ou resultado anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício em um mesmo plano (em igualdade de condição) de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública".

23. A Lei 6.001/73, em seu artigo 4º, traz o que a doutrina denominou como critérios de "indianidade", classificando os povos indígenas em isolados, em vias de integração e integrados. Artigo 4. "Os índios são considerados: I – Isolados – Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional; II – Em vias de integração – Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento; III – Integrados – Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura".

24. Há atualmente inúmeros projetos de lei que visam à alteração parcial de dispositivos da Lei 6.001/73. Destacam-se, em especial, dois projetos de lei que substituem integralmente o Estatuto do Índio: um referente ao PL 2.057/1991, que dispõe sobre o

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

gados em 1988 quanto ao controle de convencionalidade que exercem as normas internacionais de direitos humanos.

Já foi parte do senso comum que o processo de mudança dos padrões culturais indígenas resultante da assimilação (leia-se "adoção") de elementos culturais da sociedade abrangente desencadearia a aniquilação de identidades. Em outras palavras, foi parte da compreensão antropológica então vigente que a perda da cultura dos povos indígenas (propagada sob o termo "aculturação") seria inevitável, resultando na sua completa integração a um modo homogêneo de ser e viver da sociedade nacional. A integração dos povos indígenas à comunhão nacional, tida como certa, pautava o integracionismo como um paradigma orientador do indigenismo de estado, conduzindo políticas públicas a eles relacionadas, bem como a criação e aplicação do direito.

Desde então, passado meio século, as experiências e a ciência demonstraram que o processo de integração de povos indígenas é algo de maior complexidade. As identidades são dinâmicas e relacionais, sendo reinventadas e emergindo em modos culturais sempre referenciados socialmente, demandando o reconhecimento da pluriculturalidade dentro do território estatal.

Esse fenômeno social de reafirmação cultural e identitária foi acompanhado em todos os territórios nacionais da América Latina. Sob a denominação de "emergência indígena" (BENGOA, 2007) ou "etnogênese" (BARTOLOMÉ, 2006), temas como a reconfiguração étnica, autodeclaração e o reconhecimento identitário foram alinhados com as reivindicações por ampliação da participação política dos povos indígenas, bem como do compromisso estatal de delinear novas práticas indigenistas que superassem uma visão assimilacionista ou integracionista.

Nesse contexto, faz-se necessário explicitar que, sobretudo entre as décadas de 1970 e 1980, ultrapassada a percepção da necessária tutela estatal para garantir a continuidade dos povos indígenas – até mesmo por sua ineficiência empírica – a eles foram reconhecidos e declarados direitos à autodeterminação. A capacidade de se autodeterminarem conforme a sua cultura e nas dimensões política, econômica, jurídica, social, entre outras, desvincula-os de uma pretensa tutela estatal. Essa autodeterminação desdobra-se, inclusive, na adoção de práticas jurisdicionais próprias que, diante das particularidades que lhes são intrínsecas, distinguem-se daquelas adotadas pelo estado nacional. Com isso, aos povos

Estatuto das Sociedades Indígenas, e o PLS 169/2016, proposto pela Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI).

USO EXCLUSIVO DO PDGRIM

indígenas é assegurado o uso de seus "costumes" e "métodos tradicionais" para decidirem, de forma comunitária e autônoma, os próprios rumos de sua sobrevivência e continuidade cultural, tal qual a aplicação de seus sistemas jurídicos comunitários (e consuetudinários) relacionados também à repressão dos delitos de seus membros.[25]

O reconhecimento de um pluralismo jurídico interno, ou seja, da coexistência de sistemas jurídicos distintos em um território nacional, traz não apenas materialidade ao direito à autodeterminação e à autonomia desses povos como também é prelúdio para a superação de práticas tutelares, já inscritas em diferentes diplomas legais. Essa efetiva readequação da ação indigenista estatal, agora, sob um viés intercultural, é um desafio que se impõe ao poder executivo federal na elaboração da política indigenista e também aos poderes legislativo e judicial.

A ideia de interculturalidade pressupõe a presença de culturas distintas que se mantêm em constante relação e intercâmbio permanente sem a pretensão de dominação, colonização, exclusão, estigmatização ou discriminação. Nessa inter-relação-cultural que se estabelece entre a cultura estatal e as culturas indígenas, valores como soberania nacional, monopólio da violência pelo Estado e unidade interna do ordenamento jurídico não são ameaçados, mas expostos a uma adequação. Torna-se premissa da nova orientação indigenista intercultural o reconhecimento da diversidade e do pluralismo, invalidando qualquer ato que promova a homogeneização cultural interna, tal qual a integração dos povos indígenas com a imposição de práticas culturais penais que lhes são alheias.

No entanto, diante das consequências do enfraquecimento do tecido social, muitas vezes pela imposição contínua de práticas violentas de assimilação ou integracionismo características do projeto tutelar estatal, a crença na capacidade do sistema jurídico estatal na resolução de conflitos e distribuição de justiça transforma-se na única possibilidade dos povos indígenas, mesmo que essa se exerça de forma discriminatória em todos os seus momentos.

Ocorre que, mesmo com o acesso dos povos indígenas à justiça estatal, suas características socioeconômicas e culturais devem ser respeitadas,[26] preterido o encarceramento diante de outros tipos de punição. A excepcionalidade do encarceramento não significa que os indígenas sejam inimputáveis, mas que, na

25. Assim dispõem os artigos 231 da CF/88, 5 e 34 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, 8 a 10 da Convenção 169/89 da OIT e 57 da Lei 6.001/73.

26. Artigo 10 da Convenção 169/89 da OIT.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

prática, deve ser assegurado o respeito à sua identidade e à sua cultura. Isso se concretiza por meio de inúmeras atuações institucionais, tais como a presença de tradutores de línguas indígenas, a liberdade de culto e práticas curativas, no acompanhamento de órgãos e instituições indigenistas especializados (FUNAI), na realização do laudo antropológico, entre outros. Além disso, uma vez sentenciados ao cumprimento de penas de reclusão e detenção, estas devem ser executadas em regime especial de semiliberdade "no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado",[27] o que não é demonstrado com clareza nos estudos e dados analisados.[28]

É inequívoco que as decisões judiciais mobilizam representações estereotipadas e preconceitos diversos ao se pautarem em categorias obsoletas que desprezam a identidade cultural e tem como consequência a "descaracterização étnica judicial dos indígenas" para fins de criminalização (SILVA, 2013, p. 148). Mesmo em casos nacionais emblemáticos de reconhecimento da prática de jurisdição indígena pelo poder judiciário, declarando a subsidiariedade do direito estatal quando constatada a prática de um sistema de justiça próprio dos povos indígenas, a qualificação do réu como indígena só foi concretizada no curso do processo,[29] demonstrando que a ausência de qualificação da ré ou do réu indígena é prática usual que tende a afastar o respeito às diferenças culturais.

Enquanto a legislação voltada às relações entre estado e povos indígenas reconhece os direitos diferenciados deles, os operadores do direito e agentes estatais do sistema penal sobrepõem um discurso de igualdade que mascara desigualdades, massifica o sistema penal e expõe as contradições das ações indigenistas brasileiras.

27. Art. 56, parágrafo único, da Lei 6.001/73.

28. A exemplo, os dados completos do PSPN/CNMP explicitam que não há informações sobre a notificação da FUNAI nos casos em que presos e presas indígenas integram o sistema prisional estatal.

29. A referência é dos autos 0090.10.000302-0, que tramitaram na Vara Criminal da Comarca de Bonfim/RR, a respeito de uma decisão judicial datada de 03.09.2013 que argumenta pela: 1) excepcionalidade do caso; 2) norma jurídica individualizada ao caso concreto; 3) subsidiariedade do direito de punir estatal; 4) inaplicabilidade dos institutos penais e processuais penais e 5) reconhecimento da jurisdição indígena como fator de fortalecimento de usos, costumes e tradições indígenas. Na doutrina, o caso que versa de um homicídio praticado dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol ficou conhecido como "caso Wapichana" ou "caso Denilson" (LUNELLI, 2015, p. 214).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

4. Desafios atuais à questão prisional numa sociedade pluricultural: notas sobre a Resolução CNJ 287, de 25 de junho de 2019

O evidente sub-registro da população indígena encarcerada diante da explícita defasagem quantitativa nas estatísticas oficiais, além das recorrentes denúncias de violações de seus direitos, conduziu órgãos e instituições estatais a se organizarem no enfrentamento dessa questão nestes últimos anos.

A necessidade de medidas efetivas que garantissem o acompanhamento, um efetivo diagnóstico e o auxílio dos indígenas encarcerados levou a Ouvidoria da FUNAI, ainda em 2014, à elaboração do Projeto "Atenção integral a indígenas em situação de encarceramento". Objetivando o levantamento de dados, a avaliação da situação prisional de indígenas e a análise processual no que se refere ao respeito das garantias reconhecidas em legislação específica, medidas foram adotadas visando, também, ao compartilhamento de informações com outros órgãos e instituições de justiça.

No mesmo período, a Defensoria Pública da União (DPU) instituiu o grupo de trabalho de atendimento às comunidades indígenas (GT Comunidades indígenas),[30] a fim de elaborar estratégias de atuação e integração da DPU à rede de proteção dos grupos em situação vulnerável. Entre estas, anunciando a atuação do órgão na defesa de direitos coletivos dos povos indígenas, coube a recomendação à DEPEN para efetivar registro qualificado de identificação dos presos indígenas (com informações sobre etnia, terra indígena, língua e situação de contato), com garantias ao direito à autodeclaração.[31]

Com a articulação interinstitucional para o aprimoramento na identificação da população indígena encarcerada, criou-se, no âmbito do Ministério Público Federal, o grupo de trabalho intercameral "Presos indígenas e violência policial

30. GT Comunidades indígenas foi instituído com a Portaria 291, de 27 de junho de 2014, sendo o foco de sua atuação a "defesa dos interesses de comunidades indígenas, que vão desde a expedição de documentos, até a assistência jurídica em causas criminais ou que envolvem o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). A DPU também pode intervir em casos de interesse coletivo, como demarcação de reservas. Ademais, o GT fomenta a educação em direitos, atua na defesa de comunidades indígenas impactadas por grandes empreendimentos, salvaguarda direitos de índios em situação de prisão e contribui para a elaboração de políticas públicas de assistência jurídica a comunidades indígenas" (BRASIL, 2018, p. 38-39).

31. Ofício 466 – DPU/GABDPGF, de 16 de outubro de 2015.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

contra indígenas".[32] Quanto aos objetivos inicialmente definidos no plano de trabalho, estavam o mapeamento dos presos indígenas por unidade da federação e por estabelecimento prisional, o mapeamento de situações englobando atos de violência contra indivíduos e populações indígenas e a recomendação de atuação conjunta e imediata entre CNMP, CNJ, DEPEN, PFE e FUNAI nos estabelecimentos prisionais.

Como resultado dos esforços empreendidos, algumas respostas vêm aparecendo. Em julho de 2019, o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do CNJ publicou a Resolução 287,[33] que visa estabelecer "procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade", além de atribuir "diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário". Ao assegurar os direitos e garantir as condições especiais aos autodeclarados indígenas no sistema de justiça penal, esse instrumento normativo propõe reforçar a adequação da questão prisional indígena à realidade pluricultural brasileira. Ou melhor, propõe-se adequar o tratamento jurídico-penal atribuído pelo sistema de justiça criminal estatal às pessoas indígenas aos marcos normativos protetivos vigentes, com especial atenção à superação do paradigma integracionista.

No conteúdo da referida resolução, encontram-se ações que visam traçar diretrizes às autoridades judiciais com o fim de instrumentalizar direitos específicos da população indígena no transcurso do processo penal e da execução da pena, bem como o efetivo registro nos sistemas informatizados do CNJ. Estabelecendo garantias às especificidades culturais indígenas no âmbito criminal do Poder Judiciário, reafirma o direito à autodeclaração, a necessidade de esclarecimentos sobre os direitos especiais no acesso à justiça, a comunicação obrigatória da FUNAI, a presença de intérprete e a realização de perícia antropológica, quando devidas, por meio de um cadastro de intérpretes especializados nas línguas faladas

32. O grupo de trabalho "presos indígenas e violência policial contra indígenas" foi instituído por meio da Portaria 1/2015, envolvendo a 6ª e 7ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Para mais informações: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/grupos-de-trabalho-1/presos-indigenas-e-violencia-policial-contra-indigenas]. Acesso em: 20.07.2019.

33. Resolução 287, de 25 de junho de 2019, que estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário. *DJe*/CNJ 131, de 02.07.2019, p. 2-3.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

pelas etnias características da região e peritos antropólogos a serem mantidos pelos tribunais.

Assim, além das garantias processuais gerais, outras garantias específicas atinentes aos indígenas submetidos à justiça criminal são agregadas, tais como: a aplicação preferencial de mecanismos de responsabilização próprios da comunidade indígena (art. 7); o respeito aos costumes e às tradições na aplicação de medidas cautelares (art. 8); o respeito aos costumes e às tradições na aplicação de penas restritivas de direitos (art. 9, I); a conversão da multa em prestação de serviços à comunidade (art. 9, II); o cumprimento preferencial da prestação de serviços à comunidade para a comunidade indígena (art. 9, III); a aplicação do regime especial de semiliberdade previsto no art. 56 do Estatuto do Índio quando haja condenação a pena de reclusão e de detenção (art. 10); e a adequação das condições de cumprimento de pena em estabelecimento penal às especificidades culturais indígenas em matéria de visitas sociais, alimentação, assistência à saúde, assistência religiosa, acesso a trabalho e educação (art. 14) (BRASIL, 2019).

É interessante observar a alocação do papel das autoridades judiciais na violação de direitos e, em decorrência, a necessidade de aperfeiçoamento dos procedimentos do poder judiciário. A determinação de ações ativas na identificação dos suspeitos, acusados e réus como indígenas, na avaliação do grau de conhecimento da língua portuguesa e competência linguística na utilização de referenciais narrativos, é explicitada como instrumento para a superação da discriminação e o acesso à justiça.

Além de reforçar o conteúdo do Protocolo I da Resolução CNJ 213/2015 – com especial atenção aos casos de aplicação de medida cautelar alternativa à prisão e da realização de audiência de custódia,[34] legitimando também o atendimento pela Defensoria Pública na prestação da assistência jurídica aos povos indígenas[35] –, a resolução inova ao prever a realização de consulta prévia pelas autoridades judiciais.

O direito à consulta livre, prévia e informada (CLPI) é reconhecido e declarado aos povos indígenas em diversos instrumentos internacionais e nacionais

34. A Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015, dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

35. Com a Emenda Constitucional 80, de 4 de junho de 2014 – que alterou o Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça do Título IV – Da Organização dos Poderes e acrescentou artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal – novos desafios foram colocados aos campos de atuação das Defensorias Públicas estaduais, com especial atenção na defesa dos direitos indígenas (GIFFONI, 2015; SILVA, 2017).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

de direitos humanos, sendo uma das esferas práticas do direito à autodeterminação. É, portanto, dever do Estado respeitar e garantir o direito à consulta que tem como critério de incidência as hipóteses em que direitos coletivos de uma comunidade culturalmente diferenciada são afetados por ato público. Essa consulta, quando realizada, deve ser de boa-fé (livre, prévia e informada) e observar os procedimentos apropriados mediante instituições representativas indígenas a fim de resguardar a integridade física e cultural desses povos.

A consulta prévia à comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada também é prevista, sempre que possível, para fins de determinação pela autoridade judicial do cumprimento da prestação de serviços à comunidade (art. 9, III), da aplicação do regime especial de semiliberdade para condenação a penas de reclusão e de detenção (art. 10 c/c art. 56 da Lei 6.001/1973) ou da prisão domiciliar (art. 11).

Destacamos, no teor da resolução, o dever das autoridades judiciais de considerarem os mecanismos próprios de resolução de conflitos da comunidade indígena a que pertença a pessoa acusada, mediante a previsão expressa de realização de consulta prévia (art. 7). A adoção ou homologação pela autoridade judicial estatal de práticas de resolução de conflitos e de responsabilização em conformidade com costumes e normas da própria comunidade indígena é prevista desde que essas práticas não se revistam de caráter cruel ou infamante, sendo proibida em qualquer caso a pena de morte (parágrafo único do art. 7 c/c o art. 57 da Lei 6.001/73).

Com isso, a diversidade dos povos indígenas em território nacional (pluriculturalidade), o dever de consulta prévia, livre e informada às comunidades, o respeito à língua, aos costumes, às crenças e às tradições, à organização social, bem como as estruturas políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, a importância do direito ao território, o direito de acesso à justiça e a excepcionalidade extrema do encarceramento indígena são elevados a categorias principiológicas da atuação judicial instrumentalizando ações públicas voltadas aos povos indígenas.

A inovação parece sutil, porém é profunda e acompanha uma adequação necessária – mas nem por isso completa – do sistema penal às orientações atuais da atuação estatal indigenista. A resolução não apenas propõe regras específicas sobre direitos processuais penais dos povos indígenas e acompanha a convencionalidade ditada pela Convenção da OIT 169/1989 como também vincula os atos de autoridades judiciais à necessidade de realização de consulta aos povos indígenas ao se considerar a degradação inerente da cultura indígena sob efeitos do sistema penitenciário brasileiro.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Na iminência de sua vigência, como previsto na resolução, o CNJ disponibilizou um manual com orientações a tribunais e magistrados sobre os procedimentos relativos a pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade (BRASIL, 2019). Dividido em seis capítulos, aborda: 1) princípios gerais da atuação de tribunais e magistrados em casos criminais envolvendo acusados, réus ou condenados indígenas; 2) identificação dos suspeitos, acusados e réus indígenas; 3) estrutura permanente de apoio aos juízes e tribunais em matéria de povos indígenas e justiça criminal; 4) tomada de decisão nos casos envolvendo acusados ou réus indígenas; 5) particularidades da mulher indígena submetida à justiça criminal; 6) tratamento das pessoas indígenas privadas de liberdade.

No tocante a esta última publicação, que aporta ferramentas à atuação do poder judiciário no trato de situações interculturais, fizemos uma associação com uma dinâmica observada em países como México, Paraguai, Peru e Bolívia. Nestes, a conformação da ação política indigenista estatal (que substitui integracionismo pela interculturalidade) é ajustada por meio da adoção de protocolos que norteiam as condutas do judiciário diante de práticas de interlegalidade.

De forma geral, o manual visa fomentar práticas de atuação do poder judicial, trazendo considerações, por exemplo, sobre a construção de estrutura de cumprimento de penas e prisão provisória para indígenas, preferencialmente no interior dos aldeamentos, com disponibilização de espaços e materiais de trabalho para manufatura de artesanato e atividades laborais, com supervisão de antropólogo ou técnica da FUNAI, de acordo com as características de cada etnia. Orienta que, diante de indícios ou informações de que a pessoa trazida a juízo seja indígena, a autoridade judicial deverá cientificá-la da possibilidade de autodeclaração e informá-la das garantias decorrentes dessa condição, previstas nessa Resolução (art. 3, § 1). Também envolve outras instituições para participarem dessa relação intercultural, verificada na recomendação de imediata comunicação à FUNAI e na interlocução com universidades públicas na formação de banco de cadastro de intérpretes de línguas indígenas.

É um desafio da atual perspectiva indigenista construir relações que sejam justas entre e para ambas as culturas envolvidas. Por justiça cultural, no marco da interculturalidade, compreendemos o reconhecimento da dignidade humana em sua diversidade de manifestações, o reconhecimento de todas as culturas em condições de igualdade como preceito de legitimidade e legalidade das instituições e ações estatais numa sociedade pluricultural.

Ciente de que a questão racial é essencial para se compreender as práticas de violência e tortura no sistema prisional e socioeducativo (BRASIL, Mecanismo,

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

2017, p. 79), a medida vem em consonância com uma pendente adequação e coerência entre as políticas de segurança pública do estado brasileiro e do sistema penal com as atuais orientações indigenistas. Os protocolos de atuação intercultural tendem, nesse sentido, a sedimentar o reconhecimento do aspecto relacional das culturas jurídicas em território brasileiro, reconfigurando a atuação judicial a uma outra percepção acerca da tangibilidade de um efetivo estado democrático – e agora intercultural – de direito.

Considerações finais

Na construção desta pesquisa sobre o encarceramento da população indígena no sistema prisional brasileiro, objetivamos evidenciar informações disponíveis em dados abertos, vinculando-os às orientações de atuação política indigenista estatal. Enfatizamos que as ações estatais recentes buscam ampliar a efetividade dos direitos humanos garantidos aos povos indígenas no Estado pluricultural, como é o caso da Resolução CNJ 287/2019.

O direito penal estatal se identifica com a proteção dos valores, costumes, tradições e crenças de determinados grupos sociais dominantes. Às condutas desviantes são imputadas penas. A força do direito penal parece simples na sua operacionalidade, mas guarda complexidades funcionais e pouco tem internalizado a discussão sobre novos paradigmas de políticas direcionadas a povos indígenas. Essa justiça criminal, mesmo reconhecendo direitos aos povos indígenas – e de seus próprios sistemas jurídicos –, não inibe a ocorrência das assimetrias e inúmeras formas de injustiça nas relações interculturais.

Por isso, no quadro conceitual da justiça cultural, pode-se delimitar algumas conclusões provisórias

A partir do que se discutiu no trabalho, é inequívoca a ausência de informações sistematizada a respeito da população indígena no sistema penal, a qual parece refletir diretamente o desconhecimento das instituições e dos atores do sistema penitenciário sobre as realidades indígenas no Brasil.

Sobre a produção e o tratamento de informações de forma adequada, esses são procedimentos necessários ao planejamento de políticas e proteção judicial de indivíduos e povos indígenas. Soluções simples como a disponibilização dos dados do SISDEPEN ou mesmo dos dados qualitativos do CNMP por raça/cor e gênero já trariam algum aperfeiçoamento a essa questão ao permitir maior acesso e análise.

Ressaltamos que é de fundamental relevância em adequação ao direito à autodeterminação dos povos indígenas que essas informações sejam acessíveis a

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

eles e gestores públicos responsáveis, seja para a formulação de concepções, desenvolvimento de estudos ou fins diversos que possam atender a objetivos da participação e do controle social. No tocante ao aperfeiçoamento da ação estatal indigenista, a participação e o controle social, pilares de governos democráticos, dependem da transparência da administração pública e da abertura à discussão de fatos, ideias e programas.

Evitamos apresentar, neste texto, a rede de assertivas interpretativas que nos inspira na construção dos dados. Contudo, vale enfatizar alguns pontos nesta etapa conclusiva.

Contemporaneamente, os dinamismos econômicos e sociais pressionam e transformam as instituições públicas. A reestruturação produtiva, a desindustrialização e a dependência dos países em desenvolvimento dos fluxos financeiros e de capitais internacionais estão implicadas na reestruturação das classes e na criação de vulnerabilidades e exclusões. A divisão étnica e racial dos países pós-coloniais acrescenta complexidades adicionais às emaranhadas relações de poder condensadas na atuação Estatal.

A questão indígena é atravessada por essas contradições: políticas subfinanciadas, discriminação negativa, desproteção territorial, ambiental e social, ações públicas insuficientes para a garantir a autonomia étnica e os seus direitos.

O conflito étnico desenrola-se nas cidades e nos campos e é gerido com o recurso evidente das políticas de segurança pública, seletivamente punitivistas, bem como se reproduz nas margens dos territórios indígenas, com tensões crescentes e desdobramentos esperados em termos de atuação do sistema penal. Os sistemas penais punitivistas, sendo o encarceramento uma de suas manifestações, criam linhas de contenção e exclusão, permitindo a limitação seletiva dos conflitos.

Fragmentação, precarização e flexibilização do trabalho assalariado alinham-se com discriminação e estigmatização, a outra face da redução do Estado social pluralista. Os indicadores de encarceramento indígena devem ser entendidos nesse contexto interpretativo.

Mesmo sem exatidão, os dados demonstram claramente uma curva ascendente do encarceramento indígena nesta última década. Na construção da análise, quando abordamos o "problema dos números", elucidamos a questão da autodeclaração racial e étnica (indígena/povo), assim como as inconsistências no respeito às diferenças culturais dentro do sistema penal estatal, e descrevemos obstáculos que impedem a vigência de direitos diferenciados aos povos indígenas.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Poucas, ou mesmo inexistentes, são as informações qualitativas sobre a atual situação dessas e desses indígenas no sistema prisional. Cabe destacarmos, com especial atenção, a ausência de informações acerca das mulheres indígenas, gestantes ou não, as quais apresentam claramente uma tendência ao agravamento das violações de direitos ao se acumularem os efeitos da interseccionalidade gênero/raça e condições da vulnerabilidade social.

Por fim, num contexto de encarceramento em massa e de crescente degradação da vida das pessoas presas, a Resolução CNJ 287/2019 constrói novo instrumento de política pública para uma desnaturalização da prisão e punição estatal a indivíduos e povos indígenas. A Resolução traz uma nova perspectiva de respeito dos direitos culturais na execução da pena, mas que demanda muita disposição entre poderes e instituições para que sua letra se torne realidade.

A reorientação da atuação estatal visa à correção das inconsistências e incoerências na atuação na proteção de direitos humanos dos povos indígenas. A consulta prévia reforça a presença e o papel do poder judiciário na realização de uma justiça cultural, compelindo-o a agir ativamente para uma abertura à interculturalidade e uma melhor adequação de decisões e interpretações dos direitos declarados aos povos indígenas.

A Resolução também vincula novos atores institucionais aos processos penais e associa outros direitos negligenciados pela justiça criminal, ampliando acesso. Ao determinar a participação indígena na tradução intercultural, em casos específicos previstos, a resolução reconhece e valoriza as línguas e a diversidade. A atribuição à autoridade judicial do dever de reconhecer a manifestação da identidade indígena tem um caráter pedagógico e direciona a pronta resposta do sistema judiciário na sensibilização e capacitação desses atores.

Por isso, é essencial que ações públicas – e orçamento público para sua execução – sejam instituídas para que órgãos indigenistas, instâncias policiais, jurisdicionais e penitenciárias sejam capacitados e a execução dessas adequações, por sua vez, monitorada a fim de os objetivos serem alcançados. O desconhecimento ou a ignorância no trato da justiça cultural não pode passar despercebida na desconstrução de uma sociedade racista. O maior desafio na promoção da justiça cultural no Estado marcado pela pluralidade consiste na implementação de ações coordenadas, reconhecimento das especificidades de cada povo indígena, capacitação e sensibilização dos atores estatais que venham a enfrentar as formas e expressões do racismo institucional.

USO EXCLUSIVO DO PROGRIM

Referências

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. Trad. José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ANTROPOLOGIA (ABA); PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA (PGR). *Criminalização e situação prisional de índios no Brasil*. Edital Projeto de Pesquisa ESMPU 19/2006. Relatório Final. Brasília: ABA, 2008.

BAINES, Stephen Grant. A situação prisional de indígenas no sistema penitenciário de Boa Vista, Roraima. *Vivência, Revista de Antropologia*, n. 46, 2015, p. 143-158.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. As etnogêneses: velhos atores e novos papéis no cenário cultural e político. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, p. 39-68, abr. 2006.

BENGOA, José. *La emergencia indígena en América Latina*. Chile: Fondo de Cultura Económica, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Notas explicativas sobre o projeto sistema prisional em números*. Brasília, s/d. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/transparencia/relatorios-em-bi/11313-sistema-prisional-em-numeros]. Acesso em: 01.02.2019.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Junho de 2014*. Brasília, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres. Junho de 2014*. Brasília, 2015a.

BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Relatório de missão a unidades de privação de liberdade no estado de Roraima*. Brasília, outubro de 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Diretoria de Políticas Penitenciárias. *Modelo de gestão para a política prisional*. Documento elaborado por Felipe Athayde Lins de Melo, resultado do produto "Proposta de Modelo de Gestão da Política Prisional" no âmbito de Consultoria Nacional Especializada para Formulação de Modelo de Gestão para a Política Prisional, sob supervisão de Valdirene Daufemback, projeto BRA/011/2014 – Fortalecimento da Gestão do Sistema Prisional Brasileiro, parceria entre o Departamento Penitenciário Nacional e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Brasília, 2016a.

BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Relatório de visita a unidades de privação de liberdade do Mato Grosso do Sul*. Brasília, 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Dezembro de 2015*. Brasília, 2017a.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Atualização, junho de 2016*. Brasília, 2017b.

BRASIL. Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União. *Relatório de avaliação da execução de programa de governo 67*. Programa Nacional de Apoio ao Sistema Prisional. Brasília, 2017c.

BRASIL. Defensoria Pública da União. *Assistência jurídica integral e gratuita no Brasil:* um panorama da atuação da Defensoria Pública da União. 3. ed. Brasília: DPU, 2018.

BRASIL. Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura. *Relatório Anual 2017*. Brasília, 2018a.

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres*. 2. ed. Brasília, 2018b.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual da Resolução 287/2019*. Procedimentos relativos a pessoas indígenas, acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade. Orientações a tribunais e magistrados para cumprimento da Resolução 287/2019 do Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN. Atualização, junho de 2017*. Brasília, 2019a.

CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI); UNIVERSIDADE CATÓLICA DOM BOSCO (UCDB). *Situação dos detentos indígenas do estado de Mato Grosso do Sul*. Brasília: CTI, 2008.

ESCOBAR, Arturo. Más allá del desarrollo: postdesarrollo y transiciones hacia el pluriverso. *Revista de Antropología Social*, n. 21, p. 23-62, 2012.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Crítica intercultural de la filosofía latinoamericana actual*. Madri: Editorial Trotta S.A., 2004.

GIFFONI, Johny Fernandes. A Defensoria Pública e a defesa dos direitos das populações indígenas. In: BURGER, Adriana Fagundes Burger; KETTERMANN, Patrícia; LIMA, Sérgio Sales Pereira (Org.). *Defensoria Pública:* o reconhecimento constitucional de uma metagarantia. Brasília: ANADEP, 2015.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

JACOBSON, Jessica; HEARD, Catherine; FAIR, Helen. *Prison:* evidence of its use and over-use from around the world. Londres: Institute for Criminal Policy Research; Fair Trials, 2017.

LEVINÁS, Emmanuel. *Entre nós:* ensaios sobre a alteridade. Trad. Pergentino Stefano Pivatto et al. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

LUNELLI, Isabella Cristina. *Pluralismo jurídico no Brasil:* diálogos entre direito estatal e direito indígena. Dissertação (Mestrado em Teoria, Filosofia e História do Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

MENDES, Karla. Sem defesa, sem identidade: indígenas brasileiros definham nas prisões. *Thomson Reuters Foundation*, Reuters Brasil, 17 de janeiro de 2019. Disponível em: [https://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKCN1PB-228-OBRDN]. Acesso em: 19.01.2019.

MENEZES, Gustavo Hamilton de Sousa. O conceito de aculturação indígena na Antropologia e na esfera jurídica. In: MELO, Juliana; SIMIÃO, Daniel; BAINES, Stephen. *Ensaios sobre justiça, reconhecimento e criminalidade*. Natal: EDUFRN, 2016. p. 519-539.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral, A/HRC/33/42/Add.1, 8 de agosto de 2016. Conselho de Direitos Humanos. *Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas.* Trad. Não oficial para o português. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/eventos/2017/relatorio-da-onu-sobre-direitos-dos-povos-indigenas/RELATORIOONU2016_pt.pdf]. Acesso em: 14.08.2019.

SILVA, Cristhian Teofilo da. O índio, o pardo e o invisível: primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil. *Antropolítica*, Niterói, n. 34, p. 137-158, 1º semestre de 2013.

SILVA, Juliano Gonçalves da. *O acesso à justiça dos povos indígenas a partir a atuação da defensoria pública sob a perspectiva do "multiculturalismo emancipatório"*. Dissertação (Mestrado em Direito) –Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

SILVEIRA, Edson Damas da. Jusdiversidade e interlegalidade indígena na experiência amazônica. In: SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés de; FERREIRA, Heline Sivini; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente (Org.). *Direito socioambiental*: uma questão para América Latina. Curitiba: Letra da Lei, 2014. [livro eletrônico]. Disponível em: [https://sogip.files.wordpress.com/2014/06/ici.pdf]. Acesso em: 20.01.2015.

TURBINO, Fidel. Los sentidos del interculturalismo latinoamericano y la utopía dialógica. *CUYO*, Anuario de Filosofía Argentina y Americana, v. 33, p. 69-72, 2016.

VILALTA, Carlos; FONDEVILA, Gustavo. *Populismo penal na América Latina*: a dinâmica de crescimento da população carcerária. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, maio 2019. Nota Estratégica n. 32.

WACQUANT, Loic. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

WALMSLEY, Roy. *World Prison Population List, twelfth edition*. Londres: World Prison Brief/Institute for Criminal Policy Research, Universidade de Londres, 2018.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Anexo
Normas internacionais e nacionais de direitos humanos aplicáveis aos povos indígenas

Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais	
Art. 6	1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.
Art. 8	1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário. 2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação desse princípio. 3. A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.
Art. 9	1. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros. 2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais	
Art. 10	1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais. 2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.
Art. 11	A lei deverá proibir a imposição, a membros dos povos interessados, de serviços pessoais obrigatórios de qualquer natureza, remunerados ou não, exceto nos casos previstos pela lei para todos os cidadãos.
Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas	
Art. 5	Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado.
Art. 8	1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura. 2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de: a) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência privar os povos e as pessoas indígenas de sua integridade como povos distintos, ou de seus valores culturais ou de sua identidade étnica; b) Todo ato que tenha por objetivo ou consequência subtrair-lhes suas terras, territórios ou recursos. c) Toda forma de transferência forçada de população que tenha por objetivo ou consequência a violação ou a diminuição de qualquer dos seus direitos. d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas. e) Toda forma de propaganda que tenha por finalidade promover ou incitar a discriminação racial ou étnica dirigida contra eles.
Art. 13	1. [...]. 2. Os Estados adotarão medidas eficazes para garantir a proteção desse direito e também para assegurar que os povos indígenas possam entender e ser entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos, proporcionando para isso, quando necessário, serviços de interpretação ou outros meios adequados.
Art. 34	Os povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistema jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras (Regras de Bangkok)	
Regra 54	Autoridades prisionais deverão reconhecer que mulheres presas de diferentes tradições religiosas e culturais possuem necessidades distintas e podem enfrentar múltiplas formas de discriminação para obter acesso a programas e serviços cuja implementação seja ligada a fatores de gênero e culturais. Desta forma, autoridades prisionais deverão oferecer programas e serviços abrangentes que incluam essas necessidades, em consulta com as próprias presas e os grupos pertinentes.
Regra 55	Serão revisados os serviços de atenção anteriores e posteriores à soltura para assegurar que sejam adequados e acessíveis às presas de origem indígena e de grupos étnicos e raciais minoritários, em consulta com os grupos correspondentes.
Normas internas de direitos humanos aplicáveis aos povos indígenas	
Norma constitucional	
Art. 231 da Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988	São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
Legislação infraconstitucional	
Art. 56, parágrafo único, da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973	As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.
Art. 57 da Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973	Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.
Lei 13.769, de 19 de dezembro de 2018	Altera o Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), as Leis 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), e 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), para estabelecer a

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Legislação infraconstitucional	
	substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar da mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência e para disciplinar o regime de cumprimento de pena privativa de liberdade de condenadas na mesma situação.
Resolução CNJ 287, de 25 de junho de 2019	Estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, rés, condenadas ou privadas de liberdade, e dá diretrizes para assegurar os direitos dessa população no âmbito criminal do Poder Judiciário.

Tabela 2 – Quantidade de presos e presas indígenas, conforme levantamento INFOPEN (INFOPEN, 2005-2017)

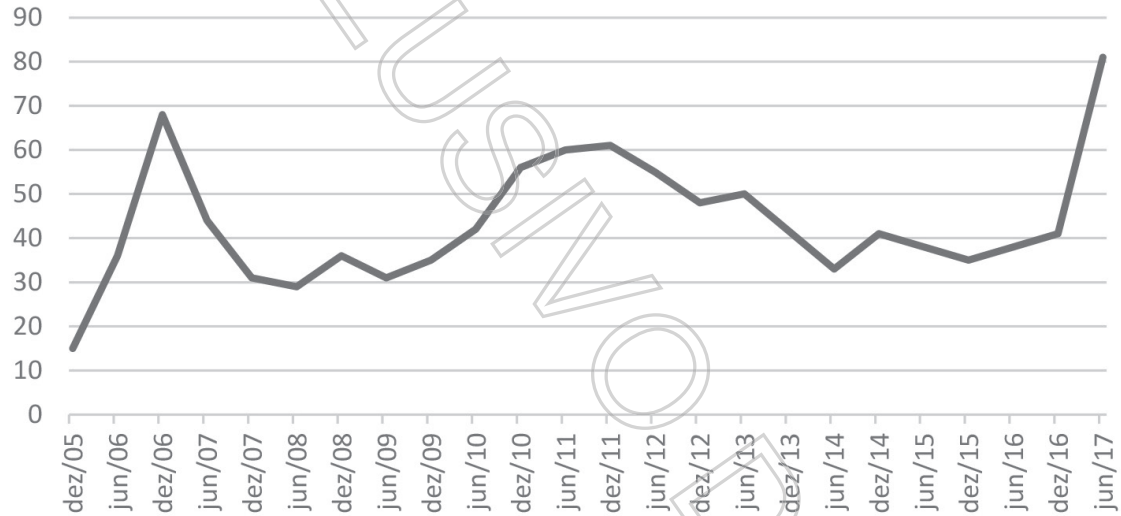
Período	Homens	Mulheres	Total
dez./05	264	15	279
jun./06	386	36	422
dez./06	534	68	602
jun./07	474	44	518
dez./07	508	31	539
jun./08	401	29	430
dez./08	475	36	511
jun./09	474	31	2.343
dez./09	486	35	521
jun./10	673	42	715
dez./10	692	56	748
jun./11	786	60	846
dez./11	708	61	769
jun./12	924	55	979--
dez./12	799	48	847
jun./13	713	50	763
jun./14	465	33	498
dez./14	625	41	666

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Período	Homens	Mulheres	Total
dez./15	735	35	770
jun./16	552	38	590
dez./16	613	41	654
jun./17	1.106	81	1.187

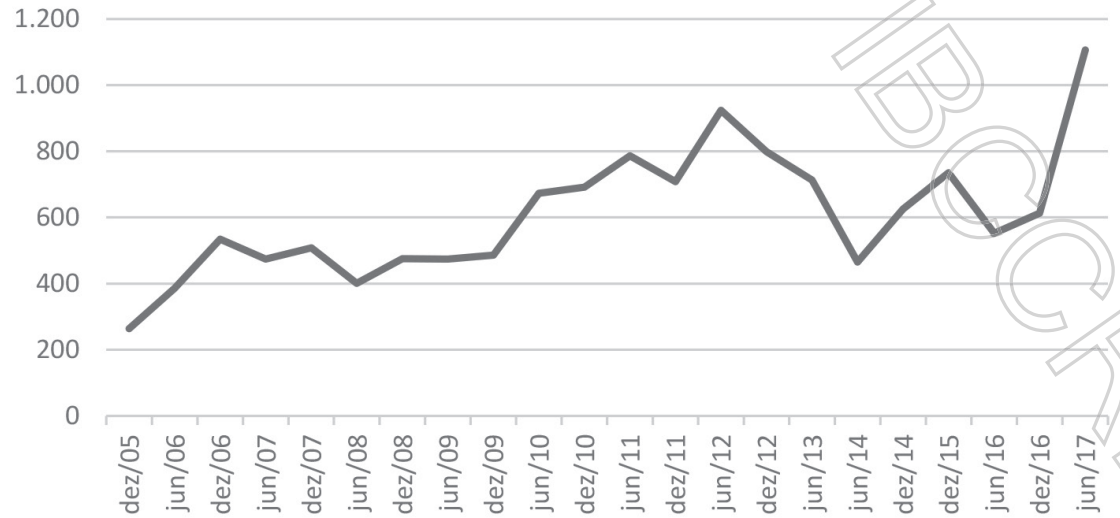
Fonte: INFOPEN/DEPEN/MJ – dez./2005 a jun./2017. Elaborada pelos autores.

Gráfico 2 – Mulheres Indígenas Encarceradas (INFOPEN, 2005-2017)



Fonte: INFOPEN/DEPEN/MJ – dez./2005 a jun./2017. Elaborado pelos autores.

Gráfico 3 – Homens Indígenas Encarcerados (INFOPEN, 2005-2017)



Fonte: INFOPEN/DEPEN/MJ – dez./2005 a jun./2017. Elaborado pelos autores.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Tabela 3 – Ala ou cela destinada exclusivamente para indígenas (INFOPEN, 2005-2017)

	Estabelecimentos com ala ou cela exclusiva			Estabelecimentos sem ala ou cela exclusiva		Sem informação	
Mês/ano do relatório	Quant.	%	Capacidade	Quant.	%	Quant.	%
jun./14	8	0%	22	1.226	86%	190	13%
dez./14	11	1%	80	1.425	99%	0	0%
dez./15	11	1%	65	1.403	99%	–	0%
jun./16	12	1%	74	1.393	98%	17	1%
dez./16	12	1%	92	1.469	96%	53	3%
jun./17	11	1%	86	1.496	97%	30	2%

Fonte: INFOPEN/DEPEN/MJ – dez./2005 a jun./2017. Elaborada pelos autores.

Tabela 4 – Quantitativo de indígenas privados de liberdade, segundo BNMP 2.0 (jul./2019)

	Mulheres indígenas	Homens indígenas
Em Liberdade	31	369
Foragido	–	22
Internado em Execução Definitiva	–	1
Preso Condenado em Execução Definitiva	2	113
Preso Condenado em Execução Provisória	3	95
Preso Provisório	4	101
Procurado	8	105
TOTAL	48	806

Fonte: BNMP 2.0/CNJ, dados de 30 de julho de 2019. Elaborada pelos autores.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro, de Miguel Reale Júnior e Paula Thieme Kagueiama – *RT* 1019/277-304 (DTR\2020\11577); e
- O encarceramento em massa na era do punitivismo: a criminalização da pobreza à luz do conceito de banalidade do mal de Hannah Arendt, de Fernando Hoffmam e Pedro Victor dos Santos Witschoreck – *RBCCrim* 167/331-366 (DTR\2020\6440).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A reificação como patologia social da sociedade moderna e o atuarismo criminológico: uma análise crítica a partir da criminologia do reconhecimento

Reification as a social pathology of modern society and criminological actuarialism: a critical analysis from the criminology of recognition

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS-RS). Professor do Curso de Doutorado e de Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI-RS). Professor de Direito Penal e de Processo Penal. Juiz de Direito. Autor de diversas obras.
ORCID: [https://orcid.org./0000-0003-1952-3365].
jfdclyra@tjrs.jus.br

Péricles Sthehmann Nunes

Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI).
ORCID: [https://orcid.org./0000-0001-8612-2006].
periclesn@gmail.com

Recebido em: 10.01.2020
Aprovado em: 11.08.2020
Última versão dos autores: 24.08.2020

Área do Direito: Penal

Resumo: Este estudo analisa o fenômeno da reificação como uma patologia da sociedade moderna, que se caracteriza como uma espécie de distorção da razão causada por imperativos mercadológicos, os quais, no estágio atual, não somente dominam o mercado, senão também penetram na subjetividade e nas relações pessoais. A subjetividade, sob orientação mercantilista, é encarada como uma mercadoria, uma coisa que pode ser comercializada, não sendo mais reconhecida

Abstract: This study analyzes the phenomenon of reification as a pathology of modern society, which is characterized as a kind of distortion of reason caused by market imperatives, which, in the current stage, not only dominate the market, but penetrate subjectivity and personal relationships. Subjectivity, under mercantilist guidance, is seen as a commodity, something that be sold, no longer being recognized in its vital power. This study will demonstrate that such distortion of reason

Lyra, José Francisco Dias da Costa; Nunes, Péricles Sthehmann. A reificação como patologia social da sociedade moderna e o atuarismo criminológico: uma análise crítica a partir da criminologia do reconhecimento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 173. ano 28. p. 393-432. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

na sua potência vital. Será demonstrado que tal distorção da razão (a reificação) se expressa em um pensamento social indolente e descomprometido com relação ao outro, constituindo-se em uma patologia social que, além de impedir a autorrealização do sujeito, penetra no direito, imprimindo-lhe uma racionalidade econômica. Sob tal orientação, o direito é desfigurado a uma mera forma de calcular meios e fins, gerando uma desumanização. Por fim, o trabalho pretende iluminar o fenômeno criminológico a partir da teoria do reconhecimento, a fim de analisar criticamente o pensamento criminológico atuarial que consolida o processo de reificação no âmbito do controle penal.

Palavras-chave: Reificação – Patologias sociais – Política criminal do atuarismo – Criminologia do reconhecimento.

(reification) is expressed in indolent and inconsiderate social thoughts and is a social pathology that, in addition to preventing the self-realization of the subject, also penetrates the law, assigning it an economic rationality. Under such guidance, the law is disfigured to a mere way of calculating means and purposes, generating dehumanization. Finally, this paper aims to illuminate the criminological phenomenon based on the recognition theory, in order to critically review the criminological actuarial thought that consolidates the reifications process within of criminal control.

Keywords: Reification – Social pathologies – Criminal policy of actuarialism – Criminology of recognition.

Sumário: 1. Introdução. 2. A reificação como patologia da sociedade moderna. 3. A *teoria do reconhecimento* de Honneth: as bases teóricas da *criminologia do reconhecimento.* 4. A negativa do reconhecimento e o desrespeito como patologias sociais e modalidades de sofrimento social: a reificação do sistema penal atuarial. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A modernidade pode ser definida com os predicados da *racionalização*, da secularização ou da mercantilização, partindo-se de uma análise de suas lógicas estruturais ou dos denominados imaginários sociais[1], isto é, das formas de se observar a sociedade no seu todo, enfocando a realidade social. Sob esse aspecto, detecta-se que as principais mudanças experimentadas pela sociedade, destacadamente do alargamento das esferas da liberdade individual (fonte do individualismo da sociedade do consumo), como o avanço da tecnologia e da ciência (sociedade da informação), estão intimamente conectadas com a constante evolução do sistema capitalista, hoje, financeiro e imaterial. Por outro lado, seguindo-se uma orientação *metafórica* ou *simbólica*, a sociedade moderna pode ser definida como *modernidade líquida*[2] ou *sociedade da leveza*, que significa dizer

1. Na lição de TAYLOR, Charles. *Imaginários sociais modernos.* Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2010. p. 31-38.

2. Ver BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007. Igualmente, do mesmo autor: BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no*

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

que é uma sociedade que abandonou tradições pesadas (as grandes ideologias, como a religião[3]), bem como que vive sob orientação de um sistema capitalista que migrou da produção de bens (industrial) à prestação de serviços (ou imaterial)[4]. Inicia-se o projeto da Ilustração ou o projeto *biopolítico* da modernidade[5]. Assim, a sociedade moderna simboliza a transição paradigmática da *modernidade pesada* (da sociedade industrial vigente até o século XIX) à *modernidade leve* (*do* capitalismo financeiro), provocando profundas transformações na vida individual e coletiva. Nesta, a vida dos indivíduos é marcada pela instabilidade, pelo efêmero, pela transitoriedade, sintomas tais que, decerto, são decorrentes das mutações sociais causadas pela tecnologia e pela informática[6]. Forja-se a *utopia da leveza*, que, revisando a ordem tradicional das instituições *sólidas-pesadas*, dissolveu o mercado laboral formal, a fábrica e o sistema capitalista de produção de bens materiais, implantando uma flexível economia de consumo (pós-fordismo[7]). Todavia, tal civilização do ligeiro ou leve também produz o pesado: desemprego, precariedade, riscos sanitários e ambientais, multiplicando-se os sinais de desamparo ou sensações de *mal-estar*, pois os mecanismos do mercado e a crescente individualização não param de produzir danos e vítimas, gerando ansiedade, medo e fragmentação social[8]. Não se nega que a leveza, no aspecto positivo, gerou novas formas de solidariedade social e uma democracia de expressão, como as redes de indignação e uma militância pontual[9], denunciando as violações

mundo líquido moderno. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. Pode-se dizer, em uma apertada síntese, que a modernidade líquida, para Bauman, é uma modernidade em constante mutação e evolução, com o abandono de orientações seculares e tradicionais. Também se trata de uma sociedade invadida pelos imperativos mercadológicos, enfim, pelo consumismo.

3. Na lição de LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. 03 e ss.
4. Conforme LIPOVETSKI, Gilles. *Da leveza para uma civilização do ligeiro*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2016. p. 27-28.
5. Ver FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
6. LIPOVETSKI, Gilles. *Da leveza para uma civilização do ligeiro*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2016. p. 15.
7. DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*: postfordismo y control de la multitud. Trad. José Ángel Brandariz Garcia e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006. p. 53 e ss.
8. Ibid., p. 18.
9. Ibid., p. 304 e ss.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

dos direitos humanos, danos ambientais etc.[10] Todavia, o foco que se pretende dar no estudo tem a ver com os aspectos nefastos da leveza hipermoderna.

O fenômeno social da época atual anteriormente noticiado é produto do incremento da divisão social do trabalho e das alterações econômicas importantes (mutação do sistema capitalista de produção) que, mercê das intensas transformações na ordem social, geram uma ausência de regulação jurídica e moral (anomia), além de uma crescente mercantilização da vida social. Sob tais influxos, destacadamente da falência da lei moral, a liberdade individual (e o individualismo) se libera de limites religiosos e morais potencializando os desejos e outras maneiras de satisfação, agora sob o modelo da sociedade do consumo. Tal ausência de regras no controle social, além de potencializar a liberdade individual, produz um estado anômico, que pode provocar uma perda de sentido da própria existência pessoal e de outras referências simbólicas, tais como a comunidade e seus vínculos identitários[11]. Ora, o tempo da fragmentação social trouxe os componentes sociais modernos: a inseguridade social, os riscos, a flexibilização dos vínculos do trabalho, que, verdadeiramente, criando novas formas de mobilidade social, potencializou a autonomia e liberdade individual; todavia, no aspecto negativo, também gerou a insegurança social[12] e a discriminação negativa[13]. No limite, o avanço do capitalismo aflorou um excesso de individualismo que deformou a razão, esvaziando o sentido da vida, fazendo com que o ser humano, privado de sua dignidade, seja tratado como um objeto descartável, negando-lhe o reconhecimento elementar[14].

Sob condições modernas, surge uma nova penalogia ou um novo discurso penal, uma nova orientação criminológica que prima pelo controle eficiente dos processos intrassistêmicos, visando aos infratores como um agregado, um coletivo que deve ser constantemente vigiado e segregado. Perdem centralidade os objetivos tradicionais de reabilitação, próprio do estado de bem-estar social. Substitui-se o discurso da descrição moral ou clínica do indivíduo por uma

10. Importa a leitura de CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

11. Conforme ALVES, Karen; SANCHES, Daniel; LUCCIA, Danna de. Anomia e declínio da autoridade paterna. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social*: arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 111-140.

12. CASTEL, Robert. *La inseguridad social*: ¿qué es estar protegido? Trad. Viviana Ackermn. Buenos Aires: Mannantial, 2004. p. 53 e ss.

13. CASTEL, Robert. *A discriminação negativa*: cidadãos ou autóctones? Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008.

14. ALVES; SANCHES; LUCCIA. Op. cit., p. 113-115.

USO EXCLUSIVO BOLBCRIM

linguagem atuarial de controle do perigo. Nessa perspectiva, o artigo pretende demonstrar que o atuarismo criminológico coisifica o infrator, negando-lhe o reconhecimento elementar de pessoa portadora de direitos. À partida, trabalha-se, na centralidade, com o pensamento de Axel Honneth, para demonstrar que o conceito de reificação é adotado pela criminologia atuarial. O método é dogmático e analítico. O objetivo é questionar se o tratamento meramente probabilístico, conferido pelo atuarismo criminológico, corresponde ou não ao conceito de reificação, patologia social que se expressa na falta do reconhecimento de que cada ser humano, sem distinção, é um fim em si mesmo. Na hipótese positiva, o reconhecimento do infrator como sujeito de direitos e merecedor de tratamento social pode ser uma estratégia minimalista para reduzir a dor penal. Nesse aspecto, a política criminal atuarial, que reconhece o criminoso como mera fonte de perigo ou categoria de risco, culmina, de forma reificante, por despersonalizá-lo.

Portanto, o estudo pretende iluminar o fenômeno criminológico com base na teoria do reconhecimento, que não se apresenta como um novo paradigma criminológico, senão que se insere na crítica social de determinadas práticas sociais. Para tal intento, o trabalho principia na análise da reificação como patologia da sociedade moderna, tendo-a como um fenômeno social que abarca a sociedade na sua totalidade, moldando subjetividades e não se subsumindo tão somente às questões do mercado. Na sequência, será apresentada a teoria do reconhecimento de Honneth, premissa básica fundante da criminologia do reconhecimento. Num terceiro setor, analisar-se-ão a reificação e o desrespeito como fontes de sofrimento social e sua ligação com o sistema penal atuarial, procurando-se demonstrar que tal política criminológica prima por coisificar o ser humano em prol de políticas criminais excludentes, objetivo da conclusão.

2. A reificação como patologia da sociedade moderna

A sociedade atual pode ser definida por diversas nomenclaturas, tais como pós-moderna[15], de *modernidade tardia* ou reflexiva[16], hipermoderna[17] ou líqui-

15. Conforme LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 9. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006. p. 15. Segundo o autor, a posição do saber, nas sociedades mais desenvolvidas, a partir do final do século XIX, denominadas pós-modernas, designa o estado da cultura após as transformações enfrentadas pela ciência, literatura e artes.
16. No pensamento de BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006. p. 259-288.
17. Conforme LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

da[18], sociedade da informação[19], complexa, pressupondo-se, por certo, que houve uma transição ou um processo de transformação social que deu azo à evolução para outro modelo social. Para outros, não houve tal transição, consistindo o processo de modernização um projeto, inacabado[20], ainda em curso, na dicção de Habermas[21]. De consenso, tem-se que a sociedade moderna, terminologia que se adota, é informada pela semântica da globalização[22], experimentando uma problemática supremacia do sistema econômico-financeiro[23] e sua *lex mercatoria*, que fragmentou inclusive o Estado constitucional[24], cuja hegemonia foi solapada pelo advento das novas tecnologias, que forneceram mobilidade ao capital[25]. Dita sociedade moderna, ponto de chegada da linha evolutiva da sociedade, herança da Ilustração e na crença do desenvolvimento econômico-científico como forma de se alcançar a emancipação humana, sob os influxos do sistema capitalista atual, não se implementou para uma grande parte da população, a qual não partilha do bem-estar social. Em relação a esse aspecto, paira uma boa dose de mal-estar[26], pelo não cumprimento de ditas promessas; afinal, cresce mundialmente a pobreza e a exclusão social. Nesse contexto, o conceito de patologia

18. BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido*: la sociedad contemporánea y sus temores. Barcelona: Paidós, 2007. p. 68-74.

19. CASTELLS, Manuel. Tecnologia da informação e capitalismo global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). *No limite da racionalidade*: convivendo com o capitalismo global. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Record, 2004. p. 81-111.

20. Nesse sentido, o pensamento de HARVEY, David. *Condição pós-moderna*: uma pesquisa sobre as origens da mudança social. 18. ed. Trad. Adail Ubirajar Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008. p. 109-113.

21. HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: BAUDRILLARD, Jean et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 2006. p. 19-36.

22. HINKELAMMERT, Franz. La transformación del Estado de derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización. In: VÁSQUEZ, Guilhermo Hoyos (comp.). *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires: CLACSO, 2007. p. 179-197.

23. Conforme TOURAINE, Alain. *Un nuevo paradigma para comprender el mundo hoy*. Trad. Agustín Tobajas y María Tabuyo. Barcelona: Paidós, 2005. p. 33-47.

24. TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais*: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 23 e ss.

25. Por todos, CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 5. ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1. Especialmente p. 497-506.

26. Diagnóstico de ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 96-120. No mesmo sentido, BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

social apresenta-se como uma ferramenta crítica para análise do sistema de normas, valores e regras que controlam os processos de integração social, expondo eventuais contradições performativas entre o sistema normativo e sua prática social[27]. Com apropriação do conceito de patologia, de origem clínica, aplicado às práticas sociais, há a possibilidade de se desvelar determinados sintomas sociais – sofrimento humano – causados pelos sistemas da sociedade[28].

Logo, o termo "patologias sociais" permite o exame dos modelos de participação social nas sociedades modernas, desvelando os possíveis sofrimentos que as instituições sociais podem causar aos indivíduos. Sob esse olhar, destaca-se que a sociedade moderna, informada pela divisão social do trabalho[29] e/ou diferenciação funcional, consolidou um sistema de liberdades individuais, dotando o homem de liberdade de agir e autonomia; entretanto, também forneceu as bases para o individualismo moderno, que se releva problemático no modelo da sociedade do consumo. Com efeito, a liberdade individual e a autonomia são fontes do individualismo e do consumismo moderno, sinalizadores da perda da capacidade regulatória e disciplinadora da sociedade. Ora, a consequência do individualismo consumista diz respeito à anomia[30-31] e à desorientação social, visto que o homem não encontra limites aos seus desejos consumistas, perdendo, inclusive, os seus referenciais sociais[32]. É sob esse pano de fundo que merece ser recuperado o conceito de patologia social, mérito que coube a Honneth, porque possibilita uma profunda reflexão da biopolítica moderna, destacadamente do diagnóstico das atuais formas de sofrimento humano. Honneth descreve as patologias como deficiências sociais existentes no interior da sociedade, as quais inviabilizam a autorrealização individual. Problematiza, de igual sorte, a ausência de instituições sociais e normas que garantam a plena realização do indivíduo. O ponto de

27. Conforme SAFATLE, Vladimir. Em direção a um novo modelo de crítica: as possibilidades da recuperação contemporânea do conceito de patologia social. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social*: arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 07-31.
28. Ibid., p. 09-10.
29. DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 57 e ss.
30. Ver DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. Trad. Alex Marins. São Pulo: Martin Claret, 2003. p. 257 e ss.
31. Também importa a leitura de SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018. p. 196-197.
32. DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: EDIPRO, 2016.p. 323 e ss.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

partida de sua teoria não repousa em uma crítica global da sociedade ou de uma valoração negativa sobre ela (do tipo: dialética negativa, sociedade repressiva, colonização do mundo da vida), senão que parte do estudo de um *déficit* de racionalidade, ou seja, de uma perspectiva individual[33-34].

O fio condutor do cotejo das patologias sociais se centra no conceito marxista da alienação e do fetichismo da mercadoria[35], produto do capitalismo moderno, que implementou a divisão social do trabalho, isolando os homens, os quais, no gozo de suas liberdades individuais, se reportam a si mesmos[36]. Nesse particular, reputa-se acertado o pensamento de Safatle, ao asseverar que o conceito-chave da alienação, sinalizador da perda dos referentes sociais fundamentais para a realização da identidade, guarda íntima proximidade com o conceito de anomia de Durkheim. Ora, quando Durkheim anunciava que o processo de industrialização gerava a divisão social do trabalho e o consequente aumento da liberdade individual, também alertava sobre os problemas causados pelo aumento da autonomia individual: o excesso do individualismo. Com efeito, em condições modernas, o homem se viu liberto da religião e das constrições morais; entretanto, o afrouxamento do controle social igualmente gera desorientação com relação aos fins sociais e, pois, anomia. Com tal ausência de normas, dilui-se a base ética de uma vida comum, destruindo-se as condições sociais que possibilitam a autorrealização do sujeito, edificando-se um pensamento reificado[37].

---

33. SAFATLE, Vladimir. Em direção a um novo modelo de crítica: as possibilidades da recuperação contemporânea do conceito de patologia social. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social*: arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 17-18.

34. HONNETH, AXEL. *Patologías de la razón*: historia y actualidad de la teoría crítica. Madrid: Kratz, 2009. p. 31.

35. Ver MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 1, p. 92 e ss. Para Marx, em apertada síntese, pode-se dizer que o fetichismo da mercadoria se dá quando a mercadoria encobre todas as características sociais do trabalho do homem (a duração do trabalho, a força empregada, o afeto, enfim, a própria relação social entre os trabalhos individuais dos produtores), apresentando-as como caracteres materiais. O fetichismo, que está sempre grudado nos produtos, implementa-se, nas palavras do autor, op. cit., p. 94: "Uma relação social definida, estabelecida entre homens, assume a forma fantasmagórica de uma relação entre coisas".

36. SAFATLE. Op. cit., p. 18.

37. SAFATLE, Vladimir. Em direção a um novo modelo de crítica: as possibilidades da recuperação contemporânea do conceito de patologia social. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social*: arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 19.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Dessa forma, Honneth, como herdeiro da filosofia de Hegel, sugere que as patologias sociais se apresentam como o resultado da falta de racionalidade ou de uma razão deformada, um diagnóstico de uma época em que as instituições éticas da sociedade já não mais possibilitam a realização dos projetos de vida dos indivíduos, fracassando-se os fins racionais, com a perda da eticidade ou do potencial da razão[38]. As patologias sociais se constituem em uma crítica sociológica da sociedade para desnudar suas anomalias, que se dão, mormente, pela ausência de reações públicas às deformações da razão operadas pela racionalidade do capitalismo, que vela o necessário debate público sobre tal temática. Apoiado em Lukács, Honneth sinaliza, com razão, que a realidade institucional do capitalismo vincula-se, estruturalmente, com uma racionalidade limitada ou restringida[39]. Tal racionalidade, restringida ou patológica, acaba convertendo os homens em *sujeitos espectadores* e sem influência, a causa do pensamento reificado, produto final da divisão e mecanização do trabalho aliado ao intercâmbio (*fetiche*) de mercadorias. Cria-se uma vivência e um agir social indolente ou descomprometido[40]. Assim, sob os efeitos da reificação, os seres humanos não são percebidos na sua sociabilidade, sendo privados de atenção e de visibilidade[41], fazendo prevalecer uma práxis social indiferente aos valores dos demais seres humanos[42]. Interrompe-se ou parcializa-se o processo de realização da razão, já que a metamorfose da relação mercantil não se limita à transformação em mercadorias; ao contrário, absorve a estrutura e a consciência do homem, que, por sua vez, passa a enxergar os outros como objetos que ele pode *possuir ou vender*. Perde-se de vista a forma natural das relações humanas e suas próprias propriedades físicas[43-44].

38. HONNETH, AXEL. *Patologías de la razón*: historia y actualidad de la teoría crítica. Madrid: Kratz, 2009. p. 32-33
39. Ibid., p. 38-42.
40. Ibid., p. 39-41.
41. Ver CITTADINO, Gisele. "Invisibilidade", Estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA: Antonio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSCHI, Thamy (Org.). *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153-167.
42. LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*: estudos sobre a dialética marxista. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 194 e ss. Para Lukács, a forma mercantil de dominação efetiva sobre o conjunto da sociedade surgiu somente com o capitalismo moderno, e, quanto mais avança, mais difícil se torna penetrar no invólucro reificado, pois a mecanização racional e calculabilidade passam abarcar todos os aspectos da vida.
43. Ibid., 222-223.
44. HONNETH, Axel. *Reificación*: un estudio en la teoría del reconocimiento. Buenos Aires: Katz, 2007. p. 84-85.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Em síntese, perante influxos do pensamento reificado e de uma deformação da razão, é possível se desvelar ou diagnosticar os sofrimentos humanos produzidos pela falta de uma ética universal, uma vez que, sob influxos de um processo de coisificação das práticas sociais, o *outro* já não é mais reconhecido pela sua dignidade humana, ou seja, enquanto titular dos mesmos direitos e deveres, não havendo espaço à autorrealização individual e à cooperação mútua[45]. Portanto, as patologias sociais surgem dos excessos da dialética negativa, reclamando uma interpretação diversa da história da humanidade, a fim de que se prestem contas dos excessos da cultura do capitalismo tardio, notadamente, da onipotência da tecnologia e da ciência, que primam por converter os homens em meros objetos de poder de sistemas *autopoiéticos* (especialmente o do dinheiro e o do poder), reveladora de uma tendência à desumanização[46], chegando à questão da falta do reconhecimento, fundamental para a autorrealização das pessoas. Esse transtorno das sociedades modernas, apreendido como fenômenos patológicos da realidade social, promove uma autonomização das atitudes sociais, acarretando uma mutação da racionalidade humana, com a dissolução das forças de coesão social. Trata-se de um processo deficiente para o desenvolvimento da vida social e humana. Assim, pessoas ou agrupamentos sociais perdem sua visibilidade ou significação social, até porque somente valem enquanto presenças físicas, mas despidas de qualquer significado, visto que se nega reconhecimento como sujeitos iguais ou as suas propriedades individuais. Consolidam-se, em tal estado patológico, atitudes de desprezo que vão se naturalizando – reificando – na atual sociedade do espetáculo do consumo[47].

Com efeito, na prática social, a patologia social assume o significado de uma deterioração das capacidades racionais dos membros da comunidade, concernente ao sentido de participar das formas decisivas de cooperação social, operando, portanto, no nível da reprodução da ordem social, isto é, no acesso reflexivo dos sistemas primários das ações sociais. Constituem-se *déficits de racionalidade* ou de práticas e convicções. Nesse particular, pode ser expressa na rigidez ou inflexibilidade do comportamento social uma consternação reflexiva. Sob tal aspecto, destaca-se que existe uma violência elementar na atual cultura do capitalismo do exagero, que não é percebida com clareza, uma vez que as pessoas são

45. Ibid., p. 47-48.

46. HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Trad. Francesc J. Hernández et al. Madrid: Trotta, 2011. p. 132-139.

47. HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Trad. Francesc J. Hernández et al. Madrid: Trotta, 2011. p. 169-181.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

contempladas como meros objetos para gozo do prazer (objetos de consumo) e, pois, submetidas a uma humilhação social, que é simbolizada pela invisibilidade social.

Tais patologias da sociedade também podem ser simbolizadas como verdadeiros paradoxos do capitalismo, cuja base moral e ética é sintetizada, conforme Saavedra[48], nas seguintes conquistas positivas: 1) concretização de uma liberdade maior do indivíduo, a fim de garantir a emancipação do projeto individual de vida boa; 2) implementação do princípio da justiça da igualdade material; 3) reconhecimento do desempenho profissional de cada indivíduo e a devida compensação de seu agir social em prol do desenvolvimento da sociedade; 4) as pessoas devem gozar de um espaço de liberdade para implementarem projetos de vida afetiva (pluralismo jurídico). Obviamente que o paradoxo repousa, na lente do referido autor, no fato de que os meios materiais e econômicos disponibilizados aos indivíduos pelo sistema capitalista atual não propiciam a concretização fática de tais princípios, muito especialmente o da igualdade material; ao contrário, o que se tem intensificado é o processo de exclusão[49].

O ponto sensível da patologia social, que se apresenta na reificação e na rigidez do pensamento, dá-se quando, na vida cotidiana, os sujeitos aferram-se à judicialização do conflito, ou seja, quando passam a conceber a sua liberdade (aqui, incluindo-se a questão da segurança, que, despida do componente social da vida mútua, também se converte em um objeto) em termos estritamente jurídicos, ou na forma de direitos subjetivos submetidos, portanto, a uma formulação jurídica, estabelecendo uma comunicação centrada em direitos, perdendo a visão macrossocial do fenômeno conflitivo. Revela-se preocupante a incapacidade, bem detectada por Honneth[50], de não perceber que uma socialização em termos jurídicos implica postergação (e um caráter negativo) dos demais direitos sociais. Como refere Honneth, abusa-se de uma liberdade jurídica, que assume caráter endêmico, já que se postergam as demais obrigações sociais em prol de uma coordenação jurídica, interrompendo-se a comunicação em relação a determinados grupos ou segmentos sociais, comumente catalogados

48. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 90-106.

49. Ibid., p. 102.

50. HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad*: esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2014. p. 119-122.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

como classes perigosas. Não é por outra razão que a segurança individual, como expressão de um direito subjetivo fundamental, verte-se como uma prioridade absoluta a ser atendida pelo Estado, relegando-se, para um segundo plano, a segurança dos direitos sociais e econômicos. Assiste-se, dessa forma, a um amplo processo de judicialização das práticas sociais, que culmina abarcando a família, a escola, o espaço laboral, enfim, todo o sistema social, que é traduzido, com exclusividade, para o sistema do Direito, perdendo-se a oportunidade de se aprender com o conflito, que, no seu âmago, apresenta uma desfuncionalidade social.

Adotam-se atitudes estratégicas que assumem o lugar das orientações comunicativas e obrigações mútuas[51], especialmente, pelo controle penal, esquecendo-se de que o controle social não se resume ao sistema das penalidades. Ao contrário, deve ser exercido pelos demais sistemas da sociedade, sobretudo pelo sistema social e suas políticas afirmativas e prestacionais. A ordenação social, no presente, desloca-se para o Direito Penal, fomentando uma cultura de estranhamento com relação àqueles que estão excluídos dos sistemas prestacionais do Estado, principalmente os que não participam do espetáculo do mercado ou consumidores falhos. Tais grupos, sob os influxos do controle penal, são recepcionados como movimento de retorno das classes perigosas[52], os quais, na atualidade, se submetem a uma nova tecnologia de controle: o atuarial: mais intenso e flexível, atuando por toda a sociedade, fora dos muros das instituições fechadas, especializado em catalogar e segregar grupos de risco, os quais, pelo pertencimento ao grupo ou à classe social, são, paulatinamente, despersonalizados e tratados como objetos[53]. Essas classes perigosas constituem aquilo que Dal Lago[54] define como vidas despidas de qualificação jurídica (não pessoas), coletivos colocados sob o manto da invisibilidade, aos quais se nega o reconhecimento jurídico. Não é por acaso que se forja, paralelamente ao Direito Penal, um subsistema penal de exclusão, informado por práticas excepcionais que primam por suspender as garantias constitucionais, como o caso do Direito Penal do inimigo, as quais culminam no retorno da tortura legitimada pelo estado de necessidade. E, em tal subsistema penal de exceção de guerra ao crime, qualquer que o seja, o Estado está aparelhado para despersonalizar os inimigos, os não reconhecidos

51. Ibid., p. 128-129.

52. CASTEL, Robert. *A discriminação negativa*: cidadãos ou autóctones. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 65 e ss.

53. DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992. p. 216 e ss.

54. DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: GORSKI, Hector C. Silveira (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Barcelona: Trotta, 2000. p. 127-146.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

pelo contrato social. Aqui repousam alguns influxos sociais do fenômeno do encarceramento em massa, que converteu a América Latina em uma verdadeira instituição do sequestro, visto que o número de pessoas encarceradas cresce anualmente na região. Prioriza-se a segregação, aparelhada como técnica de controle das classes vulneráveis. Ora, despida de qualquer função ressocializadora, a funcionalidade penal desloca-se para o gerenciamento de classes perigosas, com ênfase no cárcere[55].

Em uma síntese provisória, a temática contemporânea das patologias sociais, recepcionada como um transtorno do sistema capitalista, permite que se submeta a crítica aos processos de alienação, anomia, fetichismo e reificação, desvelando a existência de vidas mutiladas ou adoecidas[56] pela gestão política dos corpos, unindo a ordem social com a economia psíquica. Demonstra, portanto, que ditas patologias são geradas pelo sistema capitalista e pelo individualismo moderno, que convertem as identidades em forma-mercadoria. Portanto, categorias clínicas, como ansiedade, depressão, medo, paranoia e esquizofrenia, se prestam a demonstrar o funcionamento paradoxal das sociedades modernas[57]. Nesse particular, reside o seu potencial crítico, ou seja, atestar que as patologias do social estão relacionadas com o sofrimento humano, produzidas pelo capitalismo moderno, uma vez que, sob orientação reificante, as identidades individuais assumem o formato de mercadorias, promovendo uma desagregação social e falta de empatia com relação ao outro. Limita-se, sobremaneira, a vida em comum e a cooperação social, daí o porquê da sociabilidade se aferrar no direito, notadamente no Direito Penal, que é uma maneira de se imunizar com relação aos deveres sociais[58]. A preocupação central é com a autopreservação em face de uma sociedade fragmentada e individualizada diante de seus possíveis inimigos. Enfim, a patologia do social, entendida como bloqueio ou contradição, atualiza o conceito de alienação e, em uma dupla acepção, refere-se à incapacidade de se reconhecer o indivíduo como titular de iguais direitos, além de não permitir a

55. ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

56. Consultar SABOTIT, Pere. *Vidas adosadas*: el miedo a los semejantes en na sociedad contemporánea. Barcelona: Anagrama, 2006.

57. SAFATLE, Vladimir. Em direção a um novo modelo de crítica: as possibilidades de recuperação contemporânea do conceito de patologia social. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social*: arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 25-29.

58. Ver ESPOSITO, Roberto. *Bios*: biopolítica y filosofía. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2016. p. 125 e ss.

USO EXCLUSIVO BOCRIM

exteriorização do que não pode ser reconhecido como próprio, isto é, identificar e nomear (publicamente) o sofrimento social[59].

Assim, para se prestar contas das práticas sociais reificantes e nomear a negativa do reconhecimento elementar, na sequência, abordar-se-á a teoria do reconhecimento como forma de submeter à crítica as práticas de coisificação implementadas pela tecnologia do controle atuarial, que despiu o sistema penal da ideologia do tratamento (pensamento reabilitador) para dotá-lo de uma equação custo/benefício e de previsibilidade/eficiência. Confere-se ao Direito Penal, de forma reducionista, a função de gerir e controlar as classes perigosas, perdendo-se de vista as políticas inclusivas do estado de bem-estar. Portanto, já não mais objeta tratar o criminoso e procurar minimizar as possíveis causas sociais do desvio, senão que submetê-lo ao modelo de justiça expressiva, instrumentalizando o infrator em prol de política criminal de segurança.

3. A *TEORIA DO RECONHECIMENTO* DE HONNETH: AS BASES TEÓRICAS DA *CRIMINOLOGIA DO RECONHECIMENTO*

Na obra *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*, Honneth[60] assume a tarefa de apresentar uma crítica social, ampliando o conhecimento sobre as atuais formas de poder e de dominação social que bloqueiam a comunicação, revisitando a dialética da ilustração. Partindo de percepções de injustiça, de sentimentos de desprezo em face do não reconhecimento que prepondera na irracionalidade da moderna sociedade capitalista, o autor expõe o modelo teórico-normativo de uma luta, moralmente motivada por reconhecimento, com base nas teorizações de Hegel e de G. H. Mead. Na luta pelo reconhecimento, Honneth institui o caráter normativo de sua teoria da sociedade e de sua eticidade, baseado em condições intersubjetivas de integridade pessoal e de reconhecimento intersubjetivo[61-62], para dar conta das patologias da socieda-

59. Conforme DUNKER, Christian. Crítica da razão diagnóstica: por uma psicopatologia não-toda. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social*: arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 317-347.

60. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

61. MADUREIRA, Miriam Mesquita Sampaio. *Crítica del agravio moral*: patologías de la sociedad contemporánea. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009. p. 20-21.

62. HONNETH, Axel. *Crítica del agravio moral*: patologías de la sociedad contemporánea. Trad. Peter Storandt Diller. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica: Universidad Autónoma Metropolitana, 2009. p. 51-116.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

de contemporânea e da possível naturalização das experiências de desrespeito e desprezo, matizadas pela indiferença da orientação econômica. Na referida obra, Honneth busca fundamentar uma exigência normativa por reconhecimento que se dirige à sociedade, a qual se constitui em uma ordem de reconhecimento, isto é, o reconhecimento constitui a própria sociedade. Há, portanto, uma ideia central no sentido de que a sociedade deve atender às expectativas de reconhecimento social; afinal, a subjetividade e a sociedade só se formam, verdadeiramente, com o reconhecimento recíproco[63].

Logo, o reconhecimento deve ser desenvolvido em duas fases: a primeira conduz *à* socialização moral dos indivíduos, enquanto a segunda concorre à integração moral da sociedade. Aquela é regulamentada por princípios normativos de reconhecimento recíproco, fundada em um sistema de direitos fundamentais indispensáveis à configuração da subjetividade. Já esta aponta para a tese de que a sociedade é uma estrutura que deve garantir condições sociais favoráveis ao reconhecimento recíproco em diferentes níveis. Logo, o reconhecimento consiste na expectativa de ser reconhecido (e visto) como membro de uma comunidade social, o que significa dizer que o reconhecimento não advém da relação com o outro parceiro da integração social, senão que da própria sociedade, unindo subjetividade com sociedade[64]. Assim, o reconhecimento, como processo histórico, representa um alicerce ético-social, que, informado por uma normatividade imanente, problematiza as representações sociais de justiça, constituindo uma relação intersubjetiva de reconhecimento recíproco, que se dirige primordialmente à sociedade e às suas instituições. Ora, são elas que devem implementar, pelo discurso social, a liberdade e autodeterminação do sujeito[65].

Para enfrentar as patologias da razão e suas consequentes práticas reificadas e de desrespeito, verdadeiras demandas da justiça, Honneth entende que a história da sociedade e de seu sistema de direitos se dá a partir da pressão por ampliação das relações de reconhecimento. Dessa forma, a luta por reconhecimento aproveita as mudanças experimentadas pela modernidade, notadamente do seu processo evolutivo social e moral na promoção dos direitos humanos e e, por isso, é

63. MENKE, Christoph. *Direito e violência*: estudos críticos. Trad. Antonio Francisco de Sousa, Antônio Franco e de Geraldo Luiz de Carvalho Neto. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 154-155.

64. Ibid., p. 156-157.

65. BUONICORE, Bruto Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. Reflexões iniciais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 127, p. 39-78, jan. 2017.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

recepcionada como uma espécie de *pressão social* que fomenta novas condições e necessidades de participação social na formação racional da vontade pública[66]. No seu mister, Honneth, acena para a história conflitiva da constituição dos direitos fundamentais[67]. Logo, percebe que as condutas comunicativas e as formas de vida em sociedade estão entrelaçadas por pretensões recíprocas de reconhecimento, ou seja, a socialização intersubjetiva é orientada pelas experiências de sofrimento e indignação contra a falta de consideração e desprezo às pessoas. No seu projeto, Honneth defende a ideia de que as lutas são, moralmente, motivadas pelo modelo do conflito que impera na sociedade. Com base em uma versão materialista da luta pelo reconhecimento, trabalhando com a premissa básica de que a constituição do eu pressupõe um reconhecimento intersubjetivo recíproco e assumindo a teoria da intersubjetividade de Hegel, sustenta que, na sociedade moderna, existem formas distintas de reconhecimento (amor/direito/solidariedade), que importarão no grau de autonomia do sujeito, uma vez que o processo de formação de identidade passa pelo conflito intersubjetivo, cujo resultado será o reconhecimento ou não de suas pretensões.

O primeiro modelo, ou esfera, chamado de amor, com apoio na psicanálise, corresponde às relações que têm por objeto a natureza afetiva do indivíduo como um ser carente: compreende, portanto, todas as relações primárias ou ligações emotivas fortes entre poucas pessoas, não se limitando às relações sexuais havidas entre pessoas, abarcando, além do amor, a amizade e, de forma prioritária, a família[68]. O reconhecimento, na esfera do amor, corresponde à primeira etapa do reconhecimento recíproco, pois é aí que os sujeitos confirmam, mutuamente, suas carências recíprocas (estado carencial e de total dependência com relação ao outro, como se dá entre a mãe e seu filho, desde os primeiros dias do nascimento), em uma experiência de dedicação amorosa em que um somente se reconhece no outro, em face da completa dependência ao outro (*ser em si mesmo em outro*).[69] Dessa forma é que a criança, cuidada de maneira carinhosa e pacienciosa pela

66. HONNETH, Axel. *Crítica del agravio moral*: patologías de la sociedad contemporánea. Trad. Peter Storandt Diller. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica: Universidad Autónoma Metropolitana, 2009. p. 156 e ss.

67. Ibid., p. 193.

68. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 159 e ss.

69. SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas – Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 9-18, jan.-abr. 2008. Disponível em: [www.redalyc.org/articulo.oa?idp=1&id=74211531002&cid=58655]. Acesso em: 27.08.2014.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

mãe, adquire autoconfiança, a capacidade de desenvolver, positivamente, sua autorrealização e seu autorrespeito indispensáveis à autonomia pessoal, tão cara a uma efetiva socialização e integração na vida pública[70]. Em síntese, na relação de reconhecimento na esfera do amor é que se prepara, segundo Honneth, o caminho para uma espécie de autorrealização em que os sujeitos alcançam uma confiança elementar em si mesmos; a segurança emotiva, que é produto do experimento de suas próprias carências intersubjetivas, forjando a base psíquica para o desenvolvimento de atitudes de autorrespeito, fundamentais à participação autônoma na vida pública[71-72]. Trata-se de um grau pré-jurídico de reconhecimento recíproco, no qual os sujeitos se confirmam mutuamente a partir de condição de seres necessitosos, e a jovem criança, graças aos cuidados da mãe, adquire capacidade de ficar só, suportando a prova da ausência dela[73].

No modelo de reconhecimento pelo Direito, conforme Honneth, só se pode chegar a uma compreensão do eu como portador de direitos quando se assume a obrigação de que o outro generalizado, parceiro da mesma organização social, é portador dos mesmos direitos[74]. Corresponde ao reconhecimento jurídico o respeito à autonomia da pessoa enquanto dotada de responsabilidade moral. Dizendo de outro modo, no reconhecimento recíproco do direito, há uma obrigação moral de reconhecer os outros membros da coletividade como portadores de iguais direitos, demonstrando atitudes de autorrespeito. Tais expectativas legítimas dos parceiros da interação social somente se revelaram possíveis quando o Direito passou a ser informado por princípios universais em uma moral pós-convencional, submetendo-o às pressões de fundamentação, associadas à ideia de um acordo racional acerca das normas controversas[75]. Dessa forma, a integração social regrada pelo sistema jurídico implica que o procedimento para a

70. Consultar VIEIRA, Gustavo José Correia. Etnocídio, reificação e luta por reconhecimento: uma abordagem a partir do pensamento de Axel Honneth. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 215-238, mar.-abr. 2012.

71. HONNETH. Op. cit., p. 177-178.

72. Ver SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo pensamento criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 103-105.

73. Conforme RICOUER, Paul. *Percurso do reconhecimento*. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006. p. 203-204.

74. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 179.

75. Ibid., p. 179-181.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

produção das normas garanta o consentimento de todos os parceiros (situação ideal do pensamento de Habermas[76], que pede manifestações livres e iguais para todos os participantes do discurso), pois é isso que garante a capacidade de se decidir sobre questões morais controversas.

Logo, no reconhecimento pelo Direito, há uma reciprocidade em que todos obedecem à mesma lei, que é fruto do consenso, reconhecendo-se como pessoas capazes de decidir, com autonomia individual, questões controversas. Em síntese, nesse modelo, há, implicitamente, a exigência de reconhecer o outro como membro, com igual valor, de determinada coletividade política[77]. Dessarte, o sujeito somente possui reconhecimento jurídico quando dispõe não apenas de capacidade abstrata para poder orientar-se por normas morais mas também do acesso a bens materiais para tanto[78]. Assim, somente a partir da edificação de direitos básicos fundamentais e de uma imputabilidade moral, é que a pessoa humana passou a ser digna de respeito e reconhecimento. E, por merecer respeito dos demais integrantes da coletividade, é que ela pode respeitar a si própria (autorrespeito). Em conclusão, o sujeito experimenta o reconhecimento jurídico quando compartilha com todos os outros membros da coletividade, livre de constrições materiais e de forma autônoma, a formação discursiva da vontade geral[79].

Em suma, a luta pelo reconhecimento no plano jurídico está ligada à formação de uma vontade ou ética universal, que impõe o dever de o outro ser tratado com respeito, visto que o respeito assume o lugar da confiança (capacidade de ficar só), peculiar ao plano do amor. Ora, o indivíduo somente poderá ser compreendido como portador de direitos se assumir a mesma obrigação normativa em relação aos demais parceiros da vida social, pois reconhecer é identificar cada pessoa enquanto livre e portadora de iguais direitos. De resto, o reconhecimento pelo direito é apreendido pelo amplo processo de reconhecimento de direitos, detectados tanto no aspecto subjetivo como objetivo, que, de gerações/dimensões, afirmou o reconhecimento dos direitos de liberdade, os direitos civis e políticos, os direitos econômicos e sociais, além dos direitos difusos e coletivos, como paz, meio ambiente, autonomia dos povos, desenvolvimento sustentável, entre outros. Sob esse olhar, razão assiste a Ricoeur quando sinala que o maior

76. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 113 e ss.

77. Ibid., p. 189-191.

78. Ibid., p. 193.

79. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 193-194.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

problema do século XX corresponde à necessária abertura dos direitos sociais à divisão equitativa no plano da distribuição dos bens mercantis e não mercantis em escala planetária, ou seja, do contraste gritante entre a atribuição igual de direitos e a distribuição desigual dos bens. Aqui, há poucos ganhadores e milhares de pessoas condenadas a pagar o preço do aumento das desigualdades sociais[80]. Sob esse aspecto, destaca-se que a criminologia atuarial, que se esquiva das preocupações tradicionais da criminologia, centradas no reconhecimento prévio da vulnerabilidade social do infrator, em prol de estratégias de intervenção "bem-sucedidas" (controle máximo), é um exemplo eloquente de negativa de reconhecimento na esfera do direito.[81]

O terceiro modelo de reconhecimento mútuo é a estima social, pois, segundo Honneth, os sujeitos humanos necessitam, além da experiência da dedicação afetiva e do reconhecimento jurídico, de uma outra esfera que lhes permita uma referência positiva de suas aptidões concretas, a saber: o reconhecimento da personalidade própria ou estima social. Dessa forma, em tal esfera é que os sujeitos encontram reconhecimento conforme o valor socialmente definido de suas propriedades concretas, de suas diferenças sociais ou propriedades particulares[82]. No âmbito da estima social, que é determinada por valores éticos que perpassam a sociedade, o pluralismo valorativo assume relevante papel, uma vez que, com a abertura a novos valores, cria uma nova cultura que dá valor à biografia individual. Por outro lado, a consolidação do modelo da estima social (ou solidariedade), que avalia, positivamente, as propriedades individuais da personalidade de determinada pessoa, só se revelou possível, de igual sorte, com a passagem para a modernidade e consequente rompimento com uma ordem tradicional e hierárquica (fundada na posição social do indivíduo). Com efeito, é na modernidade que a ordem social é submetida a um processo conflituoso, isto é, a um choque de culturas e a novas orientações éticas, as quais alteram a escala de valores da sociedade tradicional, revisando certas convicções religiosas e metafísicas, fazendo surgir novas obrigações éticas[83].

80. RICOUER, Paul. *Percurso do reconhecimento*. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006. p. 213-214.

81. Conforme FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. A nova penalogia: notas sobre a emergente estratégia correcional e suas implicações. In: CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal*. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 19-54.

82. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 198-199.

83. Ibid., p. 200-203.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Sob essa ótica, a estima social, no curso das transformações ocorridas na sociedade, migra do estamento tradicional para uma relação jurídica que consagra o valor da dignidade da pessoa humana e o direito à identidade ou à diferença. Visto que a pessoa é o centro, a ela deve ser garantida a proteção jurídica de sua reputação sócia. Nas palavras de Honneth, "uma pessoa só pode se sentir valiosa quando se sabe reconhecida em realizações que ela justamente não partilha de maneira indistinta com todos os demais"[84]. Em síntese, o conceito da estima social enfatiza a dimensão axiológica da estima mútua, estabelecendo os valores e os fins que as pessoas avaliam como sendo importantes para si e igualmente para a vida do outro. Logo, é nesse modelo que a comunidade se anuncia plural e dotada de uma inevitável diversidade axiológica, que também contrasta com a universalidade dos direitos subjetivos universais, formando um horizonte de valores compartilhados e dignos de reconhecimento[85].

A tais modelos de reconhecimento, Honneth opõe três formas de desprezo ou de desconsideração, que sintetizam a ausência de reconhecimento: 1) ausência da autoconfiança, do autorrespeito e da autoestima (causada pelos maus-tratos e pelas ofensas à integridade física); 2) privação/exclusão de direitos; e 3) humilhação/degradação. Com efeito, os maus-tratos físicos infligidos ao sujeito ferem sua confiança advinda do amor e da dedicação afetiva, provocando a *morte psíquica* do sujeito. Ora, a humilhação experimentada com a ausência de tal reconhecimento atinge cada um na sua relação de estar com outro, fazendo com que o indivíduo se sinta como um nada, já que, privado de aprovação, é como se não existisse, não nutrindo simpatia por si mesmo (autorreificação)[86]. Na privação dos direitos, há um rebaixamento que despe a pessoa do autorrespeito moral, pois ela não é reconhecida pelos parceiros da integração social, sendo excluída de qualquer pretensão social, isto é, não é reconhecida como membro de igual valor em determinada comunidade. Por isso, a privação de direitos e a exclusão social limitam a autonomia pessoal e a própria ideia de associação, correspondendo à morte social, cujo melhor exemplo é a tortura. Também há formas específicas de menosprezo quanto às expectativas que uma pessoa espera ver satisfeitas com relação à ação educativa, à saúde e à garantia de um nível de vida decente, à segurança econômica. Pode, de igual sorte, estar representada na negação de direitos

84. Ibid., p. 206-210.

85. RICOUER, Paul. *Percurso do reconhecimento*. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006. p. 216.

86. RICOUER, Paul. *Percurso do reconhecimento*. Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006. p. 206.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

civis, especialmente na ausência de participação na vida pública (invisibilidade social[87]), ou no sentimento de exclusão pela falta de acesso aos bens elementares[88]. Os impulsos negativos são a indignação, mormente pela atribuição igual de direitos e a distribuição desigual de bens, e a experiência negativa do menosprezo assume a forma específica de sentimentos de exclusão, alienação, opressão e reificação[89]. Por último, quando há um rebaixamento do valor social de determinados indivíduos ou grupos sociais, tem-se a ofensa/degradação, que resulta da falta de considerações interpretativas solidárias em prol de práticas violadoras da dignidade da pessoa[90].

Na forma de uma conclusão provisória, tem-se que o conceito do reconhecimento se apresenta como uma categoria capaz de conferir validade às demandas políticas centradas na individualidade. Ela foi explorada, de maneira sistemática, a partir dos anos de 1990, destacadamente por representantes da terceira geração da Escola de Frankfurt (Honneth), ou por hegelianos, como Charles Taylor, na lição de Safatle[91]. Sob sua orientação, houve um sensível deslocamento na leitura dos conflitos sociais e das demandas políticas, que, até então, giravam em torno da questão laboral, às novas dimensões morais e culturais que emergiam da fragmentação da sociedade. Isso se deve à superação do discurso da luta de classes, decerto pela fragmentação da classe laboral, operada pelo sistema capitalista financeiro e sua novel orientação ao trabalho imaterial[92]. Em síntese, o fato de a luta política fundamental centrar-se na autorrealização individual deve-se, muito especialmente, à dissolução da classe laboral, ao sujeito universal histórico da transformação revolucionária; ao sujeito, até então, mais importante para canalizar as lutas sociais globais e para enfrentar as denominadas crises do sistema capitalista de produção. É, sob esse pano de fundo de uma sociedade

87. CITTADINO, Gisele. "Invisibilidade", Estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antônio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSKI, Thamy. *Perspectivas atuais da filosofia do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153-166.

88. RICOUER. Op. cit., p. 214.

89. Ibid., p. 215.

90. Conforme VIEIRA, Gustavo José Correia. Etnocídio, reificação e luta por reconhecimento: uma abordagem a partir do pensamento de Axel Honneth. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 223-226, mar.-abr. 2012.

91. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos*: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 223.

92. Ibid., p. 223-224.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

desencantada, que se passa a demandar e a conferir maior visibilidade às novas demandas morais e culturais da sociedade multicultural. Logo, a multiplicidade exige o reconhecimento, fato evidenciado, por exemplo, nas lutas dos grupos historicamente excluídos e vulneráveis (negros, gays, mulheres), que buscam afirmação de suas diferenças[93]. No entanto, parece que limitar as atuais demandas de justiça somente ao reconhecimento das individualidades com recurso a uma ética formal, reservando um enfoque secundário à questão da redistribuição de bens, implica, na correta observação de Safatle, uma redução das possibilidades da aplicação da teoria do reconhecimento[94] que, nesse desenho, somente pode ter rendimento nos países de Primeiro Mundo, uma vez que, somente em tal região, a classe operária foi incorporada à classe média, além de ter aceitado e convivido bem com outras matrizes culturais, isto é, tolerantes à diversidade cultural.

Logo, correto o pensamento de Safatle, ao sinalar que é necessário que se proceda à releitura sociológica do reaparecimento da teoria do reconhecimento no interior da filosofia social, nos idos dos anos 1990, destacando-se que seu ressurgimento coincidiu com o processo de desintegração das conquistas do estado de bem-estar social e revisão/restrição dos serviços sociais básicos, tais como saúde, educação, previdência social, segurança, entre outros[95]. Ora, o fato social, efetivamente, não se limita à questão de reconhecimento das identidades. Não se desconhece que o multiculturalismo é relevante às sociedades atuais, de regra, laicas e plurais. Entretanto, a redistribuição permanece como um problema primordial na periferia e, pois, às sociedades desiguais. Tampouco, é suficiente, ainda segundo o referido autor, entender as injustiças da distribuição de bens como expressão institucional de desrespeito social e, portanto, à negativa de reconhecimento (como quer Honneth), inscrevendo o problema da redistribuição no quadro das demandas morais, uma vez que as políticas de redistribuição são insubstituíveis. Enfim, a desigualdade econômica não pode ser superada ou diminuída por políticas de afirmação cultural[96]. Assim, as políticas de reconhecimen-

93. Ibid., p. 225.

94. Sob esse ponto, ver FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167-189.

95. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos*: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 226-227.

96. Ibid., p. 228-230.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

to devem ser complementadas por políticas de redistribuição, que também são causas que impedem a autorrealização da pessoa. Registra-se, por relevante, que a perda da força revolucionária do proletariado sinaliza uma preocupante perda de um sujeito que potencialize questões globais e ou universais, espaço que não é ocupado pela teoria do reconhecimento, que se restringe a demandas morais de grupos e segmentos sociais[97]. Efetivamente, Honneth, ao naturalizar a sua concepção de "sujeito moral" e as experiências pessoais do eu rumo à "realização de si", negligencia, sobre as necessárias críticas, as tecnologias de controle disciplinar existentes nas sociedades atuais, que são necessárias para o desvelamento da plasticidade e multiplicidade dos sujeitos[98]. Todavia, tais pontos débeis de sua teoria não obscurecem o seu notável rendimento crítico para desvelar os processos de coisificação, instrumentalização, ou seja, das práticas reificantes assumidas pela sociedade moderna.

4. A negativa do reconhecimento e o desrespeito como patologias sociais e modalidades de sofrimento social: a reificação do sistema penal atuarial

O desrespeito e a reificação constituem conceitos negativos que não só representam, no pensamento de Honneth, uma injustiça, pois privam os sujeitos de sua liberdade de ação, ou infligem danos, mas também ferem as pessoas na compreensão de si próprias. Efetivamente, trata de hipóteses de vulnerabilidade do outro enquanto ser humano, identificadas nos conceitos de desrespeito ou negação do reconhecimento. Com efeito, a autoimagem normativa de cada ser humano depende, na lição de Honneth, de um resseguro constante no outro[99]. A negação do reconhecimento experimentada, afetivamente, pelos sujeitos humanos pode acarretar, no plano motivacional, impulso à resistência social e para o conflito, aqui se incluindo uma ineficiente distribuição de riquezas, fonte motivacional do descontentamento social. Sob esse aspecto, a versão positiva da criminalidade anunciada pela sociologia aponta para uma necessária correção do

97. No pensamento de SAFATLE, Vladimir. Op. cit., p. 230.

98. SAFATLE, Vladimir. Em direção a um novo modelo de crítica: as possibilidades de recuperação contemporânea do conceito de patologia social. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social*: arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 22.

99. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 206-210.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

rumo[100]. Ora, o sofrimento humano, a tortura e as violações, acompanhados de práticas que os legitimam, se traduzem num dramático colapso da confiança do sujeito, que impede sua autorrealização no ambiente de determinada sociedade. Da mesma forma, a privação de direitos, aqui incluída a exclusão social, traduz-se em um rebaixamento moral, que afeta o autorrespeito moral, porque a negação de pretensões jurídicas, socialmente relevantes (expectativas normativas), significa uma defraudação na expectativa intersubjetiva do sujeito de ser reconhecido como alguém dotado de igual autonomia moral (isto é, parceiro na interação social)[101]. Na mesma linha, uma valorização negativa conferida a certos indivíduos ou grupos sociais (como negros, pobres, gays, delinquentes), negando-lhes valor social, caracteriza-se como ofensa ou degradação, impedindo a autorrealização no plano cultural da sociedade. Representa, efetivamente, o desprezo por algumas formas de vida, recepcionadas como marginalizadas e abatidas[102]. No limite, tais violações são fonte das patologias sociais, que somente podem ser combatidas com a garantia social da primazia do reconhecimento. Elas desvelam o conflito que perpassa a luta pelo reconhecimento, geradoras de ira, violência e resistência política; enfim, reações emocionais negativas de vergonha que estão no cerne do conflito intersubjetivo[103].

Nesse quadro desolador, informado por uma violência sem precedentes, uma questão filosófica impele ao retorno ao tema da reificação, mormente pela "mercantilização" da vida cotidiana, operacionalizada pela sociedade do espetáculo do consumo e seu fetiche das mercadorias, uma vez que os habitantes da terra tendem a tratar seus semelhantes, na intersubjetividade, como coisas inanimadas ou meros objetos, prostituindo-se as vivências e convicções sociais[104]. Urge, pois, desvelar as formas totalitárias de reprodução social do capitalismo e seus discursos, a fim de que seja possível uma correta descrição da sociedade. Soam relevantes, para tal intento, os conceitos da alienação, do fetichismo e, principalmente, da reificação, utilizados para dar vazão às patologias do pensamento atual[105].

---

100. Consultar DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminológica. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 153 e seguintes.

101. HONNETH. Op. cit., p. 216.

102. Ibid., p. 217-218.

103. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 219-224.

104. HONNETH, Axel. *Reificación*: un estudio en la teoría del reconocimiento. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007. p. 13-14.

105. Ibid., p. 12-25.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

E, com o afã de prestar contas das perdas das habilidades humanas e do surgimento de um pensamento falsificado e reificado, Honneth, acolhendo, de forma parcial, o pensamento de Lukács, sustenta que a reificação consiste, de forma abrangente, em uma prática naturalizada na sociedade. Efetivamente, aquele tem como a causa central da propagação da reificação o intercâmbio de bens na sociedade capitalista, que subverte o agir comunicativo, visto que as pessoas, seguindo orientação mercantilista, passam a se orientar, de modo egoísta, na busca do lucro econômico, tratando o outro como um objeto ou coisa, potencialmente, aproveitável em termos econômicos[106]. No entendimento de Lukács, a reificação, que não se confunde com uma quebra de normas morais, apresenta-se como um hábito, costume (prática indolente, observadora e descomprometida), uma conduta difundida nas sociedades capitalistas, que socializaram um sistema de conduta reificante e instrumental do outro[107].

Honneth, por sua vez, entende a reificação de forma mais ampla, porque não a limita ao intercâmbio de mercadorias, concebendo-a como um conceito negativo, pressupondo, na sociedade, uma prática naturalizada, expressa em condutas e pensamentos, que não mais percebem, nas outras pessoas, as características que a tornam exemplares do gênero humano, tratando-as como uma coisa ou algo despido de habilidades humanas[108]. Dessa maneira, para o autor, a reificação, no sentido sócio-ontológico, constitui-se numa prática que atenta contra as condições elementares que estão na base do discurso moral: uma ofensa aos pressupostos necessários do mundo da vida[109]. Para Honneth, a reificação não se limita à hipótese de instrumentalização ou coisificação do homem pelo sistema capitalista, que coloniza o mundo da vida, como quer Lukács. Conforme o autor, a reificação brota do esquecimento do reconhecimento, sinalizando que, na relação do ser humano com o mundo circundante, o reconhecer vem antes do conhecer[110]. Assim, a rebelião e a resistência social surgem da defraudação das expectativas de reconhecimento, formando a base motivacional do conflito, na qual as experiências individuais de desrespeito são interpretadas como vulnerabilidades do grupo inteiro, representando, dessa forma, os sentimentos coletivos de injustiça[111].

106. Ibid., p. 23-31.

107. Ibid., p. 30-32.

108. HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas*, Porto Alegre, v. 08, n. 1, p. 69-70, jan.-abr. 2008.

109. Ibid., p. 70-71.

110. Ibid., p. 94-96.

111. HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2003. p. 257-258.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Em síntese, a reificação, na lição de Honneth, advém da ausência da adoção da perspectiva do outro ou reconhecimento, uma vez que, sem a experiência do outro, não há condições de dotá-lo de valores morais[112].

Registra-se, todavia, que a reificação trabalhada em Lukács, devidamente encorpada por Honneth, fornece uma linha de abordagem importante para o Direito Penal, uma vez que desnuda a existência da lógica econômica e a sua equação custo/benefício (ou a análise econômica) no revolucionário direito burguês. Não é por outro motivo, segundo o referido autor, que o direito, na sua original formulação burguesa, partiu da afirmação da igualdade formal e proteção ao direito de propriedade, bem como da universalidade de tais direitos, bases do positivismo jurídico. Além disso, estabeleceu a própria racionalidade do direito formal: a possibilidade de fixar racionalmente o seu conteúdo e a sua validade, de forma factual. Na oportuna advertência de Lukács, o conteúdo das leis formais, haurido das instituições jurídicas, já não é mais dotado de natureza jurídica ou filosófica, senão que expressa uma vontade política e econômica.[113] Na lição dele, desde Hugo já havia reclamos para fundar o direito na razão, conferindo-lhe um conteúdo racional (material), indo adiante, portanto, do mero cálculo formal. No limite, com o direito burguês, surge uma outra *essência* do direito; trata-se, doravante, de uma forma-cálculo das consequências de uma ação e de maneiras para atingi-las, seguindo-se, por óbvio, orientações econômicas[114]. O direito natural assume uma feição científica, mantendo uma ligação com valores eternos mais pobre e formal, afastando-se de uma orientação mais abrangente e do substrato material, formalismo que a filosofia burguesa é incapaz de romper. Com isso, torna-se possível que a reificação tome assento na base do formalismo jurídico, sendo a vida recebida, de modo mecanizado e instrumentalizado, pela ciência. O único mundo possível, acessível e compreensível é aquele que é dado, fechando-se as vias de acesso à essência do real[115]. A vida do ser humano deixa de ser uma potência para entrar nos cálculos racionais do direito e, no caso do controle penal, na política criminal atuarial. Assim, o homem é reconhecido como um adversário, um ser inanimado e coisificado, um inimigo que deve ser eliminado e combatido[116].

112. HONNETH. Op. cit., p. 73.

113. LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*: estudos sobre a dialética marxista. Trad. Ronei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2018. p. 235-236.

114. Ibid., p. 236-237.

115. Ibid., p. 237-239.

116. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo pensamento criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 77-78.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Nesse estado da arte de um Direito Penal informado pelo cálculo, a política criminal atuarial[117] encontrou terreno fértil para florescer, implementando um processo de coisificação dos infratores. Com efeito, o pensamento criminológico atual, o qual se consolidou após crise do estado de bem-estar social[118], que se afirma como uma nova orientação penalógica, é aquele que busca combater a criminalidade de forma eficiente e racional, leia-se, com o menor investimento possível, deixando de se preocupar com as causas sociais do desvio. Legitima-se um pensamento segundo o qual não há solução para o crime. Este, o desvio, não configura mais do que um normal e complexo problema social (peculiar à denominada criminologia do eu), passando a ser cuidado como um problema setorial de determinados grupos ou classes sociais. É a nova criminologia, que Garland denomina como a criminologia do outro. Surge um novo sistema, o gerencial[119]. Com efeito, o atuarismo criminológico, inicialmente denominado nova penalogia por autores americanos (J. Simon e M. Feeley[120]), sugere que cumpre ao sistema penal estabelecer uma tecnologia para controle de sujeitos ou classes perigosas, com base em cálculos estatísticos relacionados a certos tipos de delinquentes e determinados crimes. Não se ocupa da responsabilidade individual ou em diagnósticos clínicos ou sociais, pois o objetivo da criminologia não responde a comportamentos individuais, senão que regular os níveis de criminalidade[121]. Portanto, as intervenções punitivas são desprovidas dos fundamentos e fins que afiançaram os sistemas penais modernos, inspirados no respeito à liberdade e dignidade da pessoa humana, com nítido caráter ressocializador. Com isso, permite-se a recriação do direito penal do inimigo e a articulação de políticas de tolerância zero[122]. Enfim, sob os influxos da criminologia do atuarismo,

117. Ver FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. A nova penalogia: notas sobre a emergente estratégia correicional e suas implicações. In: CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal*. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 19-99.

118. Na lição de GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 181 e ss.

119. GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 65 e ss.

120. FEELEY, M.; SIMON, J. The new penology. Notes on the emerging strategies of corrections and its implications. *Criminology*, XXX, n. 04, p. 449-474, 1992.

121. Na lição de BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Sistema penal y control de los migrantes:* gramática del migrante como infractor penal. Granada: Comares, 2011, p. 09-10.

122. BERGALLI, Roberto. Sistema penal y exclusión. In: SCHÖNE, Wolfang (Coord.). *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad.* Corrientes-Argentina: Mave, 2009. p. 107-134.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

adota-se uma racionalidade do risco, motivo pelo qual as estratégias penais se caracterizam como dispositivos de gestão dos perigos e riscos, com a repressão preventiva das classes populacionais detentoras de tal potencialidade. O objetivo do controle penal são os produtores de risco ou coletivos com propensão ao desvio, ou seja, as classes tidas como perigosas.[123]

É o tempo da sedimentação da criminologia do atuarismo, que objetiva, na lição de Dieter[124], uma gestão econômica do crime, adaptando o sistema de justiça criminal ao sistema capitalista contemporâneo, visando dar uma eficiência maior ao controle penal, correlata com a diminuição de custos e/ou privatização da gestão criminal. Sob influência da retórica do risco[125] e, não confessadamente assumindo interesses mercadológicos, expande os marcos punitivos inclusive em direção à pobreza[126-127]. Há, portanto, uma reorientação da política criminal para gerir e controlar grupos de risco ou carreiras criminosas rumo à incapacitação seletiva de seus membros (entenda-se: "inocuização" ou prisão pelo maior tempo possível). A nova penalogia não mais se destina a tratar de pessoas concretas, ou ressocializá-las como preconizava a ideologia do tratamento, mas sim controlar as denominadas classes perigosas, a partir de uma prognose do risco de delinquir[128].

Na lição de Dieter, a política criminal atuarial surge em um momento demarcado pela crise do sistema correicional e sua ideologia do tratamento nos EUA, que reclamavam uma reestruturação do sistema de correção ou adoção de outro modelo. Dita reforma do sistema correicional clamava por maiores investimentos, limitados em face da crise do estado fiscal, motivo pelo qual se aderiu a

123. DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia*: postfordismo y control de la multitud. Madrid: Traficantes de sueños, 2006, p. 129.

124. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. Destaca-se que o propósito do autor, declarado, na introdução da referida obra, que é fundamental para se compreender o pensamento da criminologia do atuarismo, é proceder a uma análise da experiência nos Estados Unidos, origem de tal orientação criminológica. Todavia, entende-se que, pela grandeza da obra, ela permite desvelar a reificação existente do controle penal, inclusive em terra brasileira.

125. Importa a leitura de ROMEU CASABONA, Carlos María (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

126. Nos ensinamentos de DIETER. Op. cit., p. 22.

127. WACQUANT, Löic. *Los condenados de la ciudad*: gueto, periferias y Estado. Trad. Marcos Mayer Buenos Aires: Siglo XXI, 2007.

128. Na lição de DIETER. Op. cit., p. 20-21.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

outra via que, assumindo a premissa de que o modelo não funcionava, defendia que deveria ser substituído pela ideologia de defesa social. Logo, a política criminal adotou uma lógica de prevenção geral negativa ou a neutralização. Afinal, no pensamento de Dieter, o modelo correicional, quando confrontado com os altos índices de reincidência, sucumbia. Essa nova penalogia conferia um limitadíssimo papel à política criminal estatal: "administrar" e "controlar" grupos de risco, incidindo sobre os destacados componentes, a população perigosa. Abandonam-se os ideais de tratamento e a ressocialização (a prevenção especial) em prol de uma eficiente e barata política criminal, que deve cuidar daqueles que oferecem riscos à sociedade. Abre-se caminho para uma incapacitação seletiva dos criminosos de alto risco, ou seja, os catalogados como inimigos. Implementa-se um processo de coisificação das pessoas ou de animalização[129].

Legitimam-se, portanto, práticas sociais de controle que buscam o encarceramento massivo, despidas de qualquer função redutora da violência, pois o fenômeno da reificação permite a instrumentalização de seres humanos para fins políticos. É uma nova penalogia, contraditória e volátil, na lição de O'Malley, com pouca compaixão e quase nenhuma fé no ideal de reabilitação, especializada na incapacitação. Penalidade neoliberal com foco na eficiência e rentabilidade econômica[130]. Como não poderia ser diferente, dá vazão ao autoritarismo penal, em que, na leitura de Gloeckner e Scapini, as relações humanas se vertem hostis e a violência estatal, sob o império da razão de estado[131], degenera subjetividades. Ora, o sistema capitalista, na lição dos autores, não cuida tão somente do mercado, senão que controla a própria vida psíquica dos indivíduos, conferindo maior força à lei da autoridade que, por sua vez, se alimenta do medo social, fantasiando o cuidado e a proteção[132]. Olvida-se dos ensinamentos de Benjamin, que já advertia sobre a existência de uma violência do direito e que também o mantém. E tal violência, segundo ele, repousa no mal essencial da sociedade contemporânea:

129. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 98-103.

130. O'MALLEY, Pat. Punição contraditória e volátil. In: CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal*. Belo Horizonte: UFMG, 2012. p. 101-127.

131. Ou seja, de uma legalidade compensada com ilegalidades, síntese da "razão de estado", para PULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Trad. Rita de Lima. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 82 e ss.

132. GLOCKNER, Ricardo J.; SCAPINI, Marco Antonio de Abreu. Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme sua missão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 159, p. 69-108, set. 2019.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

tratar todas as pessoas de forma instrumental, como meio para atingir determinados fins, violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Dito de outro modo, na sua crítica à violência, Benjamin desnuda o fato de que ela pode ser utilizada para os fins do estado, especialmente pela autoridade policial[133]. Logo, não é por acaso que se sedimenta, nas práticas judiciais e legislativas, a cultura da emergência (anticorrupção, antidrogas, anticrime organizado, antiterrorismo) e de práticas de exceção como fatores da primazia da razão de estado sobre a razão jurídica. Sob esse olhar, como vaticina Malan, implementam-se procedimentos judiciais divorciados dos limites constitucionais, detectados, por exemplo, nos casos de megaprocessos, tais como aqueles relacionados à Operação Lava Jato, processos em que o juiz assume uma conotação partidária e ofensiva, concebendo seu mister como instrumento de luta contra a delinquência organizada[134].

Em síntese, é razoável afirmar que o atuarismo criminológico, orientação criminológica atual, é o produto final do desencantamento com as práticas inclusivas da ideologia do tratamento. Abandona-se o pensamento segundo o qual as políticas sociais do estado de bem-estar eram o remédio menos amargo para tratar da criminalidade. Sob dita orientação, o crime era encarado, sobretudo, como uma chaga social decorrente da distribuição desigual de bens. Verdade que ainda se encontrava sem resposta o questionamento de Foucault acerca de como "tratar" das pessoas desviadas em instituições fechadas, mais vocacionadas a produzir corpos dóceis e embrutecer o ser humano[135]! Entretanto, com o advento da política criminal atuarial, impulsionada pela constante mutação do sistema capitalista (que transitou do modelo de produção industrial fordista e/ou taylorista ao financeiro/imaterial), o sistema penal assume a reduzida função de gerir e controlar os pobres. Não todos, é verdade, porque são milhares, exigindo, pois, grandes investimentos[136]. Punir somente aqueles que possuem maior potencial de risco, sem qualquer outra utilidade social.

No limite, todo o conjunto de fatores de risco que deriva das transformações do sistema econômico (que incidem sobre as formas de inserção dos indivíduos

133. BENJAMIN, Walter. *Para una crítica de la violencia y otros ensayos.* Iluminaciones IV. Madrid: Taurus, 1991.

134. MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 159, p. 46-67, set. 2019.

135. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 29. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 117 e ss.

136. DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 224-226.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

nos mercados laborais, bem como da supressão de suas necessidades vitais, ou seja, os vetores da denominada sociedade do risco e sua inseguridade permanente), que causa um desemprego massivo e estrutural, foi colocado para o sistema penal[137]. Logo, o medo e a insegurança deslizam para o controle punitivo, consolidando o modelo do gerencialismo ou política atuarial. Trata-se de uma racionalidade neoliberal na forma de afrontar os problemas da criminalidade, implementando uma justiça expressiva, que se orienta em catalogar grupos de risco e em minimizar as sensações sociais de insegurança. A criminalidade deixa de ser vista como uma patologia social para se notabilizar como um fenômeno social normal que não é suscetível de redução e/ou desaparecimento[138]. A ideia que subjaz de tal orientação criminológica é neutralizar o criminoso pelo maior tempo possível, convertendo-se a prisão, no pensamento de Wacquant[139], num depósito de seres humanos indesejados de uma sociedade cada vez mais submetida aos ditados materiais do mercado e da compulsão moral de exigir contas das ações pessoais. Na sua lição, estas são contradições insuperáveis da penalização da marginalidade urbana por parte do estado, pois a canalização de recursos financeiros para o encarceramento massivo nada mais é do que uma política antipobreza e de controle racial velado. De acordo com ele, nos países de Segundo Mundo, como o Brasil, território onde as desigualdades são mais marcantes e a pobreza é mais profunda, o aparato da justiça penal é invadido pela arbitrariedade, pela desigualdade e pela inabilidade, porque a polícia é um vetor de violência, e não supressora dela; os tribunais seguem causando sérios prejuízos a determinados grupos sociais e étnicos (pobres e negros); as prisões funcionam como campos de concentração para os marginalizados[140-141].

Efetivamente, o atuarismo criminológico imprime práticas reificantes, visto que coisifica o infrator, convertendo-o em um fator de risco, um inimigo que deve ser combatido e, não raro, morto, como se vê propagandeado por ilustres governantes brasileiros. Por isso, legitima-se, em terra brasileira, uma justiça penal

137. Por todos, PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

138. Na lição de BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Valencia: Comares, 2007. p. 55-83.

139. WACQUANT, Löic. *Las dos caras de un gueto*: ensayos sobre marginalización y penalización. Trad. Marcos Mayer et al. Buenos Aires: XXI, 2015. p. 18-19.

140. Ibid., p. 19.

141. Ver WACQUANT, Löic. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 19 e ss.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

expressiva que intensifica a dor penal. Vejam-se as atuais inovações legislativas, utilizadas, em regra, para (re)criminalizar delitos já existentes, aumentando suas penas (para citar um exemplo, a novel alteração nos crimes de furto e roubo com a utilização de explosivos). Além disso, a terminologia bélica e o direito de luta já fazem parte do repertório jurisprudencial e legislativo, somados às condições materiais do sistema penitenciário, que, salvo honradas exceções, não passa de masmorras medievais. Verdadeiramente, o indivíduo perdeu seu número de série na feliz expressão de Deleuze[142]; atualmente, não passa de um objeto submetido aos aparatos de controle estatal.

5. Conclusão

É condição normal do ser humano ser sensível e se padecer com o sofrimento alheio, não sendo de sua natureza humana, portanto, causar dor ou humilhar seu semelhante. Deveria haver na humanidade um comprometimento moral com a sorte do outro, reconhecendo-o como igual parceiro na vida social[143], pois, ao fim, o ato de reconhecer precede ao conhecimento pessoal, naquilo que Honneth chama de modo existencial do reconhecimento[144]. Entretanto, em uma prática social reificada, que pode ser conceituada, patologicamente, como uma razão deformada, o outro não é reconhecido em sua potência vital. Tal deformação da razão, produto da alienação, anomia, consumismo e reificação, além de negar o reconhecimento elementar, produz uma nefasta anomalia social de destematizar os graves problemas sociais existentes (a pobreza, o racismo e a exclusão social), que não são mais discutidos pela esfera pública e, por isso, são naturalizados. No agir social, a cidadania atua como expectadora sem influência, indolente, deixando de submeter à crítica as verdadeiras causas da violência e criminalidade. Impera, na sociedade moderna, um pensamento bárbaro, uma espécie de neotribalismo, que permite ao homem aniquilar e humilhar outros homens (transformados em objetos ou coisas) em nome da razão racial, social ou econômica, ou

142. DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1992. p. 220 e ss.

143. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 97.

144. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reificação *vs.* Dignidade: revisitando os fundamentos do direito penal a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010. p. 133-151.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

da segurança, mormente pela passagem da sociedade democrática à sociedade da segurança (ou do medo[145]). Efetivamente, as luzes não foram capazes de dissipar as pesadas brumas das manhãs primitivas que impediam que os selvagens e os bárbaros, mergulhados no embrutecimento ou na crueldade, apreendessem sua própria humanidade[146]. A barbárie é naturalizada e o homem despido de seus direitos fundamentais intersubjetivos. Logo, no ambiente do controle penal, sob orientação de uma política criminal atuarial e reificante, as garantias constitucionais são retiradas ou violadas, em prol da eficiência, do emergencialismo e da excepcionalidade penal, que deságua no Direito Penal do inimigo.[147]

Nesse estado da arte, em que a relação entre pessoas assume o caráter de uma relação entre objetos[148], num processo de degradação do próprio ser humano, assiste-se a um entorpecimento da humanidade, em que as coisas encobertam as relações humanas[149]. No sistema penal, as práticas reificadas são traduzidas na naturalização do processo de desumanização implementado pela justiça atuarial, dado que nega aos criminosos e desviantes o prévio reconhecimento elementar do direito, porque são catalogados como meras fontes de perigo, que devem ser combatidas com o menor custo possível, privando-as de qualquer intervenção inclusiva. Enfim, sob os auspícios do atuarismo penal, o saber criminológico é relegado à função de gerir e controlar grupos de risco, não detendo mais a intenção de identificar e combater as causas sociais da criminalidade. Trata-se, verdadeiramente, de patologias sociais, que, na lição de Honneth[150], vêm exemplificadas na deterioração das capacidades racionais dos membros da sociedade, que intensificam, com um pensamento rígido e inflexível, uma socialização

145. Ibid., p. 134.

146. MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*: ensaio sobre o i-mundo moderno. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: UNESP, 2002. p. 39-41.

147. Ver, por todos, JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 54-64. Também de relevo a leitura de CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Montevideo; Buenos Aires: IBDEF, 2006. v. 1 e 2.

148. Conforme LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*. Porto: Escorpião, 1974. p. 97.

149. Ver MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 169-170.

150. Consultar HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad*: esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Madrid: Katz, 2014. p. 119-129. Ver, do mesmo autor: HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*, Madrid: Trotta, 2011. p. 139-141.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

aferrada em termos de direitos subjetivos negativos, a saber: da liberdade individual, especialmente a propriedade privada e a segurança, deixando-se de se implementar a versão positiva dos direitos sociais e econômicos. Dessa forma, o controle social baseia-se na coerção e exclusão[151]. Não se atenta para o fato de que o controle penal possui um caráter postergante dos demais direitos, porque a segurança não se limita à questão da criminalidade, comportando também a segurança de direitos positivos ou de ações afirmativas. Opta-se, para brindar a sociedade com mais segurança, por excluir, da vida social, grupos e classes sociais que não mais integram os sistemas prestacionais do Estado, impondo-se uma mera estabilização jurídica às avessas.

Em suma, em tempo de práticas reificantes, legitimadoras de segregações violentas, é necessário que se retorne à questão filosófica da dialética negativa da ilustração, que está vocacionada a produzir vítimas[152], para jogar luz no debate criminológico, permitindo-se que se desvele o fato de que a cultura do capitalismo e sua indústria cultural promoveram um verdadeiro retrocesso totalitário na política criminal do Estado, levando os infratores, na estratégia atuarial, a uma condição de invisibilidade. Não é por acaso que o Direito passou a assumir funções bélicas e excepcionais, legitimando o uso dos termos da guerra e da luta. Emprega-se uma legislação excepcional para combater os excluídos do pacto social; os inimigos, aqueles que não mais podem invocar os direitos do cidadão, podendo, por isso, ser torturados e violentados[153-154]. Sob esse aspecto, a criminologia do reconhecimento, partindo dos ensinamentos de Honneth e Saavedra, centrada na dimensão antropológica do reconhecimento, pode desvelar a forma

151. DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 186 e ss.

152. Por tal motivo, o discurso do abolicionismo é sempre um pensamento atual, isto é, uma ideologia ou utopia, que, se não pode ser desprezada, embora seja de difícil implementação, na sua totalidade, sobretudo em sociedades desiguais e, pois, violentas, permite pensar outras alternativas fora do controle penal. Nesse sentido, ver SCHEERER, Sebastian. A perspectiva abolicionista. Trad. Raphael Boldt e Vinícius Alberto Fonseca. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 160, p. 407-430, out. 2019.

153. GRECO, Luís. As regras para a busca detrás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 78, p. 08-40, maio-jun. 2009.

154. Importa a leitura de SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reificação *vs.* Dignidade: revisitando os fundamentos do direito penal a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. Correntes contemporâneas do pensamento jurídico. Barueri: Manole, 2010. p. 141-142.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

perversa da reificação que paira sobre a política criminal atual. Tal pensamento criminológico pode explicar, por exemplo, o porquê do aumento da criminalidade por parte dos adolescentes, analisando a forma como estão sendo tratados, na atualidade, pela família, escola, sociedade, bem como pelos processos de socialização premidos pela violência (CASES, FASES)[155]. O argumento pode ser utilizado com relação ao sistema prisional brasileiro, no qual a ausência de reconhecimento pelo direito tem fomentado a ira, a rebelião e a resistência política, chegando à criminalidade organizada. Também pode apresentar uma explicação para o atual fenômeno do encarceramento em massa, pois a incapacitação ou neutralização corresponde a uma decisão de política criminal. Ora, se não se reconhece o criminoso e o desvio como produto social, reclamando uma máxima intervenção social e menos punição, mas, sim, como fonte de perigo que deve ser gerida, o controle penal é despido de sua função humanizadora e redutora da dor penal. Talvez uma maior segurança em direitos fundamentais, priorizando-se estratégias punitivas inclusivas de logo prazo, pudesse brindar a sociedade com uma melhor segurança, para todos. Para tanto, é necessário desformalizar a razão, conferindo o reconhecimento elementar, inclusive, aos delinquentes; afinal, ainda são sujeitos de direitos, não?

Referências

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ALVES, Karen; SANCHES, Daniel; LUCCIA, Danna de. Anomia e declínio da autoridade paterna. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social:* arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 111-140.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Miedo líquido*: la sociedad contemporánea y sus temores. Barcelona: Paidós, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no mundo líquido moderno*. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

155. SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 98.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Trad. Jorge Navarro et al. Barcelona: Paidós, 2006.

BENJAMIN, Walter. *Para una crítica de la violencia y otros ensayos*. Iluminaciones IV. Madrid: Taurus, 1991.

BERGALLI, Roberto. Sistema Penal y exclusión social. In: SCHÖNE, Wolfang. *El orden jurídico-penal entre normativa y realidad*. Corrientes: Mave, 2009, p. 107-134.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. *Política criminal de la exclusión*. Valencia: Comares, 2007.

BRANDARIZ GARCPIA, José Ángel. *Sistema penal y control de los migrantes:* Gramática del migrante como infractor penal. Granada: Comares, 2011.

BUONICORE, Bruto Tadeu. Liberdade e reconhecimento: contributo ao estudo da fundamentação da culpabilidade jurídico-penal. Reflexões iniciais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 127, p. 39-78, jan. 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Montevideo-Buenos Aires, IBDEF, 2006. v. 1 e 2.

CANÊDO, Carlos; FONSECA, David S. (Org.). *Ambivalência, contradição e volatilidade no sistema penal*. Belo Horizonte: UFMG, 2012.

CASTEL, Robert. *La inseguridad social*: ¿qué es estar protegido? Trad. Viviana Ackermn. Buenos Aires: Mannantial, 2004.

CASTEL, Robert. *A discriminação negativa*: cidadãos ou autóctones. Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 5. ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. 1.

CASTELLS, Manuel. Tecnologia da informação e capitalismo global. In: HUTTON, Will; GIDDENS, Anthony (Org.). *No limite da racionalidade*: convivendo com o capitalismo global. Trad. Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Record, 2004. p. 81-111.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança*: movimentos sociais na era da internet. Trad. Carlos Alberto de Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CITTADINO, Gisele. "Invisibilidade", Estado de direito e política de reconhecimento. In: MAIA, Antônio Cavalcanti; MELO, Carolina de Campos; CITTADINO, Gisele; POGREBINSKI, Thamy. *Perspectivas atuais da filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 153-166.

DAL LAGO, Alessandro. Personas y no-personas. In: GORSKI, Hector C. Silveira (Org.). *Identidades comunitarias y democracia*. Barcelona: Trotta, 2000. p. 127-146.

DE GIORGI, Alessandro. *El gobierno de la excedencia:* postfordismo y control de la multitud. Trad. José Ángel Brandariz Garcia e Hernán Bouvier. Madrid: Traficantes de Sueños, 2006.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminológica. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIETER, Maurício Stegemann. *Política criminal atuarial*: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. *Mal-estar, sofrimento e sintoma*. São Paulo: Boitempo, 2015.

DUNKER, Christian. Crítica da razão diagnóstica: por uma psicopatologia não-toda. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social*: arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 317-347.

DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Trad. Andréa Stahel M. da Silva. São Paulo: EDIPRO, 2016.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. Trad. Alex Marins. São Pulo: Martin Claret, 2003.

ESPOSITO, Roberto. *Bios*: biopolítica y filosofía. Trad. Carlo R. Molinari Marotto. Buenos Aires: Amorrortu, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 29. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 167-189.

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GLOCKNER, Ricardo J.; SCAPINI, Marco Antonio de Abreu. Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme sua missão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 159, p. 69-108, set. 2019.

GRECO, Luís. As regras para a busca detrás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados "casos de bomba-relógio". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 78, p. 08-40, maio-jun. 2009.

HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade I. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. La modernidad, un proyecto incompleto. In: BAUDRILLARD, Jean et al. (Org.). *La posmodernidad*. Barcelona: Kairós, 2006. p. 19-36.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna*: uma pesquisa sobre as origens da mudança social. 18. ed. Trad. Adail Ubirajar Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Loyola, 2008.

USO EXCLUSIVO BDJUR.COM.BR

HINKELAMMERT, Franz. La transformación del Estado de derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización. In: VÁSQUEZ, Guilhermo Hoyos (comp.). *Filosofía y teorías políticas entre la crítica y la utopía*. Buenos Aires: CLACSO, 2007. p. 179-197.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. *Reificación:* un estudio en la teoría del reconocimiento. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2007.

HONNETH, Axel. Observações sobre a reificação. *Civitas*, Porto Alegre, v. 08, n. 1, p. 69-70, jan.-abr. 2008.

HONNETH, Axel. *Crítica del agravio moral*: patologías de la sociedad contemporánea. Trad. Peter Storandt Diller. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica: Universidad Autónoma Metropolitana, 2009.

HONNETH, AXEL. *Patologías de la razón*: historia y actualidad de la teoría crítica. Madrid: Kratz, 2009.

HONNETH, Axel. *La sociedad del desprecio*. Trad. Francesc J. Hernández et al. Madrid: Trotta, 2011.

HONNETH, Axel. *El derecho de la libertad*: esbozo de una eticidad democrática. Trad. Graciela Calderón. Buenos Aires: Katz, 2014.

JAKOBS, Günther. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal ante los desafíos del presente. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn. *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 54-64.

LIPOVETSKI, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. Trad. Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LIPOVETSKI, Gilles. *Da leveza para uma civilização do ligeiro*. Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2016.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*. Porto: Escorpião, 1974.

LUKÁCS, Georg. *História e consciência de classe*: estudos sobre a dialética marxista. Trad. Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 9. ed. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

MADUREIRA, Miriam Mesquita Sampaio. *Crítica del agravio moral*: patologías de la sociedad contemporánea. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2009.

MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 159, p. 46-67, set. 2019.

MARX, Karl. *O capital*: crítica da economia política. Trad. Reginaldo Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. v. 1.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

MATTÉI, Jean-François. *A barbárie interior*: ensaio sobre o i-mundo moderno. Trad. Isabel Maria Loureiro. São Paulo: UNESP, 2002.

MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

MENKE, Christoph. *Direito e violência*: estudos críticos. Trad. Antonio Francisco de Sousa, Antônio Franco e de Geraldo Luiz de Carvalho Neto. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.

PULANTZAS, Nicos. *O Estado, o poder, o socialismo*. Trad. Rita de Lima. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

RICOUER, Paul. *Percurso do reconhecimento.* Trad. Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2006.

ROMEU CASABONA, Carlos María (Coord.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Mal-estar na modernidade*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Criminologia do reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 90-106.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Reificação *vs*. Dignidade: revisitando os fundamentos do direito penal a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; OLIVEIRA, Elton Somensi de. *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2010.

SAAVEDRA, Giovani Agostini; SOBOTTKA, Emil Albert. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honneth. *Civitas – Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Porto Alegre, v. 8, n. 1, p. 9-18, jan.-abr. 2008. Disponível em: [www.redalyc.org/articulo.oa?idp=1&id=74211531002&cid=58655]. Acesso em: 27.08.2014.

SABOTIT, Pere. *Vidas adosadas*: el miedo a los semejantes en na sociedad contemporánea. Barcelona: Anagrama, 2006.

SAFATLE, Vladimir. Em direção a um novo modelo de crítica: as possibilidades da recuperação contemporânea do conceito de patologia social. In: SAFATLE, Vladimir; SILVA JUNIOR, Nelson da; DUNKER, Christian (Org.). *Patologias do social*: arqueologias do sofrimento psíquico. Belo Horizonte: Autêntica, 2018. p. 07-31.

SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos*: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia.* 7. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

SCHEERER, Sebastian. A perspectiva abolicionista. Trad. Raphael Boldt e Vinícius Alberto Fonseca. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 160, p. 407-430, out. 2019.

TAYLOR, Charles. *Imaginários sociais modernos*. Trad. Artur Morão. Lisboa: Texto & Grafia, 2010.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais*: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

TOURAINE, Alain. *Un nuevo paradigma para comprender el mundo hoy*. Trad. Agustín Tobajas y María Tabuyo. Barcelona: Paidós, 2005.

VIEIRA, Gustavo José Correia. Etnocídio, reificação e luta por reconhecimento: uma abordagem a partir do pensamento de Axel Honneth. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 95, p. 223-226, mar.-abr. 2012.

WACQUANT, Löic. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Löic. *Las dos caras de un gueto*: ensayos sobre marginalización y penalización. Trad. Marcos Mayer et al. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- O capitalismo do espetáculo e o processo de desintegração social: anomia e o mal-estar do sistema penal, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 140/325-370 (DTR\2018\7942).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Para além de qual criminologia? Limitações e possíveis contribuições relacionadas à abordagem dos danos sociais

Beyond which criminology? The limits and the possible contributions related to the social harm approach

Marcelo Buttelli Ramos

Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2016). Advogado.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-7923-0604].
mbuttelliramos@hotmail.com

Recebido em: 05.09.2019
Aprovado em: 02.05.2020
Última versão do autor: 18.05.2020

Área do Direito: Penal

Resumo: O artigo analisa os trabalhos "Delitos de los Estados, de los Mercados y Daño Social: Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal" (2014) e "¿Más Allá de la Criminología?" (2013) com o fito de explicitar as razões pelas quais os teóricos alinhados à perspectiva do chamado Enfoque dos Danos Sociais ("Social Harm Approach") defendem a necessidade de superação ou mesmo de abandono do saber criminológico. Nesse sentido, o presente artigo procura apresentar respostas para três questões específicas: (i) como o saber criminológico é representado pelos autores perfilados ao Enfoque dos Danos Sociais?; (ii) quais são as limitações heurísticas por eles identificadas em relação à chamada *abordagem criminológica dominante*?; (iii) o conceito de "criminologia dominante" traduz, a contento, as reflexões articuladas pelas criminologias críticas latino-americanas? A última sessão do artigo condensa argumentos que buscam explicitar e superar do limites identificados no interior da própria crítica formulada pelo Enfoque dos Danos Sociais.

Abstract: The article analyze the following works: "Delitos de los Estados, de los Mercados y Daño Social: Debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal" (2014) and "¿Más Allá de la Criminología?" (2013) in order to explicit the reasons why some theorists aligned with the Social Harm Approach defend the need to overcome or even to abandon the criminology knowledge itself. In this sense, the paper try to provide answers to three specific questions: (i) how the criminology knowledge is represented by the authors aligned to the Social Harm Approach? (ii) What are the heuristic limitations that are identified in relation to the so-called "dominant criminological approach"? (iii) Does the concept of *dominant criminology* translates in some extend the thoughts conceived by the Latin American critical criminologists and it's respective theorizations? The last section condense arguments that seek to explain and overcome the limitations identified within the criticism presented by the Social Harm Approach.

Ramos, Marcelo Buttelli. Para além de qual criminologia? Limitações e possíveis contribuições relacionadas à abordagem dos danos sociais.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 173. ano 28. p. 433-465. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

USO EXCLUSIVO POSGRAM

Palavras-chave: Enfoque dos danos sociais – Criminologia crítica – Paradigma criminológico dominante – Crimes de poder – Fobia de Estado.

Keywords: Social Harm Approach – Critical Criminology – Dominant criminological paradigm – Crimes of the Powerful; State Phobia.

Sumário: 1. Introdução. 2. O enfoque dos danos sociais como alternativa teórica face a um paradigma criminológico "dominante". 2.1. Oito razões para a justificação do enfoque dos danos sociais. 3. Caracterizando os danos sociais a partir da explicitação das limitações metodológicas e epistemológicas de um paradigma criminológico "dominante". 3.1. Os [nem tão novos] méritos relacionados ao desenvolvimento do enfoque dos danos sociais. 4. Considerações finais: "junto do" e não "para além do" saber criminológico crítico: abordando criticamente o enfoque dos danos sociais. Referências. Documentos acessados eletronicamente. Dedicatória e agradecimentos .

1. Introdução

Não são poucos os autores que sustentam que as criminologias, mesmo aquelas que ostentam um viés crítico em relação ao funcionamento do sistema de justiça criminal,[1] representam, na atual quadra da histórica, narrativas que carecem de certa potencialidade heurística.[2]

1. Sempre que neste trabalho for referida a expressão "criminologia crítica", está-se fazendo referência às conclusões veiculadas pelo Primeiro Seminário de Criminologia Crítica e, portanto, a um corpo teórico que, embora constituído por abordagens heterogêneas, parece gravitar em torno das seguintes proposições gerais: (i) o fenômeno do desvio só pode ser adequadamente compreendido quando analisadas as suas funções e determinações à luz de uma determinada estrutura realidade socioeconômica; (ii) tendo a justiça penal o papel de proteger e perpetuar os interesses das classes economicamente dominantes, a normatividade jurídico-penal busca incidir, preferencialmente, sobre comportamentos comumente praticados pelos membros das classes economicamente subalternizadas; (iii) os bens jurídicos tutelados pela normatividade jurídico-penal se confundem em larga medida com os interesses preconizados pela economia política capitalista; (iv) o crime carece de um *status* ontológico positivo, devendo ser compreendido, destarte, como objeto de uma construção social ideologicamente orientada. Cf. MONREAL, Eduardo Novoa. Desorientación epistemológica en la criminología crítica. *Revista Doctrina Penal*, n. 8, 1985, p. 29.
2. Nesse sentido, é preciso o comentário aduzido por Ferreira (2016): "[...] da Inquisição às Criminologias Críticas (aí incluídas as novas formas, como a Criminologia Cultural e as Criminologias Feministas), o controle, a ordem e a punição são os objetos de pesquisa ou as finalidades maiores dos pensamentos criminológicos. Porém, a pergunta que se faz, em pleno século XXI, é a seguinte: a Criminologia Crítica, especialmente após o encarceramento em massa observado em países como Estados Unidos, Rússia e

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Nessa linha compreensiva, ganham destaque análises que denunciam a limitação dos mais variados discursos criminológicos em relação à apresentação de alternativas diante, por exemplo, de fenômenos como o grande encarceramento[3]. Com efeito, também tem sido enfatizada a omissão das mais variadas abordagens criminológicas em relação ao estudo das violências massivas, de caráter coletivo, perpetradas tanto pelos Estados-nação como pelos Mercados,[4] intensificadas, sobretudo, a partir do século XIX até os dias atuais. Esse conjunto de críticas representam, pois, o fio condutor que perpassa os estudos reunidos na obra coletiva "Delitos de los Estados, de los Mercados y Daño Social" (2014), organizada pelo Observatório do Sistema Penal e dos Direitos Humanos da Universidade de Barcelona (OSPDH).

Bem ilustra a tônica desse diagnóstico a ideia de que o saber "criminológico dominante"[5] – e logo se vê no que consiste tal criminologia – estaria a patrocinar

Brasil (WACQUANT, 2007), ainda tem a monótona função de diagnosticar o óbvio?". Cf. FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 2, n. 2, 2016, p. 188.

3. Em linhas gerais, o conceito refere-se à tendência – gestada e operacionalizada primeiramente nos EUA, sobretudo a partir da década de 70 – consistente no aumento vertiginoso da população carcerária, num curto espaço de tempo, em um contexto de crescente fragilização e descrédito acerca das promessas e do aparato institucional engendrado pelo modelo estatal de tipo welfarista. O fenômeno foi descrito por Loïc Wacquant no célebre "Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos" (2013). Entre nós, a leitura conceito à luz da realidade brasileira foi realizada em dois trabalhos dignos de nota: CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; BRAMOVAY, Pedro V. O Grande Encarceramento como Produto da Ideologia (Neo)Liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro V.; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
4. A fim de elucidar no que consiste a ideia de "mercados", socorremo-nos do esclarecimento apresentado por Iñaki Rivera Beiras: "Y quiénes son esses 'mercados'? Qué cara tienen? También hemos señalado ya [...], que pese a que por definición la penumbra y la falta de trasparencia envuelven a dicho concepto – pues el capital actúa amparado en su ocultación –, hay importantes firmas de servicios financieros que 'qualifican' cada día a los países, a su deuda pública y privada, a sus regiones y autonomías, a su sistema bancario y financeiro... Algunas se llaman Lehman Brothers, Goldman Sachs, Merrill Lynch [...], y son quienes marcan el *diktat* de esta insaciable modernidad tardía." Cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki. Retomando el concepto de violencia estructural. La memoria, el daño social y el derecho a la resistencia como herramientas de trabajo. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 269.
5. A utilização de aspas em torno deste conceito tem por objeto performar uma estratégia retórica bastante específica, afinal: "as aspas mostram que eles [os termos destacados]

USO EXCLUSIVO PODCRIM

uma espécie de *apartheid criminológico*. Convém relembrar que o conceito em questão, extraído das críticas apresentadas por Eugenio Raúl Zaffaroni (1988) e Wayne Morrison (2012), aponta para o fato de que abordagens criminológicas contemporâneas – independentemente de seu perfil ideológico (conservador ou progressista) – insistem em perseguir ladrões enquanto ignoram genocidas, haurindo, assim, todo o seu potencial crítico e analítico em análises (limitadas) situadas dentro dos estritos limites dos sistemas jurídicos nacionais.

É dizer, a crítica que opera a partir da noção de *apartheid criminológico* expressa, em linhas gerais, um certo descontentamento em face de um saber criminológico que revela ser, sobretudo na medida em que restringe o escopo de suas investigações aos processos primário e secundário de criminalização, incapaz de problematizar fenômenos sociais, políticos e econômicos mais amplos, fenômenos estes relacionados à violação massiva de direitos humanos (e.g. as mortes causas pelo aumento dos níveis de poluição nas atmosferas das grandes cidades, a fome causada pelas guerras, os danos econômicos sobredeterminados pela especulação financeira, pelo desemprego em massa e pela precarização das condições de trabalho, processos gerados e intensificados pelo implemento de planos de austeridade e pela ampliação dos processos de globalização dos mercados etc.), fenômenos que transcendem as fronteiras do *espaço civilizado* regido pelos ordenamentos jurídico-penais dos estados nacionais e que, por essa razão, produzem danos proporcionalmente mais graves que aqueles comumente problematizados pelas múltiplas vertentes teóricas da criminologia.

A propósito disso, Sarmiento et al (2014) argumentam que a limitação epistemológica (e metodológica) da criminologia pode muito bem ser caracterizada, atualmente, pela definição demasiadamente estreita do seu objeto de estudo, que comportaria tão somente aqueles fenômenos sociais apreendidos pela gramática jurídico-penal. Nesse sentido, o comentário formulado por Roberto Bergalli, em debate orientado à identificação das potencialidades e limitações das abordagens criminológicas tradicionais frente aos chamados *crimes massivos*, é, sob muitos aspectos, revelador:

> "Como ustedes saben, la criminología está vinculada a un viejo paradigma, epistemológicamente hablando, que está ligado a la época antigua de los

estão sob crítica, disponíveis para iniciar a disputa, questionar sua disposição tradicional, e pedir por algum outro termo (...). O efeito das aspas é desnaturalizar os termos, designar esses significantes como lugares de debate político". Cf. BUTLER, Judith. Fundamentos contingentes: o feminismo e a questão do pós-modernismo. *Cadernos Pagu,* n. 11. 1998. p. 28.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

> estudios de la delincuencia (...). Los estudios etiológicos, vinculados a la escuela positivista de criminología, han intentado fundamentar una línea de investigación basada en las causas da delincuencia y en la manera em que estas causas podrían ser evitadas o eliminadas (...)."[6]

Embora façam algumas concessões ao referirem que o saber criminológico representa, hoje em dia, uma espécie de "zoológico de espécies vivas" ou, ainda, um tipo de "torre de babel" – em virtude da grande variedade de perspectivas teóricas que reivindicam para si o título de *criminologia* –,[7] resta a forte impressão de que a maior parte dos autores que tomam parte nos debates veiculados nessa obra coletiva, ao lançarem mão do significante "criminologia", estão, em verdade, colocando em xeque uma série de postulados teóricos compartilhados por um conjunto de abordagens específicas, derivadas de um velho e conhecido paradigma, conforme referido por Bergalli.

Interessante notar, contudo, que a crítica, ao menos do modo como é veiculada, acaba representando a criminologia, *tout court*, como saber teórico conservador, dependente e subordinado à epistemologia jurídica e aos marcos definidores delineados pela legislação penal, cujo objetivo mais imediato consistiria na compreensão das causas e consequências da criminalidade a partir de um universo constituído, basicamente, pelos chamados *delitos menores*.[8]

Lido o referido diagnóstico à luz da tradição criminológica latino-americana, forçoso indagar se ele não padeceria de algumas inconsistências que,

6. BERGALLI, Roberto et al. Diálogos sobre criminologia, genocídio y dano social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social:* debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 209.
7. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal. et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y Sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 40.
8. O conceito alude à compreensão de que a maior parte das investigações criminológicas se debruçam sobre um tipo específico criminalidade: a criminalidade de rua, caracterizada, essencialmente, por um conjunto de delitos voltados contra o patrimônio. (SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, DE LOS MERCADOS Y DAÑO SOCIAL*: DEBATES EN CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y SOCIOLOGÍA jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 40).

USO EXCLUSIVO DO PDC IM

ironicamente, também poderiam ser caracterizadas como sendo de natureza epistêmica. Cumpre, neste artigo, evidenciá-las.

2. O enfoque dos danos sociais como alternativa teórica face a um paradigma criminológico "dominante"

Pretendendo explicitar os problemas gerados pela difusão de um "saber criminológico dominante", Iñaki Riveira Beiras – por ocasião do mesmo debate onde teve lugar a já referida intervenção de Roberto Bergalli – afirma: "[...] todos los que estamos aquí en España, en Argentina, em América Latina, hemos estudiado la criminología, y nunca, nunca, podríamos estudiar en el interior de la criminología o la ley penal este tipo de temas."[9]

Embora assista razão ao autor no tocante ao reconhecimento das limitações da dogmática jurídico-penal em relação ao reconhecimento e a consequente dispensa de um tratamento analítico adequado aos chamados crimes de Estado[10] e dos danos sociais causados pelo próprio funcionamento dos Mercados, o mesmo não se pode dizer em relação à criminologia latino-americana, notadamente a brasileira, lugar desde onde se projeta a presente análise.

Riveira Beiras et al argumentam, com efeito, que a criminologia produzida nos países latino-americanos, bem como na Espanha, padeceria de uma grave limitação heurística, limitação esta cristalizada em torno da omissão em relação à caracterização dos danos sociais massivos produzidos tanto pela economia capitalista como pelos Estados nacionais. Não obstante a contundência da crítica, existem razões e leituras que permitem questionar o acerto deste diagnóstico, particularmente diante da teoria criminológica latino-americana.

Primeiramente, cumpre invocar o trabalho daquele que talvez seja o mais reconhecido criminólogo latino-americano, o argentino Eugenio Raúl Zaffaroni. Cumpre relembrar, na esteira da crítica apresentada por Riveira Beiras et al, que,

9. RIVERA BEIRAS et al. Diálogos sobre criminología, genocídio y dano social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 214.

10. Para tanto, basta recordar a histórica dificuldade em se fazer reverberar no cenário acadêmico nacional e, mais especialmente, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, as reflexões articuladas em torno do instituto da coculpabilidade. Por todos, conferir: SANTOS, Juarez Cirino do. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Fórum, 2004. p. 265-266.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

ao menos desde a publicação de *Criminología, Aproximación desde un Margen* (1988), Zaffaroni coloca em evidência as problemáticas (i) das violências promovidas pelas políticas criminais latino-americanas, às quais chama de *genocidas*, e (ii) da sua consequente legitimação, quer por ação ou omissão, pelas agências estatais que compõem o sistema de justiça criminal.[11] Nessa mesma obra, Zaffaroni reconhece a necessidade de se encarar a criminologia não como um saber monolítico, inexoravelmente vinculado ao *velho paradigma etiológico* relembrado por Bergalli, mas, antes, como um *curso dos discursos sobre a questão criminal*, um saber caracteristicamente plural, ou interdisciplinar, constituído por abordagens complexas e multifacetadas que tomam por objeto de análise os discursos de legitimação, reforma ou abolição do aparato repressivo estatal ligado sobretudo (mas não só) ao controle penal. A postura teórica adotada por Zaffaroni é esposada de maneira ainda mais clara na obra *Em busca das penas perdidas* (1991), oportunidade em que o autor apresenta a sua conhecida visão acerca do sistema penal latino-americano:

> "A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício do poder de todos os sistemas penais."[12]

Não bastasse, no Brasil, a crítica aos crimes de Estado e aos danos colaterais produzidos pelas dissimetrias produzidas pela exaltação da lógica da acumulação que fundamenta a economia (política) capitalista, é bandeira brandida, há muito, por Vera Malaguti Batista (2011), Salo de Carvalho (2013), Vera Regina

11. Zaffaroni sinaliza, neste particular, valendo-se da conhecida teorização de Sykes e Matza, que uma das (ainda) urgentes tarefas dos criminológicos latino-americanos refere-se à análise das técnicas de neutralização (v.g. a negação da responsabilidade, do dano, da vítima, a condenação dos detratores e, finalmente, o apelo à existência de valores sociais mítico-transcendentais) historicamente empregadas pelos Estados a fim de justificar os excessos perpetrados por intermédio das suas próprias agências. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. El crimen de Estado como objeto de la criminología. In: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (Org.). *Panorama internacional sobre justicia penal*: política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. México DF: UNAM, 2007.

12. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991. p. 15.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

Pereira Andrade (2012), Maria Lúcia Karan (2004) e Edson Passetti (2004), que, manejando distintos referenciais teóricos, aspiram, em uníssono, à realização de um mesmo projeto (político): a construção de planos alternativos e factíveis em face de um direito penal cuja aplicação obedece a orientações classistas e racistas.[13]

A assunção desse argumento pressupõe, nos parece, que se esteja de acordo quanto à leitura de que o *crime* é, no limite, um rótulo jurídico atribuído, de forma mais ou menos arbitrária, a toda e qualquer conduta considerada socialmente reprovável. Se se segue a lógica ditada por essa linha compreensiva, o significante *crime* poderia inclusive – como é sinalizado ao menos desde o interacionismo simbólico beckeriano – servir como signo ilustrativo do tipo de relação (abusiva) que o Estado brasileiro mantém com boa parte da sua da população carcerária, caracterizada, a um só tempo, pela indiferença, pela privação material e pelo franco e sistemático desrespeito a direitos e garantias individuais.

Vê-se, portanto, que um dos mais basilares entendimentos assentados pelo enfoque dos danos sociais – aquele que defende a necessidade de superação de uma criminologia reputada dominante – pode ser considerado equivocado à luz da tradição criminológica latino-americana, sobretudo a partir daquela construída em solo brasileiro, que, como visto, organiza-se, historicamente, em torno de um conjunto de análises que não apenas não legitimam as hodiernas ações do sistema de justiça criminal – reconhecendo e explicitando, destarte, as violências simbólicas e materiais por ele (re)produzidas – como propõem a sua superação como uma questão de princípio.

É claro que o caráter idealizado e em certa medida romantizado de certas denúncias veiculadas pela criminologia brasileira não passa desapercebido[14]; em

13. A propósito do ponto de intersecção que se estabelece entre os temas raça e justiça criminal, cumpre destacar o grau de maturidade alcançado pela criminologia brasileira contemporânea, que acertadamente aponta – *através de uma crítica interna tematizada por um léxico que não chega a ser estranho aos autores perfilados ao Enfoque dos Danos Sociais* – para os limites de uma crítica criminológica que identifica o negro apenas como vítima do sistema de justiça criminal sem, contudo, avançar em relação à problematização do ideário racista que ajudar a promover e legitimar, no contexto das estratégias de combate à criminalidade, ações e inações que poderiam ser caracterizadas como *genocidas*. Nesse sentido, conferir: FREITAS, Felipe da Silva. Novas perguntas para criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS*: Revista crítica de humanidades, n. 238, 2016, p. 496.

14. Cabe aqui o registro de que ao menos parcela da criminologia brasileira alerta, atualmente, para o imobilismo político-criminal que deriva da reprodução sistemática e paradoxalmente acrítica dos clássicos diagnósticos veiculados pela criminologia crítica

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

todo o caso, mesmo este tipo de análise não podem ser relacionada ao conceito de *criminologia dominante*, conceito este que, como se verá a seguir, serve como ponto de partida para a estruturação de uma crítica cujos desdobramentos confluem na direção da proposta de abandono da criminologia.

A fim de se melhor desenvolver esse argumento, cabe, agora, analisar os postulados teóricos que servem de fundamento para o Enfoque dos Danos Sociais.

2.1. Oito razões para a justificação do enfoque dos danos sociais

Como referido no item anterior, a constatação das limitações heurísticas dessa "criminologia dominante", caracterizadas, sobretudo, pela alegada omissão do saber criminológico em relação ao enfrentamento de temáticas relacionadas aos crimes de Estado e dos danos sociais causados pelo funcionamento dos Mercados, tem levado alguns autores a sugerir a necessidade de superação da criminologia. Ilustram o ponto as críticas aduzidas por Steve Tombs e Paddy Hillyard (2013) e por Sarmiento et al (2014).

Enquanto para os primeiros a criminologia

> "debe ser abandonada, dado que su enfoque sobre el crimen, la ley y la justicia penal ha sido siempre inadecuado ya que ha comportado en parte una reproducción de lo que Braithwaite ha denominado 'una administración de justicia penal clasista'";[15]

para os últimos, deve ser desenvolvida, justamente em função desta constatação, uma abordagem teórica alternativa, capaz de levar em consideração os danos sociais massivos invisibilizados pelas discussões articuladas em torno de definições legais e dos marcos normativos que organizam o funcionamento do sistema de justiça criminal no âmbito dos estados nacionais. Conforme argumentam os autores, isso somente seria possível a partir da realização de dois giros teóricos que se situam, necessariamente, "más allá (*beyond*) de la criminología (también crítica)":

---

de inspiração marxista. Nesse sentido, Ferreira (2016) e Divan e Castamann (2017) ressaltam, em uníssono, a necessidade de a crítica criminológica transcender o *diagnóstico do óbvio* e passar para o campo da elaboração e apresentação de uma agenda político-criminal alternativa, realista e centrada, sobretudo, no ideal proteção dos direitos humanos, tudo isso através da abertura de amplos canais de diálogo com as instâncias legislativa, judiciária e executiva.

15. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 191.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> "La *primera*, recuperar la capacidad de análisis transdiciplinaria de los daños sociales y de la criminalidad incorporando los conocimientos y las herramientas teóricas de muchas disciplinas (como la sociología, la ciencia política, la economía, la psicología y la propia *zemiología*), dando paso a un modelo realmente *integrador* que rompa con el enclaustramiento y la ceguera analítica. Y la *segunda* abrir la puerta del horizonte cognoscitivo de la disciplina al estudio de los crímenes internacionales, y más allá de las definiciones legales, al análisis de los procesos de creación y posible control de daños sociales de gran impacto [...]."[16]

Dito entendimento encontraria fundamento em oito razões. Enquanto as sete primeiras são fornecidas por Sarmiento et al (2014), a última é explicitada por Tombs e Hillyard (2013). Cumpre agora elencá-las.

A *primeira razão* apresentada por Sarmiento et al (2014) parte da leitura segundo a qual os criminológicos (aí também compreendidos os autoproclamados críticos) estariam presos ao método e à epistemologia da velha criminologia de matriz etiológico-positivista, na medida em que continuam a focar sua atenção sobre os delitos ordinários e locais, olvidando, deste modo, a importância do estudo dos crimes massivos, perpetrados, como dito, por Estados e pelos agentes dos mercados. Nesse sentido, afirma-se que os poucos avanços alcançados pela criminologia quanto ao estudo das violações massivas de direitos humanos derivam não tanto do desenvolvimento orgânico da própria disciplina, mas sim da influência que sobre ela foi exercida por um conjunto de manifestações sociais e teóricas relativamente autônomas, tais com a *vitimologia* e as lutas protagonizadas pelo movimento internacional de defesa dos direitos humanos.[17]

A *segunda razão*, por sua vez, residiria na constatação da relação de dependência (quiçá subordinação) que a criminologia considerada dominante mantém com as definições de caráter jurídico-legal. No ponto, observa-se que nem mesmo o direito penal internacional logrou engendrar um marco normativo robusto

16. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y Sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 72.

17. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 49.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

o suficiente e apto a oferecer, de um modo eficaz, respostas às políticas colonialistas, às guerras de agressão ou por procuração (*proxy wars*) e aos crimes de lesa humanidade, realidades que – cumpre reconhecer – de fato costumam escapar ao escopo ordinário das análises criminológicas.[18]

A *terceira razão* oferecida pelos autores parte da consideração de que a criminologia carece do instrumental metodológico necessário para compreender aquilo que os autores denominam como criminalidade do poder (*Crimes of the Powerful*).[19] No entendimento de Sarmiento et al (2014), a própria ideia de que os agentes estatais infringem, seja por ação ou omissão, danos aos seus próprios cidadãos representaria, ao menos para os filiados à chamada *criminologia dominante*, uma contradição em termos, uma vez que as instituições legalmente incumbidas do exercício do poder de punir jamais poderiam ser reputadas responsáveis pela produção da violência que aspiram coibir.[20]

A *quarta razão* aponta, em linhas gerais, o fato de que a criminologia dita dominante careceria de recursos humanos e materiais para levar a efeito estudos amplos e complexos tais como aqueles que envolvem as temáticas dos genocídios e das graves violações dos direitos humanos perfectibilizadas no plano supranacional.[21]

A *quinta razão* elencada pelos autores tem a ver com o fato de que o direito penal contemporâneo, ao representar o alfa e o ômega dessa "criminologia dominante", estaria baseado na ideologia da defesa social que, como se sabe, incorpora

18. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 49.

19. O conceito condensa, numa mesma expressão, os chamados *crimes de Estado* e os *danos sociais* causados pelos Mercados.

20. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 49-50.

21. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal. et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 50.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

aos discursos sobre o controle do crime *dogmas positivistas* geralmente representados através dos *princípios* da *legitimidade*[22], da *culpabilidade*[23], da *igualdade perante a lei*[24] e do *interesse social*[25]. A assunção dessa ideologia e dos princípios que lhe dão expressão, no entendimento dos autores, teria o condão de legitimar a aplicação desigual da lei penal, protegendo, destarte, Estados que, quase sempre a pretexto de promover os interesses de uma sociedade que costuma ser representada como um todo coeso e harmônico (tanto do ponto de vista político, como do ponto de vista moral), violam direitos humanos de modo mais ou menos sistemático.

A *sexta razão* exposta lança mão da hipótese de que os criminológicos viveriam em um estado de *negação mental* ou de *cegueira deliberada* em relação às violências coletivas exercidas em prol da salvaguarda das ordens social e econômica.[26]

A *sétima razão* teria a ver, pois, com o caráter "etnocéntrico y en cierto modo imperialista de la criminología dominante".[27] No entendimento de Sarmiento et al (2014), a criminologia dominante costuma dispensar pouca ou nenhuma atenção aos genocídios e a outros tipos de violações massivas de direitos humanos,

22. O princípio em comento exprime a ideia de que o Estado, sendo expressão dos interesses da sociedade, "está siempre legitimado para reprimir". Cf. SARMIENTO et al..., p. 50.

23. O princípio em questão alude à compreensão de que o crime representa, invariavelmente, um ataque aos valores sociais mais elementares. Cf. SARMIENTO et al. Idem.

24. O princípio da igualdade perante a lei assenta a crença de que as regras do ordenamento jurídico (penal) são iguais para "todos tanto en su configuración cuanto en aplicación". Cf. SARMIENTO et al. Idem.

25. O princípio do interesse social, por sua vez, alude à pressuposição de que os bens jurídicos tutelados pela normatividade jurídico-penal são igualmente valorados por todas as pessoas. Cf. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 51.

26. RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 53.

27. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 53.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

uma vez que esses fenômenos costumam ocorrer a milhares de quilômetros de distância dos seus usuais campos de investigação. Para Sarmiento et al, "este argumento muestra que la relevancia de los objetos de estudio se encuentra subordinada de manera directa a la pertenencia o no del mismo al espacio civilizado de las culturas occidentales".[28]

A *oitava razão* estaria consubstanciada na recusa demonstrada pelo saber criminológico dominante – que como se viu situa suas investigações sempre no âmbito dos espaços civilizados locais, nacionais – em perceber que as maiores violações de direitos humanos verificadas no curso do século XX foram de fato levadas a efeito por agentes estatais que contavam com o respaldo de poderes políticos e econômicos de dimensão internacional.

Restaria, pois, em face dessas razões, a seguinte conclusão: ao olvidar os danos produzidos pelas políticas gestadas e operacionalizadas no plano das relações internacionais, a criminologia (dominante) teria contribuído para limitar as possibilidades de crítica e, portanto, de controle das violações de direitos humanos constatadas no plano supranacional.[29]

3. Caracterizando os danos sociais a partir da explicitação das limitações metodológicas e epistemológicas de um paradigma criminológico "dominante"

É interessante observar que todas essas razões se conectam, de forma mais ou menos direta, aos argumentos apresentados por Tombs e Hillyard (2013) a fim de justificar o abandono da criminologia. Para os últimos, ao eleger o crime e, por via de consequência, o criminoso, como objetos preferenciais de sua análise, esse saber criminológico reputado dominante perpetuaria *dois tipos de mitos* preconizados pelo pensamento criminológico de matriz positivista.

28. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 54.

29. SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Más allá de la Criminología. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki. (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 54.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O *primeiro* alude à crença de que a conduta criminosa representa – do ponto de vista ontológico – uma realidade positiva e dotada de um significado transcendental, vale dizer, representa uma realidade que pode ser percebida da mesma maneira a qualquer tempo e em qualquer contexto social. O *segundo* mito, por sua vez, refere-se à pressuposição de que seria possível conceber explicações mais ou menos compreensivas, porém sempre definitivas, acerca das causas objetivas (socioestruturais) e subjetivas (psicológicas) que determinariam o fenômeno criminal. Tombs e Hillyard opõem duas objeções a tais mitos.

Em primeiro lugar, recordam que o abolicionismo linguístico proposto por Louk Hulsman através do conceito de *situações-problema* logrou demonstrar a absoluta artificialidade do conceito de crime.[30] Em segundo lugar, enfatizam o fato de que as análises embasadas nessas duas míticas pressuposições tendem a esquecer a natureza seletiva dos processos de criminalização: processos a partir dos quais certos comportamentos (e certas subjetividades) são selecionados a fim de serem mais rigorosamente controlados e castigados pelas agências que integram o sistema de justiça criminal. Nessa linha compreensiva, Tombs e Hillyard concluem que, por depender do conceito (jurídico) de crime para a definição do seu objeto de estudo, a criminologia (tradicional) fracassa em torno da compreensão das formas "más extremas, perjudiciales y dominantes de daño [social]".[31]

Em face dessas razões, o "enfoque dos danos sociais" é, enfim, apresentado por Tombs e Hillyard como um projeto teórico alternativo e mais consistente de investigação. Mas, para além da sua verve crítica, quais são os postulados efetivamente defendidos por essa vertente analítica que, como dito, se pretende alternativa?

30. No entendimento de Louk Hulsman, a quebra da hegemonia do poder punitivo e dos seus respetivos símbolos não passa apenas pela recusa da solução-prisão num nível institucional. A contestação da vontade de punir pressupõe, igualmente, um "abolicionismo acadêmico", uma revolução a ser protagonizada no campo da linguagem (teórica) utilizada para descrever o poder punitivo enquanto tal, seu funcionamento e consequências: "[...] chamar um fato de 'crime' significa excluir de antemão todas essas outras linhas; significa se limitar ao estilo punitivo – o estilo punitivo da linha sócio-estatal, ou seja, um estilo punitivo dominado pelo pensamento jurídico, exercido com uma distância enorme da realidade por uma rígida estrutura burocrática. Chamar um fato de 'crime' significa se fechar de antemão nesta opção infecunda". Cf. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1997. p. 100-101.

31. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 177.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

O enfoque dos danos sociais, ao menos na esteira da leitura proposta por Tombs e Hillyard, constitui uma perspectiva teórica que, ao abdicar do estudo do crime e das causas da criminalidade, procura evidenciar e problematizar as inúmeras espécies de danos que escapam às definições legais delineadas pelos ordenamentos jurídico-penais nacionais.

Ao reconhecerem a existência de uma ampla gama de danos não criminalizados, mas que, não obstante, afetam milhares de pessoas, durante toda a sua vida, Tombs e Hillyard propõem, em detrimento da noção de crime, a adoção do conceito de *dano* como objeto de um campo de investigação que se situa para além da criminologia.

De acordo com os autores, a noção de dano compreende, fundamentalmente, *quatro tipos de lesões* que, como dito, passariam ao largo das reflexões patrocinadas pela criminologia tradicional ou dominante.

O primeiro tipo de lesão alude aos *danos físicos* (e.g. exposição a substâncias contaminadoras do meio ambiente; enfermidades, doenças decorrentes da falta de alimentação e de moradia adequada; torturas praticadas por agentes do Estado etc.); o segundo tipo remete ao conceito de *danos econômico-financeiros* que, por sua vez, refletem distintas maneiras de se perder de bens ou dinheiros em virtude de uma ampla variedade de fraudes:

> "[...] que incluye la venta fraudulenta de pensiones e hipotecas, la apropiación indebida de fondos por parte del gobierno, de empresas o de individuos privados, aumento de los precios de los bienes y servicios a través de la cartelización y los pactos de fijación de precios, y la redistribución de la riqueza y los ingresos de los más pobres a los más ricos con impuestos regresivos y políticas de bienestar."[32]

O terceiro tipo de lesão referido pelos autores alude aos *danos emocionais e psicológicos*, que, embora sejam de difícil mensuração e correlação a causas específicas, se revelam extremamente importantes em determinados contextos de análise[33] (e.g. casos relacionados às situações abandono moral e afetivo e de abusos físicos e sexuais praticados contra crianças são, neste particular, ilustrativos, porém o caso da responsabilização das crianças-soldado recrutadas para

32. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 184-185.

33. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 185.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

tomar parte em conflitos armados revela toda a extensão e a complexidade da questão).[34]

A quarta e última espécie de lesão comentada pelos autores faz referência aos *danos à seguridade cultural*. Neste último caso, aborda-se todo tipo de conduta que venha a restringir o acesso a recursos culturais, intelectuais e informacionais que, em uma sociedade plural e democrática, deveriam ser/estar disponíveis para todos.[35]

Importante observar, contudo, que os próprios autores reconhecem a imprecisão do conceito de dano social, um traço característico que também atribuem ao conceito de crime. Todavia, tal imprecisão, de acordo com a sua leitura, não representaria, por si só, um problema, revelar-se-ia, antes, como um aspecto positivo, pois, diferentemente da noção de crime – *sempre dependente das determinações conceituais estabelecidas pela dogmática jurídico-penal* –, o conceito de dano social desfrutaria (em razão da sua relativa flexibilidade semântica) de uma maior capacidade operativa (e, portanto, heurística) em relação à abordagem e à problematização dos fenômenos políticos, sociais e econômicos apenas difusamente interpretados como *danos*.

Não obstante, lembram os autores, ainda pende sobre o conceito de *dano* a objeção segundo a qual sua semântica, demasiadamente vaga, estaria a revelar o caráter relativo e, assim, pouco confiável, dos estudos a partir dele articulados. Posicionando-se contra esse argumento, Tombs e Hillyard esclarecem que a "la definición de lo que constituye un daño es un proceso productivo y positivo – mucho más positivo que simplemente apuntar a una lista de investigación delimitado por un corpus existente de la ley (penal)".[36] Significa dizer, destarte, que o próprio significado de dano social é constantemente (re)construído por ocasião da sua utilização como chave de leitura para a análise de fenômenos mais amplos e complexos que aqueles sobre os quais comumente incide o conceito de crime.

Tombs e Hillyard ainda argumentam que, se o objetivo mais imediato da abordagem dos danos sociais é mesmo definir a natureza destes danos e mensurar o

34. A propósito, conferir: Parker, Roy. Children and the concept of harm. In: HILLYARD, Paddy et al. *Beyond criminology*: taking harm seriously. London: Pluto Press; Black Point, NS: Fernwood Pub., 2004. p. 249.

35. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 185.

36. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 185.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

seu impacto na vida das pessoas, torna-se no mínimo contraprodutivo abdicar da tarefa de tentar compreender o que as pessoas que sofrem mais diretamente com esses danos pensam sobre eles. Daí a razão pela qual o caráter relativo do conceito proposto não chega a ser considerado um problema.

3.1. Os [nem tão novos] méritos relacionados ao desenvolvimento do enfoque dos danos sociais

A par das críticas, Tombs e Hillyard elencam cinco argumentos que denotariam os méritos do desenvolvimento da abordagem dos danos sociais em detrimento do tradicional enfoque criminológico.

O primeiro remete à ideia de que a abordagem dos danos sociais cuida de um conjunto mais amplo de *situações-problema*, não se limitando apenas àquelas mais diretamente relacionadas às ações e omissões tipificadas pelo Código Penal. Nesse sentido, a abordagem dos danos sociais seria, comparativamente, mais sensível para a leitura de fenômenos que, embora não sejam considerados ilícitos à luz de um código jurídico, ainda sim afetam a vida de milhares de pessoas.

Além disso, a noção de dano, por ser mais ampla que aquela preconizada pela dogmática jurídico-penal (e, por via de consequência, pela criminologia dita dominante), permite, no entendimento de Tombs e Hillyard, alcançar uma compreensão mais adequada acerca da importância relativa dos danos produzidos contra determinados grupos de indivíduos (uma reflexão que, diga-se de passagem, viria bem a calhar em relação ao estudo da realidade brasileira, onde a prática de crimes contra o patrimônio costuma sensibilizar mais a opinião e as autoridades públicas que o elevado número de homicídios cometidos nas zonas periféricas das grandes cidades).

Um segundo argumento sugere que o enfoque dos danos sociais contribui para o aprimoramento dos mecanismos institucionais de culpabilização dos agentes e organizações reputadas responsáveis pela produção destes mesmos danos. Com efeito, ao abdicar do viés individualista e subjetivista dos processos de imputação e persecução instituídos tanto pela dogmática jurídico-penal como pela dogmática processual penal, o enfoque dos danos sociais advogaria em torno da concepção de mecanismos não penais de responsabilização política de corporações e agências governamentais.[37] Tais mecanismos, uma vez acionados, não

37. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 186.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

implicariam, necessariamente, na responsabilização penal dos sujeitos reputados responsáveis. Antes, serviriam para a estruturação de políticas públicas voltadas à prevenção e mitigação dos danos analisados. A fim de melhor ilustrar o ponto, pode-se pensar nas repercussões decorrentes do reconhecimento do fato de que, no Brasil, na esteira dos dados publicados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN de junho de 2016,[38] os crimes mais frequentemente praticados pelos indivíduos privados de liberdade (e.g. tráfico de drogas, roubo, associação criminosa e furto) podem ser interpretados como meios de "acesso forçado à renda".[39]

Se as coisas são assim, parece evidente que certos fatores estruturais respondem por parte importante da realidade prisional brasileira. Esse tipo de constatação, parafraseando Tombs e Hillyard, coloca, de fato, a interessante questão de saber em que medida o processo de atribuição de responsabilidade pela prática destes crimes deve recair unicamente sobre os indivíduos que os praticam, ou se também devem alcançar, por exemplo, os agentes públicos que, por ação ou omissão, podem ser reputados responsáveis pela intensificação da pobreza subjacente.[40]

O terceiro argumento alude ao tipo de resposta ofertada pelo Enfoque dos Danos Sociais em face desse tipo de situação. Aqui, Tombs e Hillyard defendem que o enfoque dos danos sociais permite a elaboração de respostas mais adequadas relativamente a redução dos níveis de danos associados, por exemplo, à carência recursos materiais.[41] Consoante a leitura proposta pelos autores, as soluções apresentadas pelo direito penal e, naturalmente, problematizadas pela criminologia, passam pela formulação de respostas que gravitam tão somente em torno dos marcos normativos instituídos pelo direito penal. Tais respostas, por sua vez, envolvem formas mais ou menos institucionalizadas de vingança e/ou castigo administradas, de modo direto ou indireto e efetivo, pelo Estado.

Nesse sentido, o processo de responsabilização criminal acaba sendo monopolizado por um conjunto de atores jurídicos que, por imposição legal, não

38. BRASÍLIA. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias 2016/2017. p. 43.

39. NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad., apresentação e notas por André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 20.

40. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 187.

41. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 187.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

podem possuir nenhum vínculo com as pessoas originalmente implicadas na *situação-problema*. Em função dessa limitação, o enfoque dos danos sociais propõe a elaboração de respostas políticas mais estruturadas, vale dizer, não meramente conjunturais, aos fenômenos encarados como produtores de danos sociais. Tais respostas teriam, pois, como vantagem reduzir o protagonismo dos atores jurídicos nos processos de atribuição de responsabilidade pela ocorrência de danos sociais uma vez que eles, em virtude da própria natureza das próprias posições, possuem pouca ou mesmo nenhuma representatividade política no âmbito da esfera pública, sendo, portanto, incapazes de capitanear mudanças estruturais necessárias no âmbito de certos contextos sociais onde o comportamento sancionado pela norma penal pode ser considerado, como referido, meio de acesso forçado à renda.

Na contramão das respostas pensadas tipicamente pelo direito penal, o enfoque dos danos sociais reivindica, como lembrado por Tombs e Hillyard, uma maior politização dos conflitos sociais, isto é, um debate mais aprofundado acerca dos temas que subjazem a discussão dos danos mesmos: pobreza, desigualdade, fome, utilização não sustentável de recursos naturais, desregulamentação dos mercados financeiros e das relações de trabalho etc. Tal diretiva procura garantir a participação (que não se confunde com protagonismo) das próprias vítimas em discussões públicas que buscam delimitar a natureza, a extensão e as estratégias de enfrentamento dos danos sociais.

Nesse sentido, recordam os autores:

> "[A] pesar de las limitaciones de los procesos políticos formales en las llamadas democracias liberales occidentales, estos son sin duda foros más apropiados para debate que los sistemas de justicia penal, relativamente cerrados y dominados por elites".[42]

Não parece ser despropositado concluir que Tombs e Hillyard propõem uma radical mudança de perspectiva em relação ao enfrentamento daquilo que, seguindo os passos de Louk Hulsman, denominam como *situações-problema*. Em linhas gerais, essa mudança insiste na necessidade de afastamento dos processos de responsabilização do âmbito da justiça penal, na medida em que se prefere entregá-los à esfera pública, onde, ao menos em tese, poderão ser construídas soluções tendencialmente mais representativas das vontades das pessoas implicadas nos conflitos que produzem danos – soluções mais democráticas, portanto.

42. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 187.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O quinto e último argumento coloca em perspectiva a inaptidão epistemológica do direito penal e, por via de consequência, da própria criminologia, para tratar dos danos massivos.

De acordo com Tombs e Hillyard, um problema analítico fundamental atinente a definição legal de crime e relacionado à própria abordagem criminológica tradicional ou dominante (que toma aquela primeira definição como ponto de partida de seus estudos), é que ambas se dedicam ao estudo das ações, omissões, intenções e relações de corte intersubjetivo, motivo pelo qual nenhum dos dois campos logra desenvolver conceitos capazes de abordar e problematizar a contento os danos massivos e coletivos produzidos quer pela atuação das corporações transacionais, quer pelos Estados nacionais. O debate protagonizado pelo direito penal e pela criminologia em torno da temática dos crimes massivos – infecundo no entendimento dos autores – diz respeito tão somente à possibilidade ou não de torná-los crimes. A questão, no entanto, mereceria/poderia ser colocada de outra forma:

> "Não é que os remédios proporcionados pelo direito penal não tenham valor, mas que os criminólogos, ao permanecerem apegados à noção de crime, à lei, ao direito penal, abdicam de pensar em políticas públicas alternativas mais amplas e, ao menos potencialmente, mais eficazes."[43]

4. Considerações finais: "junto do" e não "para além do" saber criminológico crítico: abordando criticamente o enfoque dos danos sociais

Apresentado o enfoque dos danos sociais, que busca se afirmar como uma alternativa ao saber criminológico dito dominante ou tradicional, cumpre opor, neste tópico, três críticas baseadas na explicitação de três sérias limitações que, a nosso ver, se encerram nessa abordagem teórica.

A primeira crítica questiona a alegada superioridade epistêmica da noção de *dano social* em contraposição à noção de *crime*.

Ora, o fato de as noções serem apresentadas como reciprocamente excludentes desponta como algo bastante problemático, vez que os próprios contornos semânticos da expressão *danos sociais* ostentam, ainda hoje, uma opacidade nada desprezível. Quanto ao ponto, é precisa a observação aduzida por Majid Yar:

43. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminología? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, 2013, p. 189. Nossa tradução.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

"the lack of specificity in our analyses leaves the concept of harm lacking the very same ontological reality that is postulated as grounds for rejecting the conception of crime".[44]

Melhor seria, portanto, *articular* (e não simplesmente *substituir*) as noções de crime e dano social a fim de demonstrar – e, nesse ponto, parece assistir completa razão aos teóricos do chamado enfoque do dano social – que tão importante quanto a análise dos crimes nacionais é a compreensão das dinâmicas sociais, políticas e institucionais que obstaculizam a caracterização e a consequente punição dos crimes (e respectivos danos) praticados *por* ou *em nome de* atores (privados e institucionais) que, em razão de seu vasto poderio socioeconômico, costumam ser classificados como poderosos (*powerful*).

A segunda crítica, por sua vez, diz respeito ao também problemático conceito de criminologia utilizado pelos autores consultados. Opõe-se, no ponto, a Tombs e a Hillyard, a mesma crítica que foi apresentada, anteriormente, a Sarmiento et al. Sucede que as duas análises generalizam o conceito de criminologia a tal ponto que o que resta é a firme constatação da ocorrência de uma grave injustiça conceitual.

Tanto em Sarmiento *et al,* como em Tombs e Hillyard, o saber criminológico é apresentado, fundamentalmente, como uma mera extensão da abordagem etiológico-positivista. Tal conclusão é descabida e, a nosso juízo, não encontra respaldo na realidade teórica latino-americana. Bastaria recordar que a criminologia de orientação crítica se distingue da *velha criminologia* justamente por se recusar a tratar das problemáticas atinentes à questão criminal como se representasse, simplesmente, um *saber auxiliar* do direito penal. A criminológica crítica foi e continua sendo desenvolvida como uma disciplina teórica justamente em virtude das contraposições que apresenta aos principais postulados da velha criminologia positivista. Nesse sentido, torna-se digno de nota o comentário de Luigi Ferrajoli:

44. YAR, Majid. Critical criminology, critical theory and social harm. In: HALL, Steve; WINLOW, Simon (Ed.) *New directions in criminological theory*. London: Routledge, 2012. p. 59. Nesse mesmo artigo, Yar procura contornar a falta de especificidade conceitual da figura dos danos (sociais) ao defender a possibilidade de utilização da noção honnetiana de *reconhecimento* como uma espécie de base conceitual sobre a qual a noção de poderia ser mais bem estruturada. De acordo com o autor, o conceito de dano poderia ser mais claramente definido caso passasse a ser compreendido como uma conduta que reflete *desrespeito*, um tipo específico de *recusa*, ativa ou mesmo implícita, em relação ao reconhecimento de um conjunto de necessidades básicas (reconhecimento por amor, por solidariedade ou pelo direito) que constituem os seres humanos.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

> "El punto de vista de una criminología crítica – crítica, precisamente, del derecho penal – debe ser un punto de vista externo al interno de las ciencias penales y del derecho penal. Es esto lo que diferencia a la criminología crítica respecto a la vieja criminología, que ha estado siempre subordinada a las ciencias penales, de las cuales siempre ha reproducido acríticamente el específico 'saber selectivo'."[45]

Cabe recordar, no ponto, que os teóricos filiados à perspectiva criminológica crítica latino-americana lançam mão, dentre outros recursos analíticos, de análises "macrossociológicas que historicizam a realidade comportamental e iluminam as relações com a estrutura política, econômica e social",[46] razão pela qual costumam adotar uma postura teórica que, ao colocar em xeque a ontologia e epistemologia preconizadas pelos criminólogos positivistas, permite enxergar a dimensão efetivamente política das decisões tomadas ao longo do processo de produção das regras que constituem o arcabouço normativo do direito penal, bem como dos projetos de poder operacionalizados através do funcionamento concreto das agências que integram o sistema de justiça criminal.

Destarte, à luz dessa compreensão, resta a impressão de que a abordagem criminológica dominante ou tradicional referida no bojo das obras analisadas nada tem a ver com as perspectivas criminológicas hegemônicas no cenário latino-americano.

Ao que tudo indica, a criminologia reputada dominante/tradicional pelos teóricos da abordagem dos danos sociais parece ser aquela que, contemporaneamente, costuma ser representada como uma *criminologia realista de direita*: um saber auxiliar, funcionalizado e subordinado ao exercício (e não à limitação racional) do poder punitivo.[47]

Tendo-se em mente os esforços empreendidos pelas criminologias latino-americanas nas últimas décadas, vê-se que a proposta de abandono da criminologia constitui um grave equívoco, sobretudo na medida em que descuida do fato de que a própria criminologia crítica e suas muitas vertentes teóricas (e.g. a

45. FERRAJOLI, Luigi. Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 84.

46. BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 2. p. 89.

47. FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Politicas Criminais*, v. 2, n. 2, 2016, p. 180.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

criminologia feminista de Vera Regina Andrade,[48] a criminologia cautelar e marginal de Eugenio Raúl Zaffaroni,[49] a criminologia dos direitos humanos de Lola Aniyar de Castro[50] e a criminologia da práxis de Salo de Carvalho,[51] apenas para citar alguns exemplos), buscam explicitar, de modo insistente, contundente e sistemático, a participação e a responsabilidade do Estado e de suas respectivas agências de controle na (re)produção dos mais variados tipos de violências individuais e coletivas, sem falar no trabalho realizado em torno da proposição de alternativas concretas para a mudança desse cenário, que abrangem proposições político-criminais de feições despenalizadoras e descriminalizadoras.

A terceira crítica alude ao caráter contraprodutivo dessa radical denúncia intentada contra a Estado pelos autores dos textos analisados em sua defesa do enfoque dos danos sociais.

Identificado, em ambas as análises, ao lado do mercado, como um dos principais responsáveis pela (re)produção de danos sociais, o Estado parece ser representado, simplesmente, como um réu a ser sumariamente responsabilizado.

Embora se possa concordar com a afirmação de que as agências estatais desempenham um papel relevante, quiçá central, na produção daquilo que Sarmiento *et al* e Tombs e Hillyard entendem como danos sociais, necessário observar que subjaz a esse tipo de crítica um certo maniqueísmo que se reputa contraprodutivo, sobretudo diante de um projeto teórico-político que propõe pensar o Estado não apenas como um ente violador de direitos, mas também como uma potencialidade política garantidora, ou, ainda, como um espaço de emancipação e, também, de limitação do poder punitivo.

A pressuposição – a nosso juízo implícita nos trabalhos analisados – segundo a qual a atuação do Estado tende, como que naturalmente, a fomentar e a conservar relações de desigualdade e dominação é dependente de argumentos que não reúnem, sob o ponto de vista empírico, condições mínimas de sustentação.

48. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Sequência*: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 18, n. 35, p. 42-49, 1997.

49. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*. Conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

50. CASTRO, Lola Aniyar de. *Pensamento criminológico*: resumo gráfico e seu reflexo institucional - Da criminologia clássica à criminologia dos direitos humanos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

51. CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Existem razões suficientes, a fim de justificar a adoção de um entendimento contrário. Relativamente a essa questão, Ernesto Laclau e Chantal Mouffe lembram, com razão, que:

> "O Estado não é um meio homogêneo, separado da sociedade civil por um dique, mas um conjunto desigual de agências e funções integradas apenas relativamente pelas práticas hegemônicas que têm lugar no seu interior. Acima de tudo, não se deveria esquecer que o Estado pode ser o espaço de inúmeros antagonismos democráticos na proporção em que um conjunto de funções no seu interior – profissionais e técnicas por exemplo – pode entrar em relações de antagonismo om centros de poder, dentro do próprio Estado, que tentem restringi-lo ou deformá-lo."[52]

Não se descuida, aqui, do fato de que o diagnóstico elaborado pelos autores consultados encontra de certo modo eco na realidade, afinal, ao menos em matéria de controle penal, não parece haver exagero no clássico diagnóstico elaborado por Ferrajoli, que atribui aos Estados ocidentais, ao menos no tocante à questão dos direitos humanos, a qualidade de *lupus artificialis*. Todavia, não cabe olvidar do fato de que o Estado também pode ser compreendido como uma "realidade compósita", como um "efeito móvel de um regime de governamentalidades múltiplas"[53] e, finalmente, como uma "superfície de [inscrição e] emergência de antagonismos democráticos".[54]

Assim sendo, ao recusar interpretar o Estado como um significante tendencialmente vazio, objeto de uma constante e irredutível disputa política, o enfoque dos danos sociais parece aceitar estruturar sua argumentação em torno daquilo que Michel Foucault chamou de "Fobia de Estado".[55]

---

52. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 268.

53. FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso do Colégio de França (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008a. p. 521.

54. LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*. São Paulo: Intermeios, 2015. p. 268.

55. FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008b. p. 259. A advertência foucaultiana, complementada noutra oportunidade pelo autor, aponta simplesmente para o fato de que o Estado, enquanto tal, não pode ser concebido, apenas, como um "instrumento de dominação de classe" ou, ainda, como "um monstro frio". Cf. FOUCAULT, Michel. Segurança, Território, População: curso do Colégio de França (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008ª. p. 520.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Uma leitura alternativa, tal como aquela proposta por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, revela, no entanto, que a forma-Estado não está inexoravelmente comprometida ou mesmo destinada a realizar um projeto político-criminal de corte punitivista.

Nesse particular, parece ser pertinente a menção às seguintes leis federais, todas ilustrativas de um movimento contra-hegemônico verificado no campo da penalidade brasileira: Lei 9.046/1995, que obriga os estabelecimentos prisionais brasileiros destinados ao público feminino a disporem de berçário e local onde as condenadas possam amamentar; Lei 9.460/1997, que garante aos condenados com mais de sessenta anos de idade o direito ao recolhimento em estabelecimento prisional adequado às suas condições pessoais; Lei 10.713/2003, que acresce ao rol de direitos do preso a emissão de atestado anual de cumprimento de pena; Lei 11.942/09, que assegura às mulheres encarceradas tratamento médico especializado durante os períodos de pré-natal e pós-parto; Lei 12.245/10, que dispõe sobre a obrigatoriedade de instalação de salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante nos estabelecimentos penais brasileiros e, finalmente, a Lei 13.163/15, que trata da criação das estruturas necessárias à implementação do ensino médio em todas as penitenciárias do território nacional.

Cada um desses diplomas normativos serve de advertência para os riscos compreendidos em análises que, ao radicalizarem em suas críticas ao Estado, acabam por incorrer em uma *falácia naturalista* ao pretender fundamentar suas críticas em uma proposição que, ao menos aparentemente, confunde as dimensões do dever ser e do ser ao supor que na medida em que a "experiência comprova" que os Estados violam direitos, não se poderia deles esperar uma atuação pautada pela garantia destes mesmos direitos.[56] A propósito disso, sempre digna de nota a pesquisa elaborada por Marcelo da Silveira Campos,[57] que, após analisar a produção legislativa do Congresso Nacional brasileiro entre os anos de 1989 e 2006, evidenciou *o caráter ambivalente da política penal brasileira*, notadamente ao demonstrar que, se por um lado o período foi marcado pela adesão de parcela considerável dos legisladores àquilo que Jonathan Simon chamou de *projeto*

56. Para uma melhor compreensão acerca dos riscos que envolvem a assunção de *falácias naturalistas* em discursos de legitimação ou crítica de ordens jurídicas concretas ou idealizadas, consultar: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 300.

57. CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*: uma análise da política criminal aprovada de 1989 até 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

exílio,[58] por outro, ainda encontrou-se espaço para se tentar efetivar, mediante o recurso à própria tutela penal, a defesa de interesses relacionados a parcelas vulneráveis da população.[59]

Não bastasse, não se pode descuidar do fato de que a Estado brasileiro tem funcionado nos últimos anos, especialmente no que diz respeito às criminalidades econômica e empresarial organizada, como um verdadeiro *indutor de políticas de conformidade* que, a partir da criação de instrumentos e procedimentos de integridade (*compliance rules*), buscam impedir, justamente, a ocorrência dos danos problematizados por Sarminento et al (2014) e por Tombs e Hillyard (2013). Nesse sentido, merece destaque a Lei 12.846/2013 e o Decreto 8.420/2015, que a regulamenta.

Nesses termos, considerando que o *Estado* representa um significante *tendencialmente vazio* que, justamente por isso, é passível de ter o seu conteúdo preenchido por deslocamentos semântico-discursivos determinados hegemonicamente, melhor que o abandono da criminologia (como proposto pelos teóricos alinhados ao enfoque dos danos sociais) é o seu desenvolvimento em torno da ampliação do seu objeto e escopo de estudo. Ganha importância, assim, a análise formulada por Ferrajoli:

> "La tarea quizás más relevante de la criminología crítica – crítica repito contra el derecho penal desde un punto de vista externo a él – es, em suma, a mi parecer, poner en cuestión los vicios por defecto y los vicios por exceso de nuestros sistemas punitivos e investigar las causas: esto es, preguntar por qué el derecho penal nunca prevé como delitos determinados crímenes terribles y devastadores, e incluso cuestionar por qué no está organizado, ni se debe ser organizado, para preverlos y castigarlos como delitos; y por qué, al contrario, prevé y castiga como delitos hechos que ciertamente no son de naturaleza criminal: piénsese solo en el derecho penal burocrático integrado por multas y por delitos menores."[60]

58. Em linhas gerais, a ideia ilustra a compreensão de que o cárcere representa um espaço "de pura custódia, uma espécie de depósito de seres humanos ou, ainda, um tipo de instalação destinada unicamente ao gerenciamento de resíduos". Cf. SIMON, Jonathan. *Governing through crime*: how the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Oxford University Press, 2007. p. 142.

59. Ilustram o argumento os tipos penais inaugurados pela Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) e os mecanismos jurídicos engendrados pela Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

60. FERRAJOLI, Luigi. Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporánea. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *delitos de los estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014. p. 85-86.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

E mais: essa compreensão que advoga em torno do caráter tendencialmente vazio da concepção de Estado permite ainda romper com outro (pré)conceito que ecoa tanto no âmbito dos textos criminológicos críticos, como nas análises referendadas pelos autores alinhados ao Enfoque dos Danos Sociais, a saber, que a lei (penal) representa, um instrumento essencialmente coercitivo legitimado, em última instância, pelo poder (sempre opressor) de um Estado arquitetado e subjugado à economia política capitalista.

Ao que tudo indica, escapa à essa análise um outro importante tipo de leitura, uma leitura que reputa-se mais produtiva (notadamente do ponto de vista político-criminal), segundo a qual o poder estatal de criminalização de condutas – desde que exercido, naturalmente, a partir de critérios dogmáticos rigorosos e publicamente justificáveis pode ser compreendido, na esteira das preocupações veiculadas pelos próprios teóricos da Enfoque dos Danos Sociais, como expressão de um compromisso ético, por parte do Estado, com a proteção de interesses individuais em maior ou menor grau compartilhados. A leitura empreendida pelo criminológico Majid Yar, quanto ao ponto, nos parece absolutamente pertinente:

> "The legal sanctioning of acts of physical violence can be understood as a legitimate articulation of those needs associated with preserving the basic integrity of self, i.e. the recognition of our need to be able to confront the world of others without fear of damage to our embodied selves, damage that would decisively undermine our basic self-confidence [...]. Equally, recent legal measures to criminalize various forms of 'hateful crimes' speech and representation can be done to persons through the 'denigration of ways of life' and the impact this has upon persons capacity to satisfy the need for social esteem."[61]

Pois bem, diante dessas análises, chega-se à conclusão de que objeções suscitadas pelo saber criminológico crítico face à pusilanimidade dos discursos punitivos, deveriam ser – naturalmente que com as devidas ressalvas relativamente limites epistemológicos – prestigiadas (ainda que numa espécie de aliança estratégica) e não descartadas.

A validade dessa ressalva resulta evidente quando se considera que a crítica criminológica também podem funcionar como um verdadeiro *vigia da porteira* (para relembrar a profícua figura hulsmaniana) representada pelo processo primário de criminalização, seja através da discussão dos "tipos de eventos que

61. A propósito dessa crítica, conferir: YAR, Majid. Critical criminology, critical theory and social harm. In: HALL, Steve; WINLOW, Simon (Ed.) *New directions in criminological theory*. London: Routledge, 2012. p. 61-62.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

poderiam ser tratados [como crimes], sob que condições e de que maneira",[62] seja através da evidenciação dos *danos físicos*, *econômicos*, *psicológicos* e *culturais*, inequivocamente massivos, que a submissão de um contingente cada vez mais expressivo de indivíduos às agruras do sistema de justiça criminal pode ensejar.

A questão a ser enfrentada, ao que tudo indica, é de perspectiva, na medida em que limitação epistêmica do saber criminológico seria determinada "por construções socais dominantes relacionadas à ideia de crime e pelas práticas, processos e sistemáticas relacionadas ao sistema de justiça criminal".[63] Essa leitura sustenta, pois, a conclusão (a nosso juízo equivocada) de que a limitação dos estudos criminológicos diz respeito à *natureza intersubjetiva* dos fenômenos que a disciplina coloca em perspectiva.

No entanto, como viu-se ao longo deste estudo, as críticas veiculadas pelo saber criminológico crítico transcenderam, há muito, a problematização das díades *criminoso/Estado, Estado/vítima e criminoso/vítima*, e alcançaram uma compressão muito mais complexa e refinada (do que se parece supor) relativamente aos danos massivos produzidos amiúde pelo próprio Estado no interior do *espaço civilizado* representados pelos estados nacionais latino-americanos, historicamente fustigados "pela miséria, pela fome, pelo desemprego, devido à sua subordinação econômica e cultural e à pilhagem de suas riquezas pelos poderes centrais".[64]

A barbárie que tanto preocupa os autores perfilados ao Enfoque dos Danos Sociais – consubstanciada na banalização sistemática e por vezes institucionalizada do valor da vida humana – não é uma exclusividade de contextos de guerra declarada. As conhecidas pregações que reivindicam, através dos tempos, a necessidade de intensificação da guerra contra a criminalidade também ensejam – como nos ensina a criminologia crítica latino-americana – a promoção de uma guerra sub-reptícia contra e entre certos segmentos da população reputados *incivilizados* que registrou, no Brasil, apenas no ano de 2017, 65.602 homicídios.[65]

---

62. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1997. p. 156-157.

63. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Social harm and zemiology. *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 299.

64. MONREAL, Eduardo Novoa. Desorientación epistemológica en la criminología crítica. *Revista Doctrina Penal*, n. 8, p. 18-31, 1985, p. 21.

65. CERQUEIRA, Daniel et al. Atlas da violência (IPEA), 2019. p. 5. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf]. Acesso em: 18.04.2020.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Reconhecendo, no entanto, com Hillyard e Tombs, que a abordagem dos danos sociais representa um "trabalho ainda em construção",[66] sua recepção, no Brasil, merece ser *articulada* com as inúmeras contribuições legadas pela tradição criminológica crítica latino-americana, que, por se encontrar viva e pulsante no trabalho dos autores citados ao longo deste artigo, jamais negou a importância de se identificar e ressaltar as (naturais) limitações das definições legais para a compreensão dos fenômenos políticos, econômicos e sociais mais amplos, mas ainda sim subjacentes à questão criminal (desigualdade social, racial etc.).

Daí porque nos parece ser adequado concluir afirmando que os instigantes debates veiculados pelos teóricos do enfoque dos danos sociais acabam sendo em certa medida eclipsados pelo caráter contraprodutivo de mal-entendido estabelecido a partir de uma pressuposição simplesmente equivocada acerca daquilo que se poderia classificar como um saber criminológico tradicional/dominante, bem como acerca das razões que estariam a sugerir a necessidade do seu abandono.

A provocação veiculada pela proposta de abandono da criminologia pode ser, por certo, entendida como um convite – um tanto hiperbólico é verdade – que busca proporcionar uma reflexão mais profunda acerca das suas capacidades explicativas frente a situações que, definitivamente, escapam à rotina das suas investigações. Não obstante, o sucesso desse convite, acredita-se, será proporcional à clareza dos termos em que ele é posto, bem como à sua sensibilidade para com a história do pensamento criminológico crítico latino-americano,[67] também notabilizado pela sua aversão a postulados teóricos etnocêntricos e imperialistas.

O presente artigo busca se firmar como uma contribuição justamente nesse sentido: evitar que certos ruídos prejudiquem a recepção[68] e o esperado desenvolvimento, no Brasil, de novas (e necessárias) investigações criminológicas relacionadas ao Enfoque dos Danos Sociais.

66. HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Social harm and zemiology. *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 300.

67. Radicado em um contexto marcado por uma "historia de la dominación; por lo tanto, de sus controles", mas também por uma história de "las luchas por su liberación". Cf. ANIYAR DE CASTRO, Lola. El jardín de al lado o respondiendo a Novoa sobre la criminología crítica. *Doctrina Penal*, v. 9, 1986, p. 45.

68. Marco representativo da chegada do Enfoque dos Danos Sociais ao Brasil pode ser encontrado em: SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Para além da criminologia. Um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, p. 40-79, 2017.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Referências

ABRAMOVAY, Pedro V. O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal. In: ABRAMOVAY, Pedro V.; BATISTA, Vera Malaguti (Org.). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia*: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Criminologia e feminismo: da mulher como vítima à mulher como sujeito de construção da cidadania. *Revista Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 18, n. 35, p. 42-49, 1997.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 2.

BERGALLI, Roberto et al. Diálogos sobre criminología, genocídio y dano social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal*. *Barcelona*: Anthropos Editorial.

BUTLER, Judith. *Fundamentos contingentes*: o feminismo e a questão do pós-modernismo. Cadernos Pagu, n. 11. 1998.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. *Crime e Congresso Nacional*: uma análise da política criminal aprovada de 1989 até 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*: estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do sistema penal na era do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Pensamento criminológico*: resumo gráfico e seu reflexo institucional: da criminologia clássica à criminologia dos direitos humanos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DIVAN, Gabriel Antinolfi; CASTAMANN, Eduardo Tedesco. Realismo crítico, política criminal e dogmática: o papel ativo do discurso criminológico na inovação legislativa e doutrinária. *Revista de Criminologias e Politicas Criminais*, v. 3, n. 2, p. 33-48, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. Os caminhos das criminologias críticas: uma revisão bibliográfica. *Revista de Criminologias e Politicas Criminais*, v. 2, n. 2.

FERRAJOLI, Luigi. Criminología, crímenes globales y derecho penal. El debate epistemológico en la criminología contemporânea. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal*. Barcelona: Anthropos Editorial.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 3. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*: curso do Colégio de França (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

FREITAS, Felipe da Silva. Novas perguntas para criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. *Cadernos do CEAS*: Revista crítica de humanidades, n. 238, p. 488-499, 2016.

HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Más allá de la criminologia? *Revista Crítica Penal y Poder*, v. 4, p. 224-246, 2013.

HILLYARD, Paddy; TOMBS, Steve. Social harm and zemiology. *The Oxford handbook of criminology*. Oxford: Oxford University Press, p. 284-305, 2017.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernart de. *Penas perdidas*: o sistema penal em questão. Niterói: Luam, 1997.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, E. et al (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. *Hegemonia e estratégia socialista*. São Paulo: Intermeios, 2015.

MONREAL, Eduardo Novoa. Desorientación epistemológica en la criminología crítica. *Revista Doctrina Penal*, n. 8, p. 18-31, 1985.

MORRISON, Wayne. *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. Barcelona: Anthropos, 2012.

NASCIMENTO, André. Apresentação à edição brasileira. In: GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad., apresentação e notas por André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

PARKER, Roy. Children and the concept of harm. In: HILLYARD, Paddy et al. *Beyond criminology*: taking harm seriously. London: Pluto Press; Black Point, NS: Fernwood Pub., 2004.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: PASSETTI, Edson et al (Coord.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. Rotomando el concepto de violencia estructural. La memória, el daño social y el derecho a la resistencia como herramientas de trabajo. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014.

RIVERA BEIRAS et al. Diálogos sobre criminología, genocídio y dano social con Wayne Morrison, Eugenio Raúl Zaffaroni y Roberto Bergalli. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014.

USO EXCLUSIVO DOUTRINA RBCRIM

SANTOS, Juarez Cirino do. *A moderna teoria do fato punível*. Curitiba: Fórum, 2004.

SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. *Más allá de la Criminología*. Un debate epistemológico sobre el daño social, los crimines interacionales y los delitos de los mercados. In: RIVERA BEIRAS, Iñaki (Coord.) *Delitos de los Estados, de los mercados y daño social*: debates en criminología crítica y sociología jurídico-penal. Barcelona: Anthropos Editorial, 2014.

SARMIENTO, Camilo Ernesto Bernal et al. Para além da criminologia. Um debate epistemológico sobre o dano social, os crimes internacionais e os delitos dos mercados. *Revista Brasileira de Direito*, v. 13, n. 3, p. 40-79, 2017.

SIMON, Jonathan. *Governing through crime*: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Oxford University Press, 2007.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

YAR, Majid. Critical criminology, critical theory and social harm. In: HALL, Steve; WINLOW, Simon (Ed.). *New directions in criminological theory*. London: Routledge, 2012.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El crimen de Estado como objeto de la criminología*. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga. *Panorama internacional sobre justicia penal*: Política criminal, derecho penal y criminología. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. México DF: UNAM, 2007.

Documentos acessados eletronicamente

BRASÍLIA. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Atualização – Junho de 2016, 2017. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf]. Acesso em: 09.10.2018.

CERQUEIRA, Daniel et al. Atlas da violência (IPEA), 2019. Disponível em: [www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/190605_atlas_da_violencia_2019.pdf].

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

Dedicatória e agradecimentos

O presente estudo é dedicado ao professor *Alexandre Wunderlich*, em *reconhecimento* às suas inúmeras contribuições para o desenvolvimento das Ciências Criminais, numa senda sempre humanista, e *agradecimento* pelo sólido legado teórico que construiu e transmitiu àqueles que, através de seu magistério, aprenderam que a racionalização do poder punitivo não é apenas uma exigência científica ou, ainda, um compromisso político; é, muito mais e antes de tudo isso, um imperativo ético, um gesto de humanidade.

Registra-se ainda agradecimentos aos professores Ricardo Jacobsen Gloeckner (PUCRS/PPGCCRIM) e José Carlos Moreira da Silva Filho (PUCRS/PPGCCRIM), tanto pela criteriosa leitura como pelos comentários críticos dirigidos às primeiras versões deste artigo. O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoa de Nível Superior (CAPES).

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- Para além da criminologia?, de Paddy Hillyard, Steve Tombs e Marina Quezado Soares – *RBCCrim* 142/273-299 (DTR\2018\10716).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal

Women and penalists: representations about moral and sex roles in criminal law books

Marcelo Mayora Alves

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2016). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2010). Professor Adjunto da Universidade Federal do Pampa.
marcelomayoraa@gmail.com

Mariana Dutra de Oliveira Garcia

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2014).
marianadutragarcia@gmail.com

Recebido em: 14.02.2020
Aprovado em: 11.08.2020
Última versão do(a) autor(a): 20.08.2020

Área do Direito: Penal

Resumo: No presente artigo, investigamos os discursos e as representações acerca do feminino e das relações entre homens e mulheres constantes nos principais manuais de direito penal que circulavam nas décadas de 60 e 70, que constituem o *corpus* documental deste estudo. O objetivo é analisar a contribuição dos penalistas na construção social da moral sexual feminina e dos papéis sexuais, partindo da premissa de que o jurista e, especificamente, o penalista, exerce importante parcela do poder simbólico de construção social da realidade.

Palavras-chave: Direito Penal – Penalistas – Construção social da realidade – Feminino – Moral sexual.

Abstract: In this article we investigate the discourses and representations about the feminine and the relations between men and women in the main manuals of criminal law that circulated in the sixties and seventies, which constitute the documentary *corpus* of this study. The objective is to analyze the contribution of penalists in the social construction of female sexual morality and sexual roles.

Keywords: Criminal law – Penalists – Social construction of reality – Feminine – Sexual morality.

Alves, Marcelo Mayora; Garcia, Mariana Dutra de Oliveira. As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 173. ano 28. p. 467-486. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Sumário: 1. Introdução: representações sobre o feminino nos manuais de direito penal. 2. A donzela e as passeadoras noturnas de automóvel. 3. A mulher honesta e a meretriz. 4. Violência sexual, desconfiança e desonra. 5. A esposa, o marido e a mãe. 6. Considerações finais. Fontes primárias. Referências.

1. Introdução: representações sobre o feminino nos manuais de direito penal

> "Com a decadência do pudor, a mulher perdeu muito do seu prestígio e *charme*. Atualmente, meio palmo de coxa desnuda, tão comum com as saias modernas, já deixa indiferente o transeunte mais *tropical*, enquanto, outrora, um tornozelo feminino à mostra provocava sensação e versos líricos. As moças de hoje, via de regra, madrugam na posse dos segredos da vida sexual, e sua falta de modéstia permite aos namorados liberdades excessivas. Toleram os contatos mais indiscretos e comprazem-se com anedotas e *boutades* picantes, quando não chegam a ter a iniciativa delas, escusando-se para tanto inescrúpulo com o argumento de que a mãe Eva não usou *folha de parreira* na boca [...]." (HUNGRIA, Nélson, 1981, p. 82X).

No presente artigo, investigamos os discursos e as representações acerca do feminino e das relações entre homens e mulheres constantes nos principais manuais de direito penal que circulavam nas décadas de 60 e 70, que constituem o *corpus* documental deste estudo[1]. O objetivo é analisar a contribuição dos penalistas na construção social da moral sexual feminina e dos papéis sexuais.

1. Selecionamos os manuais de direito penal publicados pelos seguintes autores, ao longo dos anos 60 e 70: Nelson Hungria, Aníbal Bruno, Edgard Magalhães Noronha, José Frederico Marques, Heleno Cláudio Fragoso e Damásio de Jesus. A constituição desse *corpus* levou em conta, em primeiro lugar, pesquisas realizadas em bibliotecas públicas e particulares, tendo sido tais obras as mais constantes nos acervos; em segundo lugar, em razão de diálogos informais com juristas que foram estudantes nas Faculdades de Direito durante os anos 60 e 70; em terceiro lugar, tendo em vista as constantes citações recíprocas entre tais autores; em quarto lugar, diante do fato de que tais obras foram publicadas pelas editoras mais importantes do campo jurídico no período, quais sejam Saraiva, Forense e José Bushatski; em quinto lugar, pela intensa participação de tais autores em publicações em revistas do período; e, por fim, pela participação de tais autores em comissões de elaboração de leis penais no período. Essa seleção foi realizada levando em conta que tais livros eram os que mais circulavam no período, que eram os mais lidos, e não a época em que foram redigidos ou atualizados.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O jurista e, especificamente, o penalista possuem um papel relevante na divisão do trabalho de dominação na medida em que exerce importante parcela do poder simbólico de construção social da realidade. Os penalistas podem ser considerados "empreendedores morais" (BECKER, 2008, p. 153), que participam ativamente da luta simbólica que resulta na construção do código moral de dada sociedade, ou seja, das visões sobre o certo e o errado, sobre o normal e o desviante. Um dos principais meios de produção e reprodução dos discursos de construção e de legitimação da ordem social são os manuais jurídicos, que, segundo Pierre Bourdieu, são "instrumentos de poder cultural" (2011c, p. 139).

Portanto, os manuais de direito penal são aqui considerados suportes e instrumentos de difusão do que Clifford Geertz chamou de *sensibilidade jurídica*, caracterizada por um "complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos" que consagram um "sentido de justiça" (1997, p. 235). Os historiadores e os etnólogos, que daqui a 500 anos desejarem estudar os valores fundamentais de nossa sociedade, encontrarão nos manuais – tratados, compêndios, comentários – de direito penal uma excelente fonte. Ao examinarmos esse tipo de texto jurídico com olhar relativizador, neles encontramos a *parte jurídica do mundo*, que "não é simplesmente um conjunto de normas, regulamentos, princípios e valores limitados, [...] e sim parte de uma maneira específica de imaginar a realidade" (GEERTZ, 1997, p. 259). Ou seja, tomamos esse tipo de produto simbólico como fonte porquanto não são apenas obras técnicas, com funções pedagógicas, destinadas a ensinar o neófito, ou dogmáticas, capazes de oferecer aos operadores do direito os fundamentos supostamente científicos de suas práticas.

Em realidade, ao analisarmos o conteúdo latente dos manuais, aquilo que sobra ou que fica na sombra da dimensão técnica, descobrimos que, não obstante a retórica da ciência pura do direito, que defende que esse tipo de obra estaria desprovida de considerações morais ou empíricas, essas ingressam constantemente de contrabando nos escritos dos penalistas. Quanto ao ponto, basta ler a epígrafe deste artigo, extraída dos *Comentários*, de Nélson Hungria (1981). No trecho colacionado encontramos um exemplo do corriqueiro extrapolar da técnica jurídico-penal. Os comentários não são ao Código Penal, mas a assuntos como o prestígio, o charme, as roupas e as atitudes da mulher, isto é, sobre a norma social que ela deve observar na condução de sua vida, caso queira colher os benefícios que o respeito aos imperativos sociais garante, protegendo-se dos estigmas que os manuais de direito penal auxiliam a produzir e a reproduzir, conforme veremos.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

2. A donzela e as passeadoras noturnas de automóvel

Em *A dominação masculina*, Pierre Bourdieu procura demonstrar que a interpretação das diferenças visíveis entre os "órgãos sexuais masculinos e femininos são uma construção social que encontra seu princípio nos princípios de divisão da razão androcêntrica, ela própria fundamentada na divisão dos estatutos sociais atribuídos ao homem e à mulher" (2011b, p. 24). Os escritos científicos sobre os corpos do homem e da mulher, dependentes da razão androcêntrica – "o princípio masculino tomado como medida de todas as coisas" (2011b, p. 23) –, contribuem para a naturalização das diferenças sexuais e para que no próprio corpo da mulher seja encontrada "a justificativa do estatuto social que lhes é imposto", por meio das "oposições tradicionais entre o interior e o exterior, a sensibilidade e a razão, a passividade e a atividade" (2011b, p. 24). Conforme o sociólogo francês, a cintura feminina, signo de clausura e limite simbólico entre o puro e o impuro, "simboliza a barreira sagrada que protege a vagina, socialmente constituída em objeto sagrado", ficando assim submetida "a regras estritas de esquivança ou de acesso, que determinam muito rigorosamente as condições de contato consagrado, isto é, os agentes, momentos ou atos legítimos ou, pelo contrário, profanadores" (2011b, p. 25). Daí que nos estudos dos naturalistas do século XIX, por exemplo, no que toca ao hímen, constam passagens como a de que "apenas as mulheres foram providencialmente agraciadas com um hímen, guardião de sua castidade, vestíbulo de seu santuário" (2011b, p. 24). A virgindade, desta maneira, é socialmente construída como uma das principais virtudes femininas.

Nos manuais de direito penal analisados, podemos encontrar tais regras de esquivança e acesso, que determinam as condições de contatos sexuais consagrados, legítimos, ou, ao contrário, profanadores. Para Nélson Hungria, o delito de *sedução,* à época previsto no Código Penal, justificava-se na medida em que "a conservação da virgindade física da mulher solteira é um intransigente mandamento de nossos costumes sociais (1981, p. 152), pois "a mulher desvirginada fora do casamento perde o seu valor social" (1981, p. 153). Em nome da honra das *donzelas*, o direito penal busca tutelar a "virgindade física", que serve de "presunção de castidade ou honestidade" (1981, p. 148). Vejamos a explicação de Magalhães Noronha sobre o bem que é protegido pela norma penal:

> "O bem que o dispositivo tem em vista é a virgindade da mulher aliada à inexperiência, que lhe é própria em nosso meio, como também à confiança que, por sua condição biossociológica, vem quase sempre a depositar no homem, em quem espera encontrar apoio e proteção. É a pureza da alma e do corpo da

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

> mulher que se tem em vista, atributo necessário à constituição da família, da qual a mulher – quer queiram quer não – é o mais forte esteio.
>
> Os bons costumes, entre nós, impõem-lhe essa conduta e, consequentemente, nada mais natural do que, então, defendê-la por meio da lei. Todavia, não é apenas em seu nome que a norma atua; existe um interesse social na preservação daquele bem, que condiz com a moralidade pública e com os costumes sãos." (1976, p. 144).

O penalista não poderia ter sido mais claro. A mulher é representada como alguém que não possui vontade própria e que tende a *confiar cegamente no homem*, mesma ideia que justificou durante muito tempo a impossibilidade de a mulher votar, exercer funções públicas e praticar atos civis. Isso decorre de sua própria condição biossociológica, e aqui encontramos em ato a eternização do arbitrário, a transformação do arbítrio cultural em natureza. O que se pretende é resguardar a *pureza da alma e do corpo da mulher*, que podem ser *poluídas* por qualquer contato sexual antes dos 18 anos e fora do matrimônio, e isso porque tal pureza é atributo necessário à constituição da família. A passagem também fala em nome dos bons costumes e do interesse social na moralidade pública. Em típico trabalho simbólico de transformação da ortodoxia em *doxa*, o autor ainda pontua que defender os bons costumes por meio da lei penal é simplesmente algo *nada mais que natural*.

Entretanto, nem todas as moças são vítimas dignas do delito de *sedução*. Para Magalhães Noronha, a destinatária da tutela é "a donzela inexperiente, isto é, que não pode avaliar em toda a extensão as consequências de seu ato, [...] por ignorante das maldades do mundo, por não apercebida para as ciladas dos homens" (1976, p. 147). Segundo o autor, o delito de *sedução* não protege "as frequentadoras assíduas de *garçonnières*, as passeadoras noturnas de automóvel, que com elas tudo permitem, menos a [...] laceração do hímen astutamente conservado como *prova* de habilitação ao matrimônio que não perdem de vista" (1976, p. 147). O exemplo de Noronha, que trata de uma suposta mulher que exerce a sexualidade de maneira livre, as *passeadoras noturnas de automóvel*, chama a atenção para a visão de mundo subjacente ao texto: o penalista despreza e parece temer a mulher astuta, que se deixa tocar, mas que, conhecedora das normas sociais, mantém o hímen, fiador de sua honra, *vestíbulo de seu santuário*, intacto.

A discussão sobre a condição do sujeito passivo tem lugar na medida em que o tipo penal exige a inexperiência ou a justificável confiança da seduzida. Nas palavras de Hungria, uma moça pode ser experiente e não ser desonesta. O exemplo seria o da donzela que por já ter sido vítima de atentado violento ao pudor é experiente, mas mantém uma "conduta irrepreensível" (HUNGRIA, 1981, p. 163).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Nesse caso, a mulher seria ainda virgem (pois foi vítima de atentado violento ao pudor, não de estupro), motivo pelo qual poderia ser digna de *sedução*, não pela inexperiência, mas pela justificável confiança. Já uma estuprada, deflorada, deixa de ser uma possível vítima do delito. Como se vê, o autor considera que a experiência de uma violência sexual, um atentado violento ao pudor, torna uma moça *experiente* em matéria sexual.

Hungria e Noronha ainda promovem outro debate: a virgindade diz respeito apenas ao rompimento do hímen? Hungria crê que sim, mas Noronha traz à tona o conceito de *virgindade moral* e defende que "à integridade daquela membrana, [...] não é possível deixar de aliar-se a *integridade moral* da mulher", sendo a virgindade o "complexo desses dois predicados" (1976, p. 142). Noronha, noutra discussão com Hungria, na qual sustenta que o atentado violento ao pudor é mais grave que o estupro, diz que "se é fato que pelo coito anal e oral permanece íntegro o hímen, seria absurdo negar-se ficar a virgem tanto ou mais poluída em seu recato, pudor e honra, do que com o rompimento daquela membrana". E complementa: "a virgindade não é só predicado físico; é moral também" (1976, p. 105).

Em síntese, a honestidade feminina é resumida à manutenção de sua virgindade. Desvirginada, a ex-donzela fica desprovida de valor social. A *pureza* da mulher, sob pena de desonra, só pode ser *perdida* por ocasião da noite de núpcias, tendo em vista que na visão do penalista, a garantia da normalidade da função sexual é o matrimônio.

Um dos principais efeitos do trabalho jurídico é o de conservação, pois ele "liga continuamente o presente ao passado e dá a garantia de que [...] o porvir será à imagem do passado e de que as transformações e adaptações inevitáveis serão pensadas e ditas na linguagem da conformidade com o passado" (BOURDIEU, 2011, p. 245). Talvez por isso que, sobre esse ponto, os textos dos manuais que acabamos de analisar são idênticos aos dos compêndios do século XVIII, como o do jurisconsulto A. Bruneau: "A virgindade é o ornamento dos costumes, a santidade dos sexos, a paz das famílias e a fonte das maiores amizades" (apud VIGARELLO, 1998, p. 19).

3. A mulher honesta e a meretriz

As considerações sobre a condição da mulher que é vítima de algum delito contra a liberdade sexual fazem parte da tradição do pensamento jurídico-penal. Nossos Códigos Penais do século XIX consagravam legislativamente a diferenciação entre mulheres honestas, mulheres públicas e prostitutas, estabelecendo

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

penas distintas de acordo com a condição da vítima[2]. Essa tradição ingressa no século XX, permeia os manuais do período em análise e serve ainda de fundamento legitimador de decisões judiciais de nítido caráter moralista[3].

Na passagem a seguir, Magalhães Noronha lamenta o fato de que o Código Penal de 1940 não manteve "à parte o estupro da prostituta":

> "Somos de parecer que podia o legislador ter considerado à parte o estupro de prostituta. Não há dúvida de que pelo fato de ela se *alugar,* de comerciar com o corpo, não perde o direito de dispor dele e conseguintemente merece proteção legal. [...] Mas daí a não distinguir a mulher pública da honesta, parece haver grande distância.
>
> A meretriz estuprada, além da violência que sofreu, não suporta outro dano. Sem reputação e honra, nada tem a temer como consequência do crime. A mulher honesta, todavia, arrastará por todo e sempre a mancha indelével com que a poluiu o estuprador – máxime se for virgem, caso que assume, em nosso meio, proporções de dano irreparável. No estupro da mulher honesta, há duas violações: contra a liberdade sexual e contra a honra; no da meretriz, apenas o primeiro bem é ferido." (1976, p. 102).

A honra e a reputação são vinculadas indelevelmente, na pena de Noronha, às práticas sexuais da mulher. O valor social não se dá aqui, como no caso do homem, pela condição de trabalhador, o que abarcaria a prostituta, mas pela adaptação aos mandamentos da moral sexual. Magalhães Noronha erige uma gradação da gravidade da violência sexual: estuprar uma meretriz é menos grave do que estuprar uma mulher honesta, o que é menos grave do que estuprar uma virgem, graças ao "cânon social da virgindade", motivo pelo qual o juiz deverá observar estas circunstâncias na hora de aplicar a pena (1976, p. 102). Hungria nos fornece os diversos estereótipos femininos, ao dispor que é irrelevante à existência do estupro o estado ou a qualidade da mulher: "se solteira, virgem ou não, se casada ou viúva, se velha ou se moça, honesta ou impudica, incorrupta ou devassa, monja ou prostituta" (1981, p. 114). Logo depois, salienta: "reduza-se a pena quando

2. Sobre o Código Penal de 1830, conferir MACHADO NETO, Zahidé.

3. Neste sentido, Ana Lúcia Sabadell empreende a análise de cinco casos judiciais que tratam de "agressão sexual praticada contra meninas". Para a autora, a "mulher que é vítima de violência e se endereça ao sistema de justiça penal muitas vezes sofre discriminações por parte dos operadores do direito. Isto se evidencia nos processos por crimes de natureza sexual. É comum encontrar sentenças em que o foco de discussão não é a violência sexual sofrida pela vítima, mas o seu comportamento, a sua moral" (SABADELL, 2017, p 238-245).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

a vítima de estupro é *mulher da multidão*, mas não se pode deixar de aplicá-la" (1981, p. 114). O penalista participa da constituição do *ethos* de uma sociedade que atribuiu legitimidade à exploração sexual das mulheres *desonradas* e nesse sentido está "pronta para perdoar" (VIGARELLO, 1998, p. 22).

Na definição de Nélson Hungria da mulher honesta, ressurge a categoria dos *bons costumes*[4]:

> "[...] [como mulher honesta] se entende não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigida pelos bons costumes. Só deixa de ser honesta (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que, inescrupulosamente, *multorun libidini patet,* ainda que não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação. [...] Não perde a qualidade de honesta nem mesmo a amásia, a adúltera, a atriz de cabaré, desde que não se despeça dos banais preconceitos ou elementares reservas de pudor." (1981, p. 139)

Além dos bons costumes, aqui aparece a construção social da subcidadania da mulher prostituta, na expressão *descido à condição de autêntica prostituta* – não esqueçamos que as palavras constroem a realidade. Também são desqualificadas a amásia, a adúltera, a atriz de cabaré, isto é, toda mulher que não se encaixe nas exigências do patriarcado, na categoria da *mãe de família*.

A prostituta não está mais na condição do século XIX, quando, assim como o escravo, era diminuída perante o próprio Código Penal, em um dos resquícios da desigualdade perante a lei. Mas, observando o tema com cuidado, percebemos que sua condição não melhorou tanto assim. Noutra das imaginativas discussões da dogmática dos crimes sexuais, o ponto é saber se a meretriz pode ser vítima de atentado violento ao pudor: a mulher que vende o corpo goza de *pudor* a ser tutelado penalmente? Noronha, em princípio, defende que "o ato que lesa o pudor, ou a disponibilidade carnal de uma senhora de acentuado recato pode não assumir a gravidade necessária para caracterizar o delito, se a mulher for prostituta" (MAGALHÃES NORONHA, 1976, p. 102). Depois, contudo, pondera que a meretriz pode ser vítima do delito, pois "por ter vida licenciosa, não se pode afirmar que toda a rameira é destituída de qualquer dose de vergonha, a ponto de não poder ser ofendida" (1976, p. 102). Hungria, do mesmo modo, sustenta que "ainda

4. Ao dissertar sobre o delito de ato obsceno, Heleno Fragoso critica a utilização da noção de bons costumes, por ser "difícil a sua determinação" (1984, p. 84).

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

mesmo a marafona a que não reste a mais leve sombra de vergonha pode negar-se, por qualquer motivo, à libidinagem de outrem" (1981, p. 131).

Nessa narrativa de mulheres honestas e meretrizes, é interessante notar que a conduta dos homens que convivem com os *tipos de mulher* que povoam os manuais não é, quase nunca, trazida à análise. Em geral, o homem será aquele que foi injustiçado por uma acusação falsa de estupro formulada por uma mulher histérica; ou que estuprou certa mulher porque esta *permitiu imprudentemente seus avanços*[5] etc. Mas a visão masculina dos manuais também situa o homem na condição de inevitável cliente da prostituição. Hungria, seguindo uma ideia presente nos textos penais do Antigo Regime, sustenta a tese da *prostituição como um mal necessário*, que funciona como uma "válvula de escapamento à pressão de irrecusável instinto, que jamais se apaziguou na fórmula da monogamia, e reclama satisfação antes mesmo que o homem atinja a idade civil do casamento ou suficiente aptidão para assumir os encargos da formação de um lar" (1981, p. 260), de modo que a proibição total da prostituição acarretaria a maior proximidade entre os desejos sexuais e a casa das *boas famílias*. E cita uma passagem de São Tomás de Aquino, que diz que "a prostituição é comparável à cloaca de um palácio: removido aquela, torna-se este um lugar fétido e impuro" (1981, p. 261). Como um *tradicional pai de família*, Hungria defende a exploração da prostituição como um subterfúgio à monogamia ou como uma fórmula adequada para a iniciação sexual dos homens jovens – ao contrário das mulheres jovens, que devem manter a castidade até o casamento, aos rapazotes não convém a espera. A prostituta, subcidadã, lixo social comparável à *cloaca de um palácio*, pode ser explorada sexualmente pelos homens para o bem da família brasileira. O cultor da *ciência do justo e do injusto*, nesse ponto, não consegue esconder o "esforço desesperado, e bastante patético, mesmo em sua triunfal inconsciência, que todo homem tem que fazer para estar à altura de sua ideia infantil de homem" (BOURDIEU, 2001, p. 86).

4. Violência sexual, desconfiança e desonra

Para Hungria, o "valor social do homem é muito menos prejudicado pela violência carnal que o da mulher" (1981, p. 107). Noronha, defendendo a pertinência político-criminal do que chama *Aborto de Estuprada,* diz o seguinte:

5. Com exceção do *rufião* e do *proxeneta*, que são tidos como "as espécies mais abjetas do gênero humano", como "tênias da prostituição, os parasitas do vil mercado dos prazeres sexuais" (HUNGRIA, 1981, p. 259).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

"A mulher violentada, agravada na honra e envilecida por abjeta lubricidade, tem o direito de desfazer-se do fruto desse coito" (1980, p. 71). Segundo o autor, a mulher estuprada fica "poluída em seu recato" (1976, p. 75) e tem sua honra roubada. Não é muito comum ouvirmos que a vítima, digamos, de um furto, fique desonrada. A vítima da violência sexual, entretanto, tem sua *honra agravada* e é *envilecida*, isto é, tornada vil, barata, desprezível. Esse foi o motivo que sustentou até o século XXI a ideia de que a ação penal nos crimes sexuais deveria ser privada, tendo em vista que a mulher e sua família podem desejar *ocultar a desonra*, o que tende a contribuir para que as violências sexuais permaneçam desconhecidas: melhor suportar a violência do que expor-se à perda da estima social. Georges Vigarello analisa esse fato e refere que, no imaginário sobre os delitos sexuais, a vítima fica inexoravelmente "envolvida na indignidade" (1998, p. 36). É "o contato sofrido que causa a indignidade da vítima" e nesse "imaginário do contato [...] a pessoa atingida não é capaz de acusar, pois parece, ela própria, contaminada", de maneira que a "vítima é encerrada no impudor que desejava denunciar" (1998, p. 36).

Nos manuais, a mulher, vítima do delito sexual, é representada quase sempre como uma possível mentirosa[6]. René Dotti, em texto em homenagem a Nélson Hungria, conta o seguinte *causo*:

> "A ironia foi também uma das virtudes com as quais Nélson Hungria desarmava opositores, persuadia espíritos em dúvida ou comentava os casos de rotina. Após examinar os aspectos da violência e da grave ameaça no estupro e concluir que, de modo geral, 'um só homem, sem outro recurso que as próprias forças, não conseguirá, ao mesmo tempo, tolher os movimentos defensivos da vítima (sendo esta mulher adulta, normal e sã) e possuí-la sexualmente' arrematou com está *pérola de humor:* Conta-se de um juiz que, ao ouvir de uma

6. A visão dos manuais repercute e interage com a aplicação do direito. Conforme Vera Andrade, "o julgamento de um crime sexual – inclusive e especialmente o estupro – não é uma arena onde se procede ao reconhecimento de uma violência e violação contra a liberdade sexual feminina nem tampouco onde se julga um homem pelo seu ato. Trata-se de uma arena onde se julgam simultaneamente, confrontados numa fortíssima correlação de forças, a pessoa do autor e da vítima: o seu comportamento, a sua vida pregressa. E onde está em jogo, para a mulher, a sua inteira 'reputação sexual' – uma variável tão decisiva para o reconhecimento da vitimação sexual feminina quanto a variável status social o é para a criminalização masculina. [...] A vítima que acessa o sistema requerendo o julgamento de uma conduta definida como crime [...] acaba por ver-se ela própria 'julgada' (pela visão masculina da lei, da polícia e da Justiça), incumbindo-lhe provar que é uma vítima real e não simulada" (2003, p. 92-93).

USO EXCLUSIVO BOCCRIM

> pseudo-estuprada que o acusado, para conter-lhes os movimentos de defesa, se servira durante todo o tempo, de ambas as mãos, indagou: 'Mas quem foi que conduziu o ceguinho?' E a queixosa não soube como responder." (DOTTI, 1999, p. 447).

O tom jocoso utilizado por Dotti, que considera a violência simbólica constante na anedota uma "pérola do humor", é representativa da visão androcêntrica da literatura jurídico-penal. Na passagem, Hungria está a defender uma tese que era comum nos textos dos jurisconsultos do Antigo Regime, de que um homem sozinho não consegue estuprar uma mulher "adulta, normal e sã", já que esta poderia "evitar a intromissão da verga [...] com alguns movimentos da bacia" (1981, p. 112). Essa tese sobre o dissenso da vítima, que dispõe que não basta uma "platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva e inerte" (1981, p. 112) para a configuração do estupro, faz parte da tradição masculina jurídico-penal, podendo ser encontrada tanto em *Hungria e seus repetidores* como em obras bem mais antigas. No Tratado do adultério, de Fournel, de 1775, consta que "qualquer que seja a superioridade das forças de um homem sobre as de uma mulher, a natureza forneceu a esta inumeráveis recursos para evitar o triunfo de seu adversário". E arremata: "a honestidade que sucumbe é quase sempre uma meia-honestidade" (apud VIGARELLO, 1998, p. 48). Para sustentar essa tese, diante do possível "jogo de simulada esquivança ante uma *vis grata*" (1981, p. 107), são citados poemas de Camões, sobre as "ninfas que fogem por entre os ramos, mas mais industriosas que ligeiras se deixam alcançar pelos galgos [...]". São também mobilizadas historietas, como aquela contada por Voltaire, sobre a rainha que "tomou uma bainha da espada e, movimentando-a continuamente, mostrou à dama que seria impossível pôr a espada na bainha", em alusão à inviabilidade da penetração. Ou aquela do juiz que entrega um saco de moedas à moça que se disse estuprada e manda o acusado tentar recuperá-la, para ante o seu fracasso ter a prova cabal de que, se não é possível retirar-lhe à força o dinheiro, muito menos possível é violá-la sexualmente. Ambas historietas são citadas tanto por Nélson Hungria quanto por Muyart de Vouglans, na obra *Instructions criminelles suivant les loix et ordonnances du Royaume*, de 1742. Essas anedotas sobreviveram aos séculos e à transformação das sensibilidades quanto à violência sexual. Se, em muitos aspectos, a tradição jurídico-penal do século XX é tributária de Cesare Beccaria, no que toca aos delitos sexuais o jurisconsulto francês do antigo regime, p. Muyart de Vouglans, adversário conservador de Beccaria, parece ser uma influência tão importante quanto o marquês.

Os penalistas prestam contribuição à construção das visões sobre o certo e o errado no que toca às condutas femininas relativas ao exercício da sexualidade.

USO EXCLUSIVO DO PROGRAM

A mulher legitimada a ser vítima de violência sexual é apenas aquela recatada, de bons costumes, que cuida do marido e da família. Por meio desse processo, são mantidas vivas na sociedade aquelas ideias de que a *mulher que usa saia curta*, que sai à noite desacompanhada ou que vai ao apartamento ou ao motel com o homem, mas não deseja transar, contribuiu com o próprio estupro, de modo que a ação masculina fica justificada. Nas palavras de Nélson Hungria, poderá ser reconhecida a ausência de dolo "no caso em que a mulher tenha, imprudentemente, consentido nos avanços do agente, de modo que a este, razoavelmente, se afigurasse fingida a subsequente resistência oposta" (HUNGRIA, 1981, p. 113). Esse trabalho simbólico constitui a moral feminina, que é inculcada desde a mais tenra socialização, "através de uma disciplina incessante" de que deriva "uma espécie de confinamento simbólico", assegurado principalmente pelas imposições relativas aos trajes e ao corpo da mulher (BOURDIEU, 2011b, p. 38). Aquelas que violam as normas da moral feminina estão sujeitas à indignidade perante o direito penal, constituída pelos estereótipos constantes nos produtos simbólicos daqueles que, juntamente com outros especialistas, elaboram e reproduzem a *sociodiceia masculina*. Os manuais de direito penal participam da construção social de um "coeficiente simbólico negativo" (BOURDIEU, 2011b, p. 111), que tal como a cor da pele no caso dos negros, afeta negativamente tudo o que as mulheres são e fazem.

5. A esposa, o marido e a mãe

Nos livros em análise, encontramos uma ferrenha defesa da família tradicional e do poder do homem, do pai e do marido no âmbito doméstico. Ao marido, quase tudo é permitido, sempre em nome da ordem garantida pelo matrimônio.

Magalhães Noronha acredita que há "notória diferença entre o delinquente que ataca uma virgem, para unicamente desafogar a luxúria, abandonando-a depois, e o jovem que estupra a mulher amada, com o fito de vencer a resistência dos pais e desposá-la" (1976, p. 113). Nos termos dos quadros morais do autor, o jovem pode *estuprar a mulher amada* por um bom motivo, qual seja, o casamento; em nome do casamento, e não da luxúria, estuprar não é tão ruim assim. Daí também a defesa unânime dos penalistas em estudo do *matrimônio subsequente* do autor com a vítima como causa de extinção da punibilidade dos crimes sexuais, com fundamento na reparação do dano e no interesse social na formação da família. O casamento é compreendido como a "reparação mais completa para a vítima", hipótese na qual "o criminoso deu à vítima plena satisfação do mal causado, permitindo que ela ocupe na sociedade uma posição de compostura e decência" (1976, p. 113). Conforme Damásio de Jesus, pelo casamento o autor

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

presta "à vítima satisfação do mal causado, permitindo que ela retorne à vida social" (1972, p. 533). Nessa perspectiva, a mulher, desonrada pelo delito sexual, tem sua honra restituída pela ação do agressor, que lhe devolve, pela via do casamento, a compostura e a decência e lhe permite retornar ao convívio social. Percebe-se, então, que não é propriamente a liberdade sexual feminina que está em jogo, mas a defesa do casamento. Além disso, a ideia de *reparação do dano* é sintomática da coisificação da mulher, que ao ser violentada *perde a honra* e a tem restituída pelo casamento.

O poder doméstico do marido é tão vultoso, que ele pode, inclusive, estuprar a própria esposa, já que a "cópula *intramatrimoniun* é recíproco dever dos cônjuges" (HUNGRIA, 1981, p. 114) e nesse ponto Hungria invoca O *Codex Juris Canonici* para reforçar o argumento. Para o autor, "salvo excesso inescusável", o marido "ficará isento até mesmo da pena correspondente à violência física [...], pois é lícita a violência necessária para o exercício regular de um direito" (1981, p. 115). A esposa só poderá recusar a cópula por "achar-se o marido afetado por doença venérea" (1981, p. 115). Magalhães Noronha também sustenta que o marido tem direito à posse sexual da mulher:

> "As relações sexuais são pertinentes à vida conjugal, constituindo direito e dever recíproco dos que se casaram. O marido tem direito à posse sexual da mulher, ao qual ela não se pode opor. Casando-se, dormindo sob o mesmo teto, aceitando a vida em comum, a mulher não se pode furtar ao congresso sexual, cujo fim mais nobre é o da perpetuação da espécie. A violência por parte do marido não constituirá, em princípio, crime de estupro, desde que a razão da esposa para não aceder à união sexual seja mero capricho ou fútil motivo, podendo, todavia, ele responder pelo excesso cometido." (1976, p. 100).

Portanto, a esposa não pode recusar a prestação sexual por um *mero capricho* ou por um *fútil motivo*. Caso seu motivo seja fútil – não estar com vontade, por exemplo – pode o marido tomá-la à força, estuprá-la. A brutalidade da posição, naturalizada nos escritos que estamos observando, escancara a dominação masculina. A violência física necessária ao estupro é justificável pelo exercício regular de um direito.

O fim do *congresso sexual*, para Noronha, é a perpetuação da espécie. Sendo assim, surge outro debate jurídico-penal, no qual os homens falam pelas mulheres: quais são os limites do débito conjugal? Pode o marido praticar atentado violento ao pudor contra a esposa? Em Hungria, a resposta é positiva, pois "não fica a mulher inteiramente à mercê dos caprichos lúbricos do esposo", de maneira que se "este a constrange violentamente a atos sexuais contra a natureza" (1981,

USO EXCLUSIVO RBCRIM

p. 130) cometerá o delito. Em Noronha, a resposta também é positiva, "pois mesmo na intimidade da alcova nupcial o pudor não desaparece" (1976, p. 119). Portanto, aqui estão sendo instituídas as *regras estritas de esquivança ou de acesso* ao corpo feminino: o marido tem acesso livre à vagina da esposa, podendo inclusive utilizar a força para *fazer valer seus direitos*. Contudo, o acesso é livre apenas à vagina: os demais atos sexuais não estão incluídos nos direitos de dominação sexual masculina, dado que são "contra a natureza" (HUNGRIA, 1981, p. 130).

O ato sexual é pensado pelos homens penalistas a partir da "lógica da conquista", concebido "como uma forma de dominação, de apropriação, de posse" (BOURDIEU, 2011b, p. 130). O direito à posse sexual da mulher, que é fundamentalmente a posse do órgão sexual feminino destinado à reprodução, é também violado quando o *objeto sagrado é profanado*, isto é, acessado por um agente que não detenha a condição para o *contato consagrado*, o que ocorre quando, nas palavras de Magalhães Noronha, "a companheira cedeu a outrem" (1980, p. 30), ou seja, no adultério. A própria expressão utilizada, *cedeu a outrem*, nos indica que a traição feminina é pensada a partir da lógica da conquista e da posse, de uma mulher que não possui vontade própria, que é passiva, e cede aos galanteios – "a súplica perseverante, a blandícia envolvente, a frase madrigalesca, a linguagem quente do desejo insatisfeito" – de um conquistador que coloque em prática a "arte de *Don Juan"* (HUNGRIA, 1981, p. 159). A teoria jurídico-penal nos deixa entrever que o foco central da criminalização do adultério não era propriamente a defesa dos bens espirituais que são geralmente citados, como "organização ético-jurídica da família e a ordem jurídica do matrimônio" (MAGALHÃES NORONHA, 1976, p. 307), mas a garantia da paternidade da prole e, consequentemente, a garantia da transmissão do patrimônio apenas para os herdeiros legítimos. Do contrário, por que os autores discutiriam se para a consumação do adultério é ou não necessária a penetração? Se o adultério se concretiza apenas em caso de conjunção carnal ou se ocorre em casos de sexo oral ou anal, dentre outros? Por que seria constantemente citada a posição de Carrara, que dispunha que o adultério só se consuma com a *seminatio intra vas?* O adultério, ainda nos manuais dos anos 60 e 70, é visto como um crime contra a propriedade do marido, uma espécie de invasão de propriedade[7].

7. Nélson Hungria, Magalhães Noronha, José Frederico Marques e Damásio de Jesus manifestavam-se em sentido favorável à manutenção da criminalização do adultério. Aníbal Bruno não tratou do assunto nos volumes do tratado que chegou a escrever. Fragoso refere que "o CP de 1969, evidentemente anacrônico, manteve a incriminação do fato [adultério]" (1984, p. 108). Para uma crítica da teoria penal tradicional sobre o assunto, conferir *Adultério*, de Ester Kosovski (1983).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

O poder doméstico do marido lhe garante, por fim, o poder de matar a esposa que o traiu, em certas condições. Não se trata, evidentemente, de um direito, mas a ação goza de relativa aceitação e é considerada uma das hipóteses de homicídio privilegiado: a esposa adúltera tem seu valor diminuído nos manuais de direito penal. Conforme Noronha:

> "Os Tribunais têm aceitado a violenta emoção do marido que colhe a mulher em flagrante adultério. Compreende-se o ímpeto emocional, diante da surpresa ou inesperado da cena, pois é de sua essência ser brusco, repentino e violento." (1980, p. 30).

Nélson Hungria nunca concordou com as constantes absolvições dos chamados *passionais*, sendo esse um dos elementos centrais da crítica ao Tribunal do Júri e ao jurista-retórico que sustentou ao longo de toda sua trajetória. Entretanto, ao indicar a correta interpretação do Código Penal de 1940, podia compreender a ação do marido que flagra a esposa em adultério:

> "Em face do novo Código, os uxoricidas passionais não terão favor algum, salvo quando pratiquem o crime em exaltação emocional, ante a evidência da infidelidade da esposa. O marido que surpreende a mulher e o tertius em flagrante ou *in repsus rebus venereis* (quer *solus cum sola in eodem lecto,* quer *solus cum sola in solitudine*) e num desvairio de cólera, elimina a vida de uma ou de outro, ou de ambos, pode, sem dúvida, invocar o [homicídio privilegiado]; mas aquele que, por simples ciúme ou meras suspeitas, repete o gesto bárbaro e estúpido de Otelo, terá de sofrer a pena inteira dos homicidas vulgares." (1979, p. 163).

A pergunta simples que poderíamos fazer é: por que o exemplo trata sempre do homem que surpreende a mulher em flagrante, e não o contrário? Seria um resquício da tradição que vigorou até o Código Penal de 1940, na qual o adultério masculino e o feminino são tratados de maneiras distintas, o masculino exigindo a manutenção de *teúda e manteúda*? E se a esposa surpreendesse o marido e o matasse, gozaria do favor legal? A omissão da hipótese e a manutenção da difusão de uma ideia compreensiva sobre o que ficou conhecido como *legítima defesa da honra* não é desprovida de efeitos. Em 1979, Evandro Lins e Silva atuou na tribuna do júri em defesa de Doca Street, julgado por ter matado brutalmente a namorada. Lins e Silva sustentou a tese da *legítima defesa da honra* e teve sucesso, tendo sido o réu condenado por homicídio privilegiado e obtido o *sursis*. Em *O salão dos passos perdidos,* Evandro Lins e Silva conta os bastidores do caso, referindo que na época "ainda havia resquícios" da "posição machista" de que "o marido que descobria a mulher em adultério, tinha o direito de matar", o que "levava a

USO EXCLUSIVO DO PROGRIM

mulher a situação de objeto, de coisa" (1997, p. 429). Lins e Silva também narra que na ocasião houve "a explosão do movimento feminista" (1997, p. 432) em torno da necessidade de dar um basta nesse tipo de ideia.

Hungria considerava que "o feminismo exasperado [...] nos princípios deste século, assumiu as proporções de um fenômeno de patologia social" (1981, p. 235). Na visão masculina e conservadora do *príncipe dos penalistas*, até mesmo a proibição do aborto cumpria a função de garantia da fidelidade feminina, pois "com a licença para o aborto, a mulher perderia o medo de conceber filhos ilegítimos e estaria, assim, assegurado livre curso aos amores *extra matrimonium*" (1981, p. 234).

Nélson Hungria, contudo, não chegava ao ponto de defender a proibição do aborto em caso de gravidez resultante de estupro, ao contrário de José Frederico Marques e Aníbal Bruno.

Frederico Marques dispunha o seguinte:

> "Concordamos plenamente com a crítica irrespondível de Leonídio Ribeiro à adoção, pelo estatuto penal vigente, de tal espécie de aborto lícito. Não nos parece que se possa transigir, desse modo, com respeito à vida do *infans conceptu*, para submetê-la a tão brutal sacrifício. A 'inviolabilidade da vida humana desde o seu alvorecer' (como falava CARVALHO MOURÃO) sofre, aqui, violento atentado. Consoante magistral lição de ALCÂNTARA MACHADO, 'todas as maternidades são sagradas, todas as vidas são invioláveis, pelo que incompreensível é que o produto do amplexo de dois desconhecidos ou de dois adúlteros seja forçosamente inferior ao que desabrocha de uma união abençoada por Deus ou sancionada pelo Estado'. E AFRÂNIO PEIXOTO, em página inexcedível, assim se exprime: 'É santo o ódio da mulher forçada ao bruto que a violou. Concluir daí que este ódio se estenda à criatura que sobreveio a essa violência, é dar largas ao amor-próprio ciumento do homem, completamente alheio à psicologia feminina. Um filho é sempre um coração de mãe que passa para um novo corpo.'" (1961, p. 178).

Também Aníbal Bruno era contrário ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro:

> "Tem se procurado legitimar essa causa de exclusão do ilícito no abôrto pela aversão que se pode desenvolver na gestante ao fruto da violência, gerado sem amor, e que se tornará a imagem viva da ofensa e humilhação de que foi vítima; pela situação aflitiva criada por aquêle permanente testemunho de sua desonra. Mas, por mais respeitáveis que sejam êsses sentimentos, tomar a situação como justificativa da morte do ser que se gerou é uma conclusão de

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> fundo demasiadamente individualista, que contrasta com a ideia do Direito e a decidida proteção que êle concede à vida do homem e aos interêsses humanos e sociais que se relacionam com ela e demasiadamente importantes para serem sacrificados por razões de ordem pessoal, que, por mais legítimas que possam parecer não têm mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano." (1966, p. 174).

Em Frederico Marques, encontramos expressões como *maternidade sagrada, psicologia feminina* e *filho como coração de mãe que passa a um novo corpo,* que funcionam como *chamados à ordem,* desde os quais os autores exigem das mulheres uma abnegação *digna de uma mulher*, nascida para cuidar, para transmitir carinho e amor. Do mesmo modo, Aníbal Bruno defende que os interesses humanos e sociais tutelados pela proibição do aborto do fruto de estupro são superiores às *razões de ordem pessoal* da mulher que foi vítima da violência sexual.

6. Considerações finais

O artigo tratou das representações constantes nos principais manuais que circulavam pelo país – formando estudantes e orientando práticas judiciais – sobre a moralidade sexual feminina durante os anos 60 e 70. As ideias fundamentais que aqui escrutinamos mantiveram-se dominantes no final do século XX e no início do século XXI. Neste sentido, basta lembrar que apenas em 2005, com a Lei 11.106, a *mulher honesta* deixou de habitar o Código Penal. Nesse mesmo ano, aboliu-se a possibilidade de extinção da punibilidade pelo casamento daquele que praticou estupro com a vítima. Essas alterações decorreram de mudanças sociais, sobretudo diante da luta feminista, que se concretizaram em transformações na sensibilidade jurídica e, finalmente, em alterações legislativas. No entanto, resta perguntar: as concepções aqui expostas ainda estão presentes nos manuais de direito penal contemporâneos, que citam fartamente as obras que estudamos? É tema para a continuidade do estudo.

O certo é que analisar as representações sobre o feminino nos manuais de direito penal é tratar de uma dimensão importante da história dos "sistemas de opressão exercidos sobre a mulher" (VIGARELLO, 1998, p. 09). Isso porque os papéis e a moral sexual, em nome do qual as condutas são julgadas, são construídas com o auxílio dos discursos jurídico penais, que participam da construção social da realidade.

Os homens que escrevem os manuais de direito penal ditam, à revelia das mulheres, os parâmetros da moral sexual dominante, ou, em outros termos, quais são as condições para o "exercício legítimo da sexualidade" (BOURDIEU, 2011b,

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

p. 115). Nessa tarefa, tratam de infinitos aspectos da questão sexual, erigindo os princípios classificatórios, os princípios de visão e divisão, que servirão de categorias de percepção – incorporadas tanto pelos homens quanto pelas mulheres – desde as quais a moral sexual será julgada.

Vimos que o principal conceito mobilizado pelos penalistas estudados é o de honra. Se a honra masculina pode ser conquistada, por meio de demonstrações de virilidade, a honra feminina é "essencialmente negativa", ou seja, "só pode ser defendida ou perdida", sendo a virtude feminina "sucessivamente a virgindade e a fidelidade" (BOURDIEU, 2011b, p. 64) O estudo logrou demonstrar que as *escrituras* do direito penal auxiliam na construção social dos gêneros e servem de suporte a uma *sociodiceia masculina.* À mulher, resta reservada a esfera privada, "configurada [...] como a esfera da reprodução natural, e aparecendo como o lugar das relações familiares (casamento, sexualidade reprodutora, filiação e trabalho doméstico)", sendo a mulher construída como "uma criatura emocional, subjetiva, passiva, frágil, impotente, pacífica, recatada, doméstica e possuída" (ANDRADE, 2003, p. 65).

Portanto, ao investigarmos as representações constantes nos manuais de direito penal, tratamos da dimensão simbólica ou ideológica da dominação patriarcal. A concepção dos autores das obras analisadas auxilia na construção social da visão dominante sobre a moral sexual feminina e os papéis sexuais. A mulher honrada, segundo os homens que escreveram os livros que constituíram o material empírico deste estudo, é casada, casou-se virgem, é mãe, fiel e obediente ao marido. Na adaptação ou inadaptação à moralidade sexual ditada pelos homens, o que está em jogo é o valor social da mulher.

Fontes primárias

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima:* códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BECKER, Howard. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico.* 15. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina.* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011b.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

BOURDIEU, Pierre. *Homo academicus*. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2011c.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. Parte Especial. Rio de Janeiro: Forense, 1966. t. 4.

DOTTI, René Ariel. *Casos criminais célebres*. São Paulo: Ed. RT, 1999.

FREDERICO MARQUES, José. *Tratado de Direito Penal*. Volume IV. Crimes em Espécie. São Paulo: Saraiva, 1961. GEERTZ, Clifford. *O saber local*. Novos ensaios de antropologia interpretativa. Petrópolis: Vozes, 2001.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. V, arts. 121-136.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio; LACERDA, Romão Cortes. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. VIII, arts. 197-249.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: José Bushatski, 1972.

KOSOVSKI, Ester. *Adultério*. Rio de Janeiro: Editora Codecri, 1983.

LINS E SILVA, Evandro. *O salão dos passos perdidos*: Depoimento ao CPDOC. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MACHADO NETO, Zahidé. *Direito Penal e estrutura social*: comentário sociológico ao Código criminal de 1830. São Paulo: Saraiva/Editora da Universidade de São Paulo, 1977.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. v. 2 – Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MAGALHÃES NORONHA, Edgard. *Direito Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 3.

SABADELL, Ana Lúcia. *Manual de Sociologia Jurídica*: Introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Ed. RT, 2017.

VIGARELLO, Georges. *História do Estupro* – Violência sexual nos Séculos XVI-XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O sexo e o direito: a história de uma relação muito íntima (parte 1), de Rodrigo Bernardes Dias – *RT* 963/21-85 (DTR\2016\191);
- O sexo e o direito: a história de uma relação muito íntima (parte 2), de Rodrigo Bernardes Dias – *RT* 964/21-102 (DTR\2016\224); e
- Por um novo direito penal sexual – a moral e a questão da honestidade, de Renato de Mello Jorge Silveira – *RBCCrim* 33/133-158 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 6/135-162 (DTR\2001\7).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação

Punishing Court-Involved Youth in France and Brazil: legislations, institutions and the balance between sanction and education

Mariana Chies Santiago Santos

Doutorado em Sociologia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2018), mestrado Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012), Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2009) e em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2013). Pesquisadora com bolsa de pós-doutorado no Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP). Integrante do Grupo de Pesquisa Violência e Cidadania (GPVC-UFRGS) e do Grupo de Pesquisa em Políticas Públicas de Segurança Pública e Administração da Justiça Penal (GPESC-PUCRS). Coordenadora-Chefe do Departamento de Infância e Juventude do IBCCRIM.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/0902400941116843
ORCID: 0000-0002-8151-9044
chiesmariana@usp.br

Juliana Vinuto

Doutora em Sociologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2019), Mestre em Sociologia pela Universidade de São Paulo (2014) e Graduada em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo (2010). Professora do Departamento de Segurança Pública da Universidade Federal Fluminense. Integrante do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Sujeitos, Sociedade e Estado (NEPSSE-UFF) e do Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana (NECVU-UFRJ).
Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1684516043842222].
ORCID: 0000-0002-6035-4463
j.vinuto@gmail.com

Recebido em: 05.02.2020
Aprovado em: 11.08.2020
Última versão das autoras: 27.08.2020

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar como normativas internacionais que propõem especificidades na sanção direcionada ao adolescente

Abstract: This paper aims to analyze how international norms that propose specificities in punishment directed to *court-involved youth* are

Santos, Mariana Chies Santiago; Vinuto, Juliana. Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 173. ano 28. p. 487-516. São Paulo: Ed. RT, nov. 2020.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

rotulado como "em conflito com a lei" são implementadas em diferentes contextos de privação de liberdade. Para tanto, se coloca como problema de pesquisa compreender como o duplo objetivo sancionatório-educativo é implementado na França e no Brasil, a fim de verificar como essa sanção específica a adolescentes se diferencia da punição voltada a adultos e como se apresenta concretamente em diferentes instituições privativas de liberdade. A partir do diálogo entre duas pesquisas de campo realizadas em diferentes centros de internação para adolescentes, é apresentada uma análise histórica das principais legislações de proteção a crianças e adolescentes nos dois países, seguida de uma descrição panorâmica sobre cinco instituições, três francesas e duas brasileiras, que apresentam diferentes configurações no equilíbrio entre sanção-educação. Como conclusão, verifica-se que, apesar das especificidades organizacionais existentes, tratam-se de instituições pautadas pela lógica de disciplina e segurança sobre grupos populacionais específicos, como negros ou imigrantes.

Palavras-chave: Sanção – Educação – Brasil – França – Punição.

implemented in different contexts. The research problem is to understand how the double sanctioning-educational objective is implemented in France and Brazil, to verify how this specific punishment for adolescents differs from the punishment target to adults and how it is concretely presented in detention centers. Based on the dialogue between two distinct qualitative research conducted in different youth detention centers, we offer, first, a historical analysis of the legislation in both countries. Also, we provide a panoramic description of five institutions, three in France and two in Brazil, which present various configurations in considering the dialogue between sanction-education. In conclusion, despite the existing organizational specificities, these are institutions that are inserted in increasingly punitive contexts and, as a result, are guided by the logic of discipline and security over specific population groups, such as blacks or immigrants.

Keywords: Sanction – Education – Brazil – France – Punishment.

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. Notas metodológicas. 3. Abordagem sociológica de leis e normas: os diferentes contextos político-legais. 4. Os arranjos organizacionais específicos na França e no Brasil. 4.1. Arranjos organizacionais da França. 4.2. Arranjos organizacionais do Brasil. 5. Instituições privativas de liberdade nos dois países. 5.1. Centres Éducatifs Fermés (CEF). 5.2. Établissements Pénitentiaires pour Mineurs (EPM). 5.3. Quartier Mineur (QM). 5.4. Departamento Geral de Ações Socioeducativas (Degase-RJ). 5.5. Fundação de Atendimento Socioeducativo (Fase-RS). 6. Aproximações e distanciamentos entre os serviços prestados por diferentes instituições: a centralidade do controle. 7. Considerações finais. Referências.

1. Considerações iniciais

Em[1] grande parte dos países do mundo, há sanções específicas para aqueles considerados adolescentes, de modo a se diferenciar da punição destinada a

1. Uma versão preliminar desse artigo foi apresentada à discussão no 19º Congresso da Sociedade Brasileira de Sociologia, em 2019. Agradecemos aos comentários feitos na

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

adultos. Para tanto, legislações de vários países propõem sanções com características educativas aos adolescentes considerados "em conflito com a lei", isto é, que cometem atos análogos a crimes ou contravenções penais. Nesse sentido, há uma constante preocupação em articular processos educativos com a devida responsabilização do adolescente, considerando que a resposta dada pelo Estado nesses casos deve ser necessariamente diferenciada daquela que é dirigida aos adultos que cometem os mesmos atos.

Diversas normativas internacionais mencionam a necessidade desse tratamento diferenciado. Em âmbito internacional, vale citar, com destaque: (i) a Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989[2] (ONU, 1989), que traz para a discussão a questão da criança e do adolescente enquanto sujeito de direitos que está em desenvolvimento e, portanto, merece proteção integral, especial e prioritária; (ii) as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude[3], conhecida como Regras de Pequim (ONU, 1985), que representam um mínimo de condições aceitas internacionalmente para o tratamento das crianças e adolescentes que se encontram em situação de conflito com a lei; e (iii) as Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade[4] (ONU, 1990), que identifica a necessidade de um olhar atento aos/às adolescentes privados de liberdade.

Os objetivos da justiça juvenil, de acordo com as Regras de Pequim, são os de promover o bem-estar do jovem e assegurar que qualquer resposta àqueles/as que cometem um ato contrário à lei será sempre em proporção às circunstâncias tanto do jovem como do delito. Além disso, vale citar os Princípios Orientadores de Riad (ONU, 1990), que foram fundamentais para estabelecer as diretrizes

ocasião, sobretudo os realizados pelos Profs. Marcos Cesar Alvarez (USP) e Carlos Henrique Aguiar Serra (UFF), que ajudaram a aprimorar os argumentos propostos no texto aqui apresentado.

2. O Brasil recepcionou a Convenção Internacional do Direito da Criança e do Adolescente por meio do Decreto 99.710, de 1990.

3. Para acessar as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça da Infância e da Juventude, também denominada Regras de Beijing, ver: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf].

4. A íntegra das Regras das Nações Unidas para a proteção dos menores privados de liberdade pode ser encontrada aqui: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegNacUniProtMenPrivLib.html#:~:text=As%20Regras%20t%C3%AAm%20como%20objetivo,e%20promover%20a%20integra%C3%A7%C3%A3o%20na].

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

para a prevenção da delinquência juvenil, bem como por incluírem medidas de proteção de pessoas jovens que tenham sido abandonadas, abusadas ou que se encontram em situação de marginalidade social.

Em âmbito regional, no caso do Brasil, menciona-se a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)[5], que estabelece que toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado, e, no caso francês, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem[6] (1950), que determina quando um menor de idade pode ser privado de liberdade.

Entretanto, existe uma dificuldade de implementar as normativas internacionais e regionais nos contextos locais. Isso ocorre por inúmeros motivos, desde as próprias práticas institucionais que não se adequaram de forma definitiva a todas as mudanças que foram efetuadas pelas diretrizes internacionais – e também pelas mudanças nas legislações domésticas, como será tratado adiante –, até o fato de que algumas mudanças legais não alcançaram a mentalidade dos juízes que cuidam dessa parcela da população, passando muitas vezes pela falta de vontade política por parte de governantes. A esse respeito, vale a pena citar que o Brasil já foi denunciado à Comissão Interamericana dos Direitos Humanos (CIDH) pelas práticas ilegais destinadas a adolescentes em privação de liberdade, e a França já recebeu diversas recomendações da Comissão de Direitos Humanos da União Europeia por manter, no mesmo local, adolescentes e adultos privados de liberdade – o que é vedado pelas normas internacionais às quais está vinculada[7].

5. O Pacto de San José da Costa Rica foi recepcionado para o direito interno por meio do Decreto 678/1992.

6. A esse respeito, íntegra do documento: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

7. A esse respeito, íntegra da audiência n. 34, realizada em 22 de janeiro de 2017, durante o 161º período de sessões da CIDH em que organizações da sociedade civil denunciaram as violações de direitos humanos dos adolescentes brasileiros privados de liberdade pode ser visto em: [https://www.youtube.com/watch?v=5U6_O9OcaFY]. Além disso, importante mencionar que a Comissão Europeia de Direitos Humanos não dispõe de dispositivo específico a respeito dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes. Contudo, em busca de uma aplicação comum a todos os países que fazem parte do bloco, tem tomado decisões que buscam unificar a jurisprudência a respeito da questão. Para tanto, serve-se, primordialmente, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, editada pela ONU em 1989. Para além disso, na tentativa de harmonizar o que é aplicado nos países europeus, a Comissão utiliza-se do princípio do interesse superior da

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

A fim de discutir algumas formas de articulação concreta entre sanção e educação, este texto analisará como o duplo objetivo sancionatório-educativo (VINUTO; DUPREZ, 2019), baseado na Doutrina da Proteção Integral das Nações Unidas para a Infância[8], é implementado em algumas instituições privativas de liberdade francesas e brasileiras. O olhar comparativo sobre políticas e instituições existentes nesses dois países, como iremos demonstrar, permitirá discutir recorrências existentes mesmo em contextos historicamente diversos, como é o caso da França e do Brasil.

Para tanto, apresentaremos uma descrição de caráter histórico referente às principais legislações de proteção a crianças e adolescentes da França e do Brasil, respectivamente L'Ordonnance n. 45 du 2 février de 1945 e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n. 8.069 de 13 de julho de 1990) – ECA. Tal descrição se mostrará relevante para que seja possível entender o contexto em que atuam as instituições responsáveis pelo duplo objetivo sancionatório-educativo nos dois países. Em seguida, descrevemos de maneira panorâmica o funcionamento de cinco instituições, três francesas e duas brasileiras, que apresentam diferentes configurações no equilíbrio entre sanção-educação. Por fim, discorreremos sobre algumas aproximações e distanciamentos entre as instituições descritas, destacando que apesar das especificidades organizacionais que as diferenciam em suas possibilidades de efetivação de uma sanção educativa, observa-se a seletividade na repressão a grupos populacionais específicos, além da lógica de disciplina e segurança que sempre se sobressai sobre os objetivos educativos.

Antes de apresentar esse debate, mostra-se necessário fazer algumas pontuações sobre o diálogo que propomos neste texto entre achados de pesquisas realizadas em diferentes contextos, e sobre as especificidades metodológicas da análise comparativa, tanto entre diferentes países quanto por diferentes pesquisas.

---

criança (PRASONG, 2016). Disponível em: [http://www.theses.fr/2016BORD0137] e [https://cerfaps.u-bordeaux.fr/Recherche/Doctorat/Theses-soutenues/La-protection--des-droits-de-l-enfant-par-la-Cour-europeenne-des-droits-de-l-homme].

8. A Doutrina da Proteção Integral começou a ser discutida em 1959 com a publicação da Declaração Internacional dos Direitos das Crianças, já como carta de intenções da ONU. Contudo, o conceito de proteção integral foi normatizado somente no ano de 1989, com a publicação da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (CIDC). Trata-se de um documento-base para a compreensão dos direitos das crianças e adolescentes ao redor do mundo por trazer o conceito de "condição peculiar de desenvolvimento" que, dentre outras questões, reafirma a necessidade de uma sanção educativa para o adolescente em conflito com a lei, dado que seu processo de incompletude física, psicológica e moral pode ser revertido caso vivencie condições adequadas.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

2. Notas metodológicas

As especificidades e desafios da pesquisa em perspectiva comparada já foram analisados em inúmeros trabalhos, com destaque para aqueles que almejam pensar a realidade brasileira a partir do contraste com outros países (LIMA, 2013; PAES, 2013; DUPREZ, 2015; CHIES-SANTOS, 2018). Nesse sentido, como França e Brasil são países de tradição jurídica *civil law* (PAES, 2013; CHIES-SANTOS, 2018), uma análise que contrastasse apenas as diferentes ordenações jurídicas não se mostraria adequada para nossos propósitos, já que este modelo jurídico é definido por "sua abstração, sua existência propositalmente autônoma e atemporal frente aos fenômenos sociais" (LIMA, 2013). Assim, optou-se por retomar brevemente a trajetória histórica das leis que ordenam as instituições voltadas para adolescentes a quem se atribui a prática de um ato infracional, bem como olhar a maneira como se configuram as diferentes organizações existentes em cada um desses contextos.

O presente artigo foi desenvolvido a partir de duas experiências de pesquisas distintas:

1) etnografia realizada pela segunda autora (VINUTO, 2019) sobre o Departamento Geral de Ações Socioeducativas (Degase-RJ), na qual, dentre outras questões, pôde acessar dois centros de internação, uma específica para o público feminino e outra para o público masculino. Nessa pesquisa, a autora fez observações diretas e entrevistas com agentes socioeducativos, além de analisar os seguintes materiais: produções bibliográficas e institucionais elaboradas pelo ou sobre o Degase, disponibilizado em sites e redes sociais do Degase e do Sind-Degase (sindicato dos servidores do Degase); fontes de imprensa; diários de campo compartilhados no âmbito do Projeto Parcerias[9]; eventos e cursos oferecidos pelo Degase aos seus profissionais; eventos organizados pelo Poder Judiciário e pelo Poder Legislativo sobre o Degase. Somado a isso, Vinuto também realizou estágio doutoral na França em 2016, ocasião em que pode acessar um *Établissement* Pénitentiaire pour Mineurs (EPM) e um Centre Educatif Fermé (CEF), sendo que esta experiência de pesquisa já proporcionou algumas análises iniciais (VINUTO; DUPREZ, 2019).

2) Pesquisa de campo comparativa na qual a primeira autora acessou um Quartier Mineur (QM) e um EPM durante período de estágio doutoral no ano de

9. Trata-se de um projeto de extensão universitária coordenado pela Profa. Hebe Signorini Gonçalves (Instituto de Psicologia da UFRJ), no qual estudantes realizavam visitas a uma unidade do Degase e participavam de reuniões semanais de supervisão para debater diários de campo previamente compartilhados.

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

2015, o que foi colocado em diálogo com sua experiência de pesquisa realizada em dois centros de internação masculinos da Fundação de Atendimento Socioeducativo do Estado do Rio Grande do Sul (Fase-RS) no ano de 2016. Essa pesquisa também acarretou uma tese de doutorado (CHIES-SANTOS, 2018). Nesse caso, Chies-Santos realizou entrevistas com adolescentes privados de liberdade, técnicos, agentes socioeducativos e agentes penitenciários[10] nos dois países. A entrada em campo, na França, se deu a partir de conversa com representantes do Ministério da Justiça que autorizaram a realização da pesquisa. No Rio Grande do Sul, a conversa se deu diretamente com a Diretoria Socioeducativa da Fase. Nos dois casos, não houve nenhum tipo de percalço para a realização das observações e das entrevistas.

A partir das diferentes experiências de pesquisa, verificou-se a possibilidade de um diálogo rico em que a descrição de diferentes instituições permitiria compreender como normativas internacionais são colocadas em prática localmente, considerando tanto as configurações organizacionais distintas, quanto as sociedades diversas nas quais tais instituições estão inseridas.

Contudo, o que mais estimulou a produção deste artigo foi o fato de que, apesar das particularidades das instituições que serão descritas aqui, havia semelhanças significativas no público selecionado pelos respectivos sistemas de justiça juvenil, a saber: populações não-brancas, como negros, no caso brasileiro, e imigrantes, no caso francês. Em um levantamento publicado em 2015 (SILVA; OLIVEIRA, 2015), afirma-se que 58,9% dos adolescentes privados de liberdade no Brasil são negros, apesar dos negros representarem 53,92% da população brasileira (IBGE, 2016). Já no caso francês, a parcela selecionada pelo sistema de justiça juvenil são jovens de origem imigrante e que habitam as zonas ao redor das grandes e médias cidades francesas (MUCCHIELLI, 2010; CHIES-SANTOS, 2018).

Dessa forma, em que pese as diferenças no que tange à organização social, cultural, política e, inclusive, normativa dos dois países, o estudo comparativo permite compreender a conversão dos parâmetros de responsabilização dos adolescentes rotulados como "em situação de conflito com a lei" nas duas realidades estudadas. Nesse sentido, apesar das especificidades que serão debatidas aqui, parece claro que o sistema de justiça juvenil aponta para o mesmo fim, qual seja, recrudescimento e repressão:

10. Conforme será exposto, na França, diferentemente do Brasil, em alguns casos os adolescentes também são supervisionados por agentes penitenciários, em razão da organização das instituições naquele país.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

> "Em que pesem as diferenças cruciais no que tange à cultura das duas sociedades, permeadas por histórias diametralmente opostas – uma de colonizadora e outra de colonizada, por exemplo – que experimentam nas sociabilidades de seus povos vivências percorridas de significados distintos, conseguiu-se traçar, a partir de um estudo da literatura ligada à Sociologia da violência, à Criminologia e ao Direito, formas de apresentar a conversão dos parâmetros de responsabilização penal dos adolescentes em situação de conflito com a lei nas duas realidades estudadas" (CHIES-SANTOS, 2018, p. 46).

A partir de agora, apresentaremos uma descrição histórica breve das leis que regem a proteção de crianças e adolescentes nos contextos francês e brasileiro, respectivamente a L'Ordonnance n. 45 du 2 février de 1945 e o ECA, a fim de contextualizar nossas análises sobre as diferentes instituições privativas de liberdade para o adolescente a quem se atribui a prática de um ato infracional.

3. Abordagem sociológica de leis e normas: os diferentes contextos político-legais

O fenômeno da criminalidade juvenil começou a fazer parte integrante das normativas francesas e brasileiras em momentos distintos, o que fica claro pelas datas de publicações das leis atualmente responsáveis por tutelar essa parcela da população. Apesar disso, nos dois países há sistemas de Justiça que são considerados precários pela população, seja por não fornecerem as respostas desejadas pela sociedade, seja por estarem em desacordo com as normativas internacionais de direitos humanos.

A Lei relativa à infância delinquente[11] francesa, chamada de L'Ordonnance n. 45 du 2 février de 1945, é o texto fundador do sistema de justiça juvenil francês contemporâneo, e estabelece o princípio da primazia de medidas educativas sobre sanções penais.[12] Essa legislação, que ainda está em vigor, também estabe-

11. Importante destacar que a palavra "delinquente" não é pejorativa no contexto francês.

12. Na França, a primeira legislação voltada para a infância nasce com a Lei de 22 de julho de 1912, que se constituiu na mais importante legislação baseada nas ciências penais e penitenciárias da época. Os princípios inspiradores da Lei de 1912 foram a substituição da repressão pela educação e, ainda, a criação de uma jurisdição especial para julgar crianças, muito embora ainda não contasse com juízes especializados na matéria, como acontece atualmente. Sob a influência das legislações estrangeiras que tratavam dos direitos das crianças e adolescentes, a Lei de 22 de julho de 1912 estabeleceu e reconheceu os mais importantes princípios que atualmente organizam o sistema francês e

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

leceu tratamento diferenciado ao adolescente que tenha cometido ato classificado como crime, infração ou delito. Nesse sentido, ele não será levado ao Tribunal Penal comum; ele será julgado, dependendo do caso, pelo Tribunal da Infância, pelos Tribunais de Correção para Menores ou pela Corte de Menores.

A Ordonnance de 1945 foi reformada mais de 40 vezes com o passar dos anos; alterações importantes foram realizadas no sentido de tornar a legislação mais dura. Por outro lado, desde que foi publicada, também houve tentativas, por meio do Ministério da Justiça, de aprovar no Parlamento sua reforma, com o objetivo de deixá-la mais próxima da realidade francesa contemporânea, a fim de considerar as deficiências de outras políticas públicas e a seletividade do próprio sistema. Contudo, essas tentativas foram bloqueadas pelo parlamento.

No caso brasileiro, temos como normativas relevantes para a questão a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, que recepcionaram a Doutrina da Proteção Integral, contrária à concepção do assistencialismo presente nos Códigos de Menores de 1927 e 1979 (ALVAREZ, 1990)[13]. A partir de então, crianças e adolescentes passaram a ser considerados cidadãos com direitos plenos; mas, em função de estarem ainda em desenvolvimento, sujeitos à proteção especial. O ECA deslocou o foco da punição e da ação tutelar para a socioeducação, a definindo como resposta ideal ao ato praticado.

A publicação do ECA, em 1990, e da inserção do artigo 227 na Constituição Federal[14] são apresentados comumente como uma ruptura de paradigmas

prefiguram a proteção judicial de crianças delinquentes e ameaçadas das legislações atualmente em vigor (CHIES-SANTOS, 2018).

13. No momento anterior à publicação do ECA, os adolescentes – tendo ou não cometido algum ato infracional – poderiam ser retirados de suas famílias e comunidades para serem institucionalizados, com a justificativa comumente utilizada de terem mais chances de se tornarem pessoas aptas ao convívio social. No Código de Menores de 1979, institui-se a ideia de "situação irregular", ou seja, menores de idade que se encontravam em algum contexto de abandono, pobreza, violência ou criminalidade. Nesse momento era indiferente se um menor de idade praticasse crime ou mendicância, uma vez que tanto um quanto outro seriam objeto da discricionariedade do juiz de menores – aquele que tudo sabia sobre o que era importante para aquelas vidas (RIZZINI, RIZZINI, 1996; CIFALI, 2019).

14. O artigo 227 da Constituição diz que: "É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a

USO EXCLUSIVO DO PODER JUDICIÁRIO

e como um início de uma nova história, contrária àquela que por anos tratou os menores de idade como objetos sujeitos à tutela indiscriminada do Estado. Contudo, alguns autores analisam tais normativas como continuidade à gestão da vida de adolescentes que estão sendo processados pelo Estado (SCHUCH, 2005). Isso porque, muito embora sejam inegáveis as mudanças trazidas pelo ECA – no sentido de garantir direitos fundamentais básicos no processo de apuração de atos infracionais, por exemplo – houve também concessões à velha "doutrina menorista", o que tornou ineficaz muitas das garantias previstas em lei, considerando o caráter genérico de muitas de suas disposições, que abriram espaço para a discricionariedade e o arbítrio por parte dos poderes instituídos (SCHUCH, 2005; CORNELIUS, 2017; CIFALI, 2019).

Enquanto no Brasil o processo que deu origem ao que atualmente disciplina a infância e a juventude foi concebido durante a abertura democrática, na França ele se deu no período do pós-Segunda Guerra Mundial. Observa-se que os anos em que as legislações foram publicadas em seus países são muito distantes entre si, uma em 1945 e outra em 1990, contudo, expressam uma característica em comum – e, talvez, a mais importante –, ou seja, momentos de transições políticas: o fim de uma guerra no contexto francês; e o fim de uma ditadura no Brasil.

Na França, em 1945, logo no momento da "libertação" em relação à Alemanha, o então governo provisório entendeu que existiam poucos problemas tão graves quanto aqueles que diziam respeito à proteção da infância e, dentre eles, aqueles pertinentes aos adolescentes e à justiça. Milhares de crianças e adolescentes foram mortas e abandonadas à própria sorte durante a Segunda Guerra Mundial e, por isso mesmo, o governo provisório do General Charles de Gaulle informou que não poderia mais negligenciar a proteção às crianças e jovens[15], ressaltando que: "A guerra e os transtornos de natureza material e moral que ela provocou aumentaram a delinquência juvenil de forma perturbadora. A questão da infância culpada é uma das mais urgentes da era atual" (FRANÇA, 1945, tradução livre).

salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Traduz-se, portanto, enquanto marco normativo, em razão da Constituição ter sido publicada um ano antes do documento internacional mais importante a respeito dos direitos da criança e do adolescente (CIDC, 1989). Nesse sentido, embora o texto da Convenção já fosse conhecido desde o final da década de 1970, o Brasil foi pioneiro em constitucionalizar as ideias que seriam parte de um novo momento histórico internacional a respeito desses direitos.

15. A exposição de motivos que deu origem a L'Ordonnance du 2 février 1945 pode ser encontrada em sua versão original em: [www.afmjf.fr/IMG/pdf_motifs_ord45.pdf].

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

Foi a partir desse momento que especializações no seio da justiça francesa foram efetivadas, o que se traduziu na salvaguarda de crianças e adolescentes[16]. Assim, o sistema de Justiça juvenil na França passou a se apresentar em quatro grandes etapas. A primeira delas é de responsabilidade da Polícia Judiciária, encarregada por apreender, manter sob custódia e instaurar um inquérito para a apuração de uma conduta caracterizada como crime, infração ou delito, de acordo com a legislação. A segunda etapa é aquela em que o membro do Ministério Público pode oferecer um perdão judicial ao adolescente ou acusá-lo formalmente de um crime, infração ou delito. A terceira fase é aquela em que o juiz de Direito ouve o adolescente, as testemunhas de defesa e acusação e, por fim, caso decida pela culpabilidade do adolescente, aplica algum tipo de sanção. Na última etapa, caso seja determinado o cumprimento de uma medida socioeducativa ou pena[17], o adolescente é atendido por uma instituição (de meio aberto ou fechado) destinada a esse fim. Em todas essas etapas, como no caso brasileiro, o adolescente tem direito à assistência jurídica. Caso sua família não tenha condições financeiras de pagar por sua defesa, o Estado a oferta do Commis d'Office (CHIES-SANTOS, 2018).

No Brasil, a legislação estatutária não surgiu a partir da boa vontade de legisladores, ao contrário, foi um movimento que se originou antes mesmo da publicação da nossa Constituição de 1988. Nesse sentido, as críticas ao regime autoritário fizeram com que grupos demandassem diversas questões, entre elas, a situação dos meninos e meninas em situação de rua. Logo, falar dos direitos das crianças e dos adolescentes era, naquele momento, falar sobre aqueles que estavam em situação de rua.

Dessa forma, ao contrário do debate feito até então, que olhava os "menores" enquanto objetos que necessitavam da caridade e da tutela do Estado, esse novo momento passou a olhar para a deficiência de políticas públicas e sociais. Assim, as crianças e adolescentes que estavam em uma situação de extrema

16. Diferente do que ocorre no Brasil, o termo "menor" não é utilizado de forma pejorativa na França, sendo o modo mais utilizado pela literatura quando falamos daqueles que ainda não completaram 18 anos.

17. É importante referir que, apesar de termos tradições jurídicas que advêm de uma mesma cultura de direito latino, ou *civil law*, os termos comumente são utilizados de formas diferentes. Na França, quando é imposta uma medida socioeducativa, pensaremos em um cumprimento no "meio-aberto" e, quando é imposta medida em "meio-fechado" pensaremos uma "pena" – mas não como é configurada no sistema penal tradicional do Brasil.

USO EXCLUSIVO BDJUR.COM.BR

vulnerabilidade passaram a ser vistos como consequência de uma sociedade desigual (RIZZINI; RIZZINI, 1996; CIFALI, 2019).

Com a criação do ECA, a justiça juvenil passou a ser organizada em duas grandes etapas: a pré-processual e a processual. Em resumo, podemos ressaltar cinco grandes momentos importantes que ocorrem nessas fases: o primeiro deles diz respeito à apreensão do jovem em flagrante cometimento do ato e, nessa fase, a instituição responsável é a Polícia Militar. A segunda etapa é a instauração de um inquérito para apurar o que ocorreu, que fica a cargo da polícia judiciária[18]. Na terceira etapa, de responsabilidade do Ministério Público, o adolescente é ouvido e a ele pode ser oferecido um tipo de "perdão"[19] – condicionado ou não à aplicação de uma medida socioeducativa[20] – ou ele pode ser acusado formalmente da prática daquele ato infracional ou, ainda, o Ministério Público pode optar pelo arquivamento[21]. Em seguida, caso o adolescente seja representado pelo ato cometido, inicia-se a fase processual, em que um juiz de Direito ouve o adolescente – audiência de apresentação – e, em outro ato, procede à oitiva das testemunhas de acusação e defesa e profere uma sentença absolvendo ou condenando aquele adolescente ao cumprimento de uma medida socioeducativa (CHIES-SANTOS, 2018).

Após essas diferentes fases, é possível que o adolescente seja considerado culpado e tenha que ser responsabilizado compulsoriamente (PAULA, 2014). Se até aqui observamos como o sistema de justiça juvenil se orienta pela garantia de direitos dos adolescentes a quem se atribui a prática de atos infracionais, é na implementação da sanção que a dimensão educativa é vista como mais central. Isso ocorre porque tanto na França quanto no Brasil há a demanda de

18. Vale a pena destacar que essa segunda etapa pode ou não ocorrer. Note-se que os processos de apuração de ato infracional, comumente, iniciam-se pela apreensão em flagrante cometimento do ato infracional pelo adolescente em questão.

19. É importante referir que esse perdão, na legislação brasileira, é chamado de "remissão". Contudo, houve um grave erro de tradução do termo original, em inglês, chamado de "diversion" que não significa perdão, mas um "encaminhamento diferente do original". Assim, hoje existem alguns problemas na avaliação e imposição de uma "remissão". Para saber mais, ver CHIES-SANTOS; CORNELIUS, 2014.

20. Ainda que o foco de nosso texto sejam as sanções privativas de liberdade no Brasil e na França, vale a pena destacar que no Brasil há outras medidas socioeducativas, a saber: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida (medidas socioeducativas em meio aberto) e semiliberdade (restritiva de liberdade).

21. Ressalta-se que no caso de oferecimento de remissão ou de arquivamento, é necessária a homologação pelo juiz de direito, conforme o art. 180, § 1º do ECA.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

priorização das sanções em meio aberto, e mesmo quando estas são privativas de liberdade, devem atender a requisitos educacionais. Dessa forma, a sanção direcionada a estes adolescentes não devem ser punições puras e simples, mas responsabilizações de caráter educativo. Em termos ideais, trata-se de uma sanção que "almejaria proporcionar uma nova forma do adolescente se relacionar consigo e com o mundo, e os instrumentos para essa transformação seriam o oferecimento de educação formal e demais atividades pedagógicas, de lazer, esportivas, culturais e de educação profissional" (VINUTO, 2019, p. 21). Nesse sentido, há um esforço legislativo (internacional, regional e doméstico) em primar pela educação somada à responsabilização para atender aos adolescentes que se encontram em situação de conflito com a lei. Apesar disso, atualmente ambos os países experimentam críticas similares, notadamente em relação às discussões sobre a redução da maioridade penal. Mas, enquanto na França tal contexto acarretou reformas legislativas de caráter repressivo, o Brasil mantém seu enquadramento legal desde 1990, mesmo com as constantes tentativas de modificação do texto legal – tanto para reduzir a idade de imputabilidade penal, quanto para aumentar o tempo máximo que um adolescente pode ficar internado (MARINHO; VARGAS, 2015; CHIES-SANTOS, 2015). Apesar desse quadro, Marinho e Vargas afirmam:

> "No Brasil, apesar dos discursos oficiais, o caráter liberal e progressista da legislação apresenta grande dificuldade de se integrar às práticas das organizações e dos profissionais responsáveis pelos adolescentes infratores. Na França, ao contrário, desde a década de 1990, após as sucessivas alterações e retificações, afirma-se que a execução das políticas criminais tem sido mais liberal do que a legislação" (MARINHO; VARGAS, 2015, p. 272).

Para além do apanhado normativo a respeito do tratamento dispensado aos adolescentes em situação de conflito com a lei, é necessário apresentar, ainda que de forma sintética, as instituições responsáveis por implementar as decisões judiciais aplicadas a esse público. Ao olhar para tais instituições, será possível compreender a ênfase organizacional no aspecto sancionatório, mesmo que se considere as diferenças de configuração em cada contexto.

4. Os arranjos organizacionais específicos na França e no Brasil

Os diferentes contextos legislativos acima descritos orientaram a criação de instituições específicas para implementar as novas orientações legais, e isso ajuda a compreender algumas diferenças existentes entre as instituições francesas

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

e brasileiras que lidam com o adolescente a quem se atribui a prática de um ato infracional.

4.1. Arranjos organizacionais da França

Após 12 anos de vigência da Ordonnance de 45, é criada a Protection Judiciaire de la Jeunesse (PJJ – Proteção Judiciária da Juventude), definida como uma instância de âmbito nacional, ligada ao Ministério da Justiça, que tem como objetivo realizar prioritariamente um trabalho protetivo. A PJJ atua em diferentes frentes, sendo responsável pela implementação das políticas voltadas a crianças e adolescentes em situação de risco, vulnerabilidade ou delinquência. Para cada uma dessas frentes, a PJJ conta com instituições de acolhimento e internação que cobrem todo o território nacional.

No que se refere aos estabelecimentos voltados para adolescentes a quem se atribui a prática de um crime, infração ou delito, a PJJ atua de duas formas: na execução de medidas protetivas e de encarceramento. Trata-se, nos dois casos, de medidas compulsórias impostas pelo Poder Judiciário. Contudo, enquanto o foco das medidas protetivas é o trabalho de apoio social aos adolescentes e suas famílias, o encarceramento, por sua vez, implica em uma sanção privativa de liberdade próxima às direcionadas aos adultos. Um exemplo disso é que caso um adolescente descumpra uma medida protetiva, o juiz pode optar por seu encarceramento e, assim, o adolescente é preso em uma instituição penitenciária sob direção do Departamento Penitenciário Nacional, mas exclusiva para menores de idade. Nesse caso, a PJJ disponibiliza seus educadores para atuarem junto aos adolescentes encarcerados, além de ter um posto de "Diretor PJJ" nessas instituições, responsável pelo trabalho dos educadores. Desde que existe, a direção da PJJ já passou por dez direções diferentes. Atualmente, a diretora nacional é a quinta juíza de carreira a ocupar o cargo, sendo responsáveis por 9.000 trabalhadores, sendo mais da metade (60%) educadores (FRANÇA, 2020).

4.2. Arranjos organizacionais do Brasil

Por conta do pacto federativo, a organização brasileira de atendimento ao adolescente em situação de conflito com a lei é completamente diferente. Isso significa que cada estado do país tem autonomia para desenvolver determinadas competências, embora todas devam estar alinhadas às diretrizes federais. No que se refere à execução das medidas socioeducativas, apesar dos estados serem obrigados a orientar seus sistemas de proteção a partir do ECA, cada um o faz de forma independente, com instituições executoras, orçamentos e planos de atuação

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

próprios[22]. Para regulamentar as medidas socioeducativas dispostas no ECA, em 2012 institui-se o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase – Lei Federal n. 12.594/2012)[23]. O Sinase define as competências da União, dos estados e dos municípios; o modo de formulação dos planos estadual e municipal de atendimento socioeducativo; as formas de avaliação, acompanhamento das gestões de atendimento e de financiamento; as prioridades dos sistemas socioeducativos, a responsabilização de gestores, operadores e entidades de atendimento, dentre outros (VINUTO, 2019).

Por conta dessa especificidade do caso brasileiro, iremos apresentar instituições que executam a medida socioeducativa de internação em dois estados diferentes: Rio de Janeiro, a partir de análises sobre o Departamento Geral de Ações Socioeducativas (Degase-RJ), e Rio Grande do Sul, olhando para a Fundação de Atendimento Socioeducativo (Fase-RS). Esse esforço se mostra relevante porque mesmo que legalmente ambas as instituições devam executar as mesmas funções, os diferentes contextos existentes nesses dois estados oportunizam características que devem ser pensadas em suas particularidades.

De maneira diversa da PJJ, que também atua no âmbito das medidas protetivas, tanto o Degase quanto a Fase atuam apenas na sanção de adolescentes. Tal sanção será organizada de acordo com a secretaria na qual estão alocadas essas diferentes instituições. No caso do Rio de Janeiro, o Degase é ligado à Secretaria de Educação, mas desde sua fundação, em 1993, a instituição já passou por 12 secretarias, o que indica dificuldades e instabilidades em sua gestão (SERENO, 2015; ABREO, 2017). Além disso, a instituição teve 17 gestores ao longo desse período, sendo que a maior parte – incluindo o atual diretor – tem origem profissional na área de segurança pública, mais um indicativo da ambiguidade da instituição.

Já no caso do Rio Grande do Sul, a Fase foi criada em 2002 (quase dez anos após a criação do Degase) e está atualmente alocada na Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Desde então, passaram por lá oito gestores com formações diversas, tais como poder judiciário, ministério público, educação e ciências sociais.

22. As medidas em meio aberto no Brasil (prestação de serviço à comunidade e liberdade assistida) são de responsabilidade do município em que o adolescente mantém residência, em concordância com o que diz a Política Nacional de Assistência Social (PNAS/2014) e a Norma Operacional Básica do Serviço Único de Assistência Social (NOB/SUAS/2005).

23. Ressalta-se, contudo, que já em 2006, com a Resolução n. 116, fora instituído o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, por meio de publicação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança (Conanda).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

5. Instituições privativas de liberdade nos dois países

A determinação da sanção dependerá, tanto no Brasil quanto na França, da espécie e da gravidade do ato praticado, havendo a utilização da legislação penal destinada a adultos como parâmetro. Isto é, quando a representação apresentada pelo Ministério Público for julgada procedente pelo Juiz da Infância e da Juventude e, quando estiverem presentes requisitos como "violência contra a pessoa", "gravidade do ato" e "reiteração da conduta" o adolescente, tanto no Brasil quanto na França, será enviado a uma instituição de privação de liberdade.

No caso do Brasil, isso se dará em instituições de responsabilidade dos governos estaduais (Poder Executivo) e, na França, de responsabilidade do Poder Executivo Federal (Ministério da Justiça). No caso francês, existem alguns tipos de estabelecimentos de meio fechado, como os Centre *Éducative* Fermé, Centre *Éducatif* Renforcé[24], Centre de Placement Immédiat[25], *Établissement* Pénitencière pour les Mineurs e Quartiers Mineurs – sendo que estes dois últimos têm características penitenciárias. No Brasil, só existe um tipo, o educacional, conforme prevê o artigo 112 da legislação estatutária e o artigo 15 da lei, que instituiu o Sinase, ainda que diferentes unidades possam executar a medida de internação ou de semiliberdade.

Passemos à análise de algumas dessas instituições: o CEF, o EPM e um Quartier Mineurs franceses, e, do lado brasileiro, os centros de internação do Degase e as casas de internação da Fase. Essas instituições foram analisadas não apenas do ponto de vista normativo e organizacional, mas também foram realizadas pesquisas de campo em que as pesquisadoras participaram do dia a dia das atividades institucionais.

---

24. O objetivo dos Centros Educacionais Reforçados é cuidar, com base na Ordonnance du 2 février de 1945, de jovens infratores reincidentes e que se encontram em grande dificuldade ou à beira da marginalização, geralmente com histórico institucional. Eles são caracterizados por programas intensivos de atividades durante sessões de três a seis meses, dependendo dos projetos e de uma estrutura educacional permanente. Eles visam a criar uma ruptura nas condições de vida do adolescente e preparar as condições para sua reintegração social. A esse respeito ver: [www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dpjj77.htm#dpjj771].

25. Os centros de colocação imediata destinam-se a receber adolescentes que praticaram atos infracionais que estejam em perigo, nos termos do art. 375 e seguintes do Código Civil francês. Eles se encarregam de todas as colocações de emergência necessárias à efetivação de direitos do adolescente. Ver, a esse respeito: [www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000032207495&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160316 e http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dpjj77.htm#dpjj771].

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

5.1. *Centres Éducatifs Fermés (CEF)*

Os CEFs foram criados em 2002 a partir de uma alteração da Ordonnance de 45, e se definem como centros de internação educacionais, de caráter protetivo, cujo objetivo é auxiliar o adolescente a construir projetos de vida alternativos ao cometimento de crimes. Para tanto, apesar de ser uma medida restritiva de liberdade, o CEF oferece um programa intensivo de atividades educativas, esportivas, culturais etc., muitas delas fora da unidade.

Uma das principais especificidades de um CEF é a inexistência de profissionais de segurança. Por conta disso, a supervisão de todas as atividades é realizada pelos próprios educadores PJJ, o que acarreta dificuldades específicas para o exercício da função.

> "[São dificuldades] práticas inicialmente, quando se deve ter uma postura de autoridade, constantemente colocada à prova em um contexto no qual a limitação formal das possibilidades de saídas multiplica as escaladas de tensões internas. Simbolicamente também, quando confrontados com a necessidade de manter a ordem entre muros, os educadores entreveem o risco de se tornarem 'seguranças', que é uma figura repulsiva na história – e na memória – desse grupo ocupacional." (SALLÉE, 2016, p. 142 – tradução livre)

A lotação máxima dos CEFs é de 12 adolescentes, que dormem em alojamentos individuais e são separados por faixa etária e tipo de ato cometido. Em cada quarto constam, além da cama, uma mesa no qual o adolescente pode se dedicar aos trabalhos escolares e ao estudo individual. Esse espaço é, por vezes, classificado como muito solitário pelos adolescentes internados, mas é visto por muitos profissionais como importante para estimulá-los a refletir sobre sua própria vida. Há também espaços de convívio comunitário. No caso do CEF visitado, havia um campo com grama na qual os adolescentes poderiam praticar esportes, conversar com os demais adolescentes ou seus educadores, além de um salão de jogos com opções como jogos de tabuleiro ou pebolim.

Com relação aos profissionais, cada CEF conta com aproximadamente 20 educadores PJJ, além dos professores da Educação Nacional que são responsáveis pela educação formal, e dos profissionais que realizam oficinas esportivas ou culturais. O adolescente permanece por um período de seis meses, renovável por até uma vez. Após esse período, caso o adolescente reincida no cometimento do delito, ele pode ser direcionado a um EPM, e por isso o CEF é considerado como "a última chance" oferecida ao adolescente antes do encarceramento propriamente dito. Assim, apesar dos adolescentes serem recorrentemente autorizados a saírem da unidade para fazerem atividades externas, seja com os familiares ou

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

com os próprios educadores, há um aspecto intimidatório na dinâmica organizacional do CEF. Os educadores ressaltam constantemente que a dimensão "fechada" do CEF é simbólica, mas, na prática, as saídas autorizadas são manejadas como moeda de troca e o risco de ser encarcerado devido a um comportamento considerado inadequado (como desrespeito aos profissionais ou uso de xingamentos) é real.

É possível verificar que o duplo objetivo sancionatório-educativo se apresenta em um CEF com uma abordagem muito próxima da esfera educativa, mas constantemente organizada a partir da ameaça possibilitada pela existência da EPM e mesmo de um QM. Assim, se por um lado prioriza-se a dimensão educativa, por outro o foco na manutenção da disciplina a partir da ameaça se revela como uma prática relacionada à ordem e ao controle dos adolescentes.

5.2. Établissements Pénitentiaires pour Mineurs (EPM)

Já nos EPMs, o duplo objetivo sancionatório-educativo é realizado em uma arquitetura propriamente prisional por uma dupla de profissionais nomeada como "binômio", formada por um educador com formação específica e um agente de segurança do Departamento Penitenciário Nacional e, portanto, cada profissional é responsável por uma esfera da sanção. Os EPMs foram criados pela Lei Perben I, editada em 2002. Tal criação faz parte de um conjunto de medidas que, juntamente com a Lei Perben II e a chamada Lei de Prevenção à Delinquência, endureceram o sistema de Justiça juvenil francês.

Tais estabelecimentos são dedicados exclusivamente aos menores de idade, e afirmava-se que esses locais se tornariam "sala[s] de aula cercada[s] por paredes"[26], nas quais a ideia era "abarrotar" os adolescentes com muitas atividades. Os profissionais que ali atuam são oriundos de quatro pastas diferentes, sendo ligados à Administração Penitenciária, Proteção Judiciária da Juventude, Educação Nacional e Saúde.

Cada EPM pode acolher 70 adolescentes entre 13 e 17 anos, que são divididos em sete prédios chamados "unidades de vida" com dez indivíduos, sendo

26. Essa frase foi dita pelo então ministro da Justiça francês Pascal Clément, quando da inauguração do primeiro desses estabelecimentos. A esse respeito, ver: [https://medly-france.com/2017/02/19/lincarceration-des-mineurs-pour-qui-comment-quels-resultats/]. Acesso em: 27 mai. 2017. Muitas críticas ao que foi dito e ao que estava sendo feito baseavam-se na ideia de banalização do cárcere (cf. visto na nota disponibilizada pela *Association Française des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille*, disponível em: [https://www.afmjf.fr/Critique-des-EPM-par-la-Ligue-des.html]).

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

que tal acolhimento ocorre dentro da filosofia de "educar e vigiar". O princípio-fim dessa nova organização – uma orientação educacional em uma detenção propriamente prisional – se fundou no desejo de ocupar o tempo de detenção de adolescentes com o desenvolvimento de muitas atividades, que lhes permitiriam quebrar suas práticas de delinquência anteriores. A importância dada à vida coletiva, à educação escolar e às atividades esportivas e culturais baseou-se na capacidade desses diferentes atores (Administração Penitenciária, Proteção Judiciária da Juventude, Educação Nacional e Saúde) de trabalhar, senão em cooperação, pelo menos em estreita ligação para desenvolver a educação vigiada e evitar a reincidência (BAILLEAU, 2012, p. 85).

Para exemplificar, o estabelecimento visitado compreende sete unidades de acolhimento, que são compostas por: cinco unidades de adolescentes, cada uma com dez células individuais; uma unidade com quatro células para aquele acolhimento considerado "reforçado", na qual ficam adolescentes que devem estar expostos a um cuidado especial (por exemplo, adolescentes envolvidos em brigas em outras alas); e uma unidade para os novatos com seis células, sendo uma para pessoas com algum tipo de redução de mobilidade. Cada célula em cada uma das sete unidades possui uma cama, uma escrivaninha e um banheiro equipado com ducha para banho.

Essas sete unidades estão ao redor de um pátio, que é o espaço exterior do estabelecimento. Além disso, existe um prédio separado chamado de unidade disciplinar, uma quadra de futebol e um centro esportivo para fazer ginástica e musculação, que conta com um vestiário. Ademais, esse estabelecimento possui um polo socioeducativo, com salas de multimídia, de aula e multiculturais, salas de professores, ateliês para trabalhos manuais, salão de beleza e um parlatório com um vasto espaço para os visitantes. O estabelecimento, por contar com pessoas ligadas à área da saúde, conta com um espaço chamado de 'Unidade de Consultas e Cuidados Ambulatoriais", que contém vários consultórios, uma farmácia, uma sala para internação não grave e salas para os médicos e enfermeiros que não podem ser acessadas pelos adolescentes. Por fim, existe também todo o prédio administrativo, que acolhe os profissionais da Administração Penitenciária e da Proteção Judiciária da Juventude.

Como o próprio nome da instituição indica, o EPM é uma instituição penitenciária e, por isso, o trabalho dos profissionais ligados à Proteção Judiciária da Juventude é limitado, sobretudo porque é a própria Administração Penitenciária a responsável por dividir e organizar as tarefas que serão feitas ali dentro. Isso demonstra, conforme explica Bailleau (2012), que existem dificuldades inerentes entre esse cruzado de vigiar educando e educar vigiando.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

5.3. *Quartier Mineur (QM)*

Ainda na França, é importante atentar aos Quartiers Mineurs (QM), que nada mais são que espaços dentro de um Complexo Penitenciário para adultos chamados de *quartier* (bairro), reservados à menores de idade que cumprem as sanções e, como nos EPMs, o objetivo da punição dirigida aos adolescentes é realizado por um educador com formação específica e por um agente do Departamento Penitenciário Nacional.

O complexo penitenciário pesquisado abriga cerca de 3 mil pessoas, com três blocos construídos de forma hexagonal, sendo um para homens adultos, um para mulheres e adolescentes, e outro que mistura homens adultos com perfil menos agravados[27] e adolescentes. Todas as células do complexo foram arquitetadas para serem individuais e conterem um banheiro individual, contudo, em razão da ausência de vagas por causa do superencarceramento crescente desde meados dos anos 2000, muitas vezes as células são divididas entre prisioneiros.

Em cada *quartier* há de 70 a 100 adolescentes em privação de liberdade, e estes seguem regras menos rígidas que aquelas reservadas aos/às adultos/as. O máximo de adolescentes recebidos até 2016 era um total de 93. Os responsáveis pela gestão daquele local são ligados ao Ministério da Justiça, notadamente o Departamento de Administração Penitenciária e a Proteção Judiciária da Juventude.

É aqui que podemos entender, de forma mais clara, esse duplo movimento de sanção-educação, pois são dois departamentos trabalhando juntos para "administrar" e "gerir" esse número de adolescentes e, de acordo com o Diretor da PJJ na época, era muito importante que o pessoal da PJJ tivesse uma boa relação com os profissionais da Administração Penitenciária. Contudo, argumentava também, que era necessária, ao mesmo tempo, uma certa distância, inclusive em relação à confiança que deve ser estabelecida entre os educadores e os adolescentes (CHIES-SANTOS, 2015).

Além disso, uma das diferenças que pudemos notar no "acolhimento" dos adolescentes no Quartier Mineur – em comparação aos centros de internação brasileiros – é o fato de que todos eles recebem um tipo de apostila, em que constam informações a respeito do que é o local, quem são os funcionários e quais são as atividades permitidas e quais comportamentos não serão tolerados etc.

5.4. *Departamento Geral de Ações Socioeducativas (Degase-RJ)*

No Degase, duas unidades foram visitadas: uma feminina (a única do estado) e uma masculina (considerada pelos profissionais como unidade modelo, o que

27. O termo é utilizado nos próprios documentos que contam a história de tal QM.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

explica o nome informal recebido: "Mansão"). Na pesquisa realizada no contexto carioca, não foi possível ter livre trânsito no espaço do centro de internação, mas as entrevistas com os agentes socioeducativos sugerem a total inadequação das unidades ao artigo 123 do ECA, que determina a separação de adolescentes por critérios de idade, compleição física e gravidade da infração. Um dos principais entraves para tal separação é que na época da pesquisa, todas as unidades do Degase estavam muito acima da capacidade, e por isso alguns defensores de direitos humanos afirmavam que o termo "superlotação" não era mais adequado, usando sempre um novo termo, "hiperlotação". Tal contexto chamou a atenção de diversas organizações. Um relatório do Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura (MEPCT/RJ, 2017, p. 28) afirmava que o sistema socioeducativo fluminense estava 43,49% acima de sua capacidade de lotação. Além disso, em um levantamento mais atualizado que considerava apenas as unidades privativas de liberdade, verificava-se a existência de 1.808 adolescentes internados em um sistema com capacidade total apenas para 1.080 adolescentes, indicando que as unidades estavam operando 67% acima da lotação máxima[28].

Tal situação foi incrementada pelo contexto dos megaeventos realizados na cidade, notadamente as Olimpíadas que ocorreriam em 2016. Uma das ações governamentais mais notórias nessa época foi a "Operação Verão". Além de criar um cinturão de segurança ao redor das orlas praianas, incluiu forte abordagem repressiva de transportes coletivos que tivessem origem em bairros mais pobres e estivessem se direcionado para as praias. Com o aumento da revista nos transportes públicos, muitas vezes de maneira arbitrária[29], o número de adolescentes apreendidos aumentou exorbitantemente, o que afetou a lotação do Degase.

Esse cenário piorou as condições já lastimáveis dos alojamentos, que são todos coletivos, e há constante relatos de adolescentes obrigados a dormirem no chão por falta de espaço. Além disso, não há garantia de qualquer atividade para todos os adolescentes internados, já que a superlotação impede o oferecimento de atividades, como educação formal, cursos profissionalizantes, oficinas etc. Foi comum ouvir relatos de servidores que afirmavam que grande parte

28. Leia sobre na matéria: "Unidades destinadas a menores infratores operam 67% acima da capacidade máxima no Estado do Rio". Disponível em: [https://extra.globo.com/noticias/rio/unidades-destinadas-menores-infratores-operam-67-acima-da-capacidade-maxima-no-estado-do-rio-23596199.html].

29. Leia sobre na matéria: "A política que barra negros e pobres e ameaça a democracia da areia no Rio": [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/27/internacional/1440710239_607074.html].

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

dos e das adolescentes não frequentava a escola ou qualquer outra atividade ou lazer por falta de vagas, o que costuma acarretar reclamações de tédio por parte dos adolescentes. Isso ocorre tanto por falta de espaço adequado quanto pelo fato de toda a rotina organizacional de um centro de internação ser planejada a partir de procedimentos de segurança (VINUTO, 2019). Importante ressaltar que apesar das taxas de superlotação estarem diminuindo após a era dos megaeventos, o problema ainda se mantém e, por isso, pensar em quartos individuais, como ocorre nas instituições francesas, costuma ser considerado como algo desarrazoado.

Somado a isso, os centros de internação cariocas masculinos se organizam a partir da vinculação – existente ou suposta – dos adolescentes às diferentes facções de tráfico de drogas. Quando chega à instituição, o adolescente é submetido a uma série de perguntas, sendo uma delas se ele pertence a alguma facção. Nesse momento, os adolescentes podem declarar que pertencem a uma facção específica, ou são induzidos "a escolherem uma facção e acabam optando por aquela que domina o tráfico de drogas perto de onde moram" (NERI, 2009, p. 60). Dessa forma, independente do pertencimento real do adolescente a uma facção, é a partir dessa informação que se decide para qual alojamento ele será direcionado, bem como as atividades que poderá participar. Tal organização almeja minimizar o ambiente de intimidação existente entre adolescentes de diferentes facções, na qual qualquer provocação é vista como potencialmente perigosa tanto para a proteção individual do adolescente quanto para a manutenção da segurança da unidade. Como afirma Aline Garcia (2019): "Encarcerando jovens ligados ao tráfico, que trazem para a unidade as regras das facções como forma de disputar o poder pelo ordenamento do convívio na unidade, a orientação dada aos agentes é 'a segurança em primeiro lugar'", afirmativa frequente no Degase (2009, p. 89).

Tal contexto sugere a incapacidade do Degase em oferecer uma sanção dita socioeducativa. Apesar dos discursos e documentos oficiais que ressaltam a centralidade da socioeducação, a rotina organizacional das unidades, atravessada pela superlotação que acarreta forte precariedade (MEPCT, 2017), não proporciona condições para que os propósitos educativos sejam atingidos. Dessa forma, é tido como razoável e esperado que atividades educativas sejam atrasadas, reagendadas ou canceladas quando se alega problemas de segurança. Além disso, os agentes socioeducativos – que são os profissionais que mais interagem cotidianamente com o adolescente internado – são cobrados exclusivamente pelos procedimentos de segurança, não havendo espaço para que aqueles que se interessem, planejem atividades socioeducativas (VINUTO, 2019).

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

5.5. *Fundação de Atendimento Socioeducativo (Fase-RS)*

No Rio Grande do Sul, duas casas da Fase-RS foram visitadas: a primeira delas compreende um espaço em que é possível privar de liberdade um total de cento e vinte adolescentes acusados de crimes mais graves e que apresentam, de acordo com o discurso oficial da instituição, um perfil mais comprometido com a criminalidade. É a unidade com o maior controle de segurança de todas as instituições do estado, principalmente em razão de conter, em seu bojo, adolescentes "especialmente perigosos" – conforme mencionado pelos trabalhadores da casa.

Ele é dividido em cinco unidades independentes, divididas em alas. Cada subunidade tem uma característica peculiar, recebendo e segregando adolescentes de acordo com sua cidade, idade e tipo de delito. Cada ala é disposta de forma que os adolescentes não tenham contato entre si. Uma dessas alas atende jovens adultos (18 a 21 anos) que ainda estejam em cumprimento de medida. Outra das alas é direcionada a adolescentes que não tenham passado anteriormente pela Fase, ou seja, aqueles primários; duas outras são voltadas para adolescentes chamados reincidentes, isto é, que já foram condenados em um ou outros procedimentos de apuração de ato infracional, e a última é destinada àqueles adolescentes que têm a possibilidade de realizar alguma atividade externa[30].

Uma questão que foi importante para entender a estrutura do centro foi o fato de que cada adolescente contava com um quarto individual, como no Quartier Mineur e no EPM, contudo, esses espaços não contavam com banheiro, tampouco com pia, motivo pelo qual o adolescente, quando em necessidade, precisava pedir ao agente socioeducativo de plantão o direcionamento ao banheiro (para toda e qualquer necessidade)[31].

30. A respeito disso, é importante mencionar que diferentemente do que ocorre em outros lugares do País, a Justiça gaúcha divide a internação em dois tipos: Internação com Possibilidade de Atividade Externa (Icpae) e Internação sem Possibilidade de Atividade Externa (Ispae). Isso acontece porque os magistrados compreendem que toda a internação deve ser composta por atividades que podem ser realizadas de forma externa ao ambiente de internação, como estágios em empresas. E somente em casos de exceção é que o adolescente deve ser totalmente privado de liberdade. O ECA, é claro, quando explica a medida de internação, conforme se depreende do § 1º do art. 121, *in verbis*: "será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário". Tal divisão não ocorre no Degase, que é responsável pelas medidas de semiliberdade e internação.

31. Além disso, naquele momento, a casa não estava com problemas de superlotação, mas nos foi explicado que muitas vezes eles "duplicam" o quarto, ou seja, colocam dois adolescentes no mesmo local.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A segunda casa que foi visitada recebe adolescentes condenados pela Justiça juvenil na região da cidade de Porto Alegre e também é dividido em alas, nesse caso, em quatro, e, diferente da outra casa que visitamos, esta contava com um total de 140 adolescentes, o que demonstrava uma superlotação e, portanto, impossibilidade de tratamento individualizado aos adolescentes e ausência de estrutura para aplicação da legislação. Soma-se à ausência de estrutura física o fato de que as atividades propostas à época eram escassas, o que fazia com que muitos adolescentes ficassem ociosos durante grande parte do dia.

Além disso, uma questão que chamou a atenção foi o fato de que quando há falta de agentes socioeducativos para realizar o controle institucional, as atividades são suspensas – assim como notado no Rio de Janeiro. Ou seja, se há uma baixa no número dos agentes que estavam escalados para trabalharem um dia e, por algum motivo, o quadro não é preenchido, não é realizado o atendimento e as atividades são suspensas, inclusive a escola. Ou seja, há uma lógica de controle e segurança institucional muito forte presente naquele local.

Fica demonstrado, aparentemente, que apesar de existir certa estrutura para pensar na educação como forma de sanção aos adolescentes que cometem algum ato contrário à lei – com oferta de escola, oficinas e esportes –, existe também uma forma de punição bastante arraigada, inclusive pelo fato de que se a "segurança" exercida pelos agentes socioeducativos em determinado dia não for o suficiente, todo o foco educativo é suspenso.

6. Aproximações e distanciamentos entre os serviços prestados por diferentes instituições: a centralidade do controle

Conforme foi possível perceber, diferentemente dos procedimentos direcionados a maiores de idade, a sanção direcionada aos adolescentes, tanto no Brasil quanto na França, aponta para uma preocupação em comum: como educar sob coerção? (SALLÉ, 2016). Em ambos os contextos, há debates sobre como o Estado poderia punir de maneira educativa, o que é ilustrado pela própria história normativa dos países e das legislações internacionais ratificadas por ambos.

A partir das descrições acima apresentadas, vemos grandes diferenças históricas, políticas e institucionais entre os sistemas de justiça juvenil brasileiro e francês. Mas, apesar das singularidades, há também, semelhanças estruturais nas políticas de controle do crime, sobretudo no que se refere à Justiça juvenil – marcadas por um controle desenfreado de jovens que cometem atos atentatórios às leis. Assim, "analisar a realidade francesa de confinamento de adolescentes é analisar, de certa forma e também em certa medida, a realidade brasileira" (CHIES-SANTOS, 2018, p. 50).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Nesse sentido, observamos duas questões centrais que permitem compreender as semelhanças entre França e Brasil, apesar de todas as especificidades descritas até aqui. Primeiramente, vemos uma dimensão relacionada à seletividade penal, que gera ilegalismos (FOUCAULT, 2007) de modo a priorizar a repressão às populações tidas como fora da norma. E justamente por abrigar um tipo de população específica (adolescentes pobres, periféricos e negros no Brasil e habitantes de zonas periféricas e imigrantes na França), na qual a suspeição recai sobremaneira, os sistemas e instituições mencionados até aqui acabam por centralizar os elementos que revelam a priorização da ordem e controle.

As significativas diferenças, culturais e organizacionais, não são capazes de transformar os modos de tratamento direcionados a adolescentes considerados perigosos. Mesmo que a ênfase na dimensão educativa seja mais acentuada em algumas instituições, ela não suplanta a lógica securitária, que é vista como incontornável para lidar com esses adolescentes. Nesse sentido, o pressuposto que entende tais adolescentes como sujeitos em desenvolvimento não se mostra razoável na rotina das instituições por aplicar a sanção, e, por isso, é aplicado apenas de modo cerimonial (MEYER, ROWAN, 1977; VINUTO, 2019). E assim, com diferentes ênfases, centraliza-se procedimentos de segurança em prol do controle e a ordem em detrimento de atividades que visam à socioeducação do adolescente internado.

Esse debate nos encaminha para compreender a própria possibilidade de realizar educação em um contexto de privação de liberdade. Apesar das notórias diferenças nos formatos organizacionais, o diálogo entre duas pesquisas distintas aqui sugere a impossibilidade de tal objetivo, já que muito embora exista esforços no sentido de especializar uma justiça juvenil para que adolescentes não passem pelos mesmos procedimentos penais que os adultos, observamos que a lógica de controle, disciplina e segurança sempre se sobressai em relação à educação – principalmente quando privados de liberdade. Nesse sentido, os elementos descritos até aqui parecem confirmar o argumento colocado por alguns autores de que o trabalho de "punir educando" ou "educar punindo" está fadado ao fracasso, devido a problemas existentes do próprio modelo de sanção (SALLÉ, 2016). Isso fica claro a partir das casas de internação que apresentamos: as brasileiras (a gaúcha Fase e a carioca Degase) e as francesas (EMP, CEF e QM).

Vale ressaltar, também, que apesar das especificidades de cada uma dessas organizações, a oferta de serviços pelo Estado para a execução de medidas/penas para adolescentes está longe daquilo previsto nas normativas internacionais ratificadas pelos dois países. Como discutimos até o momento, em cada contexto se

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

pressupõem expectativas com relação aos adolescentes aos quais direcionam-se a sanção estatal que tornam razoáveis a ênfase no aspecto sancionatório, apesar das diferentes configurações em cada caso. Por isso, nos parece ser necessário ressignificar o processo de sanção dado aos jovens, no sentido de que o modelo de responsabilização adotado pelo Brasil e pela França enxerga que é necessário utilizar-se da educação, contudo recorre de forma intensa à coerção, o que se vê, por exemplo, a partir da utilização, de forma bastante controversa, da privação de liberdade (SALLÉE, 2016, p. 18).

7. Considerações finais

Este trabalho apresentou algumas discussões referentes às possibilidades de realização de uma sanção de caráter educativo frente aos adolescentes a quem se atribui a prática de atos contrários às leis penais. A partir de um diálogo entre duas pesquisas diversas e de um olhar comparativo entre diferentes instituições brasileiras e francesas, realizou-se um debate sobre como o duplo objetivo sancionatório-educativo é implementado concretamente.

A discussão proposta neste artigo faz emergir algumas questões relevantes sobre as especificidades da sanção destinada aos/às adolescentes a quem se atribui a prática de um ato infracional (no Brasil) e de crimes e contravenções penais (na França). Ao olhar para as trajetórias das legislações de proteção a adolescentes, assim como para as diferentes configurações apresentadas pelas instituições privativas de liberdade em cada contexto, verificou-se algumas semelhanças e distanciamentos.

Isso significa que, muito embora os dois países tenham legislações específicas para responsabilizar – de forma dita efetiva e em respeito aos direitos humanos – adolescentes que estão em uma situação de conflito com a lei e, mais, tenham ratificado diversos tratados internacionais que tratam especificamente sobre essa parcela da população, a prática mostra que o dia a dia das instituições continua reproduzindo, cada uma a sua maneira, as velhas culturas que há muito deveriam ter sido erradicadas.

O que importa destacar, por fim, apesar das particularidades organizacionais existentes, as cinco instituições descritas não atuam como ilhas, mas em contextos sociais em que discursos punitivistas ganham cada vez mais força. Nesse sentido, a porosidade entre instituição e sociedade fortalece um cotidiano organizacional orientado pela segurança, reduzindo as possibilidades efetivamente educativas, e pela lógica de controle sobre grupos populacionais específicos.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Referências

ABREO, Leandro. *Entre capturas e resistências*: Situações de saúde e adoecimento no trabalho de agentes socioeducativos. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação do Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

ALVAREZ, Marcos César. *A emergência do Código de Menores de 1927*: uma análise do discurso jurídico e institucional da assistência e proteção aos menores. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1990.

ASSOCIATION FRANÇAISE DES MAGISTRATS DE LA JEUNESSE ET DE LA FAMILLE. *Critique des EPM par la Ligue des Droits de l'Homme*. Disponível em: [https://www.afmjf.fr/Critique-des-EPM-par-la-Ligue-des.html]. Acesso em: 27.05.2019.

BAILLEAU, Francis. La justice pénale des mineurs en France. Ou l'emergence d'un nouveau modèle de gestion des illégalismes. *Déviance et société*, v. XXVI, n. 3, 2002, p. 403-421.

BAILLEAU, Francis. Les établissements privatifs de liberté pour mineurs : entre logiques institutionnelles et pratiques professionnelles. Une comparaison entre Établissements Pénitentiaires pour Mineurs (EPM), Quartiers Mineurs en maison d'arrêt (QM) et Centres Éducatifs Fermés (CEF). *Questions pénales*, CESDIP, 2012, v. XXV, n. 1, p.1-4.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)*. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

BRASIL. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo* (Sinase). Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012.

CIFALI, Ana Claudia. *As disputas pela definição da Justiça Juvenil no Brasil*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019.

CIFALI, Ana Claudia; CHIES-SANTOS, Mariana. Sistema de Justiça Juvenil em perspectiva comparada: discussões teóricas para o desenvolvimento de uma doutrina especializada. *RBCCRIM*, n. 158, 2019.

CHIES-SANTOS, Mariana. *Resistentes, Conformados e Oscilantes*: Um estudo acerca das resistências produzidas pelos adolescentes privados de liberdade no Brasil e na França. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2018.

CHIES-SANTOS, Mariana; CORNELIUS, Eduardo G. Remissão. *Medida Socioeducativa*: entre A a Z. Porto Alegre: Editora UFRGS, 2014.

CHIES-SANTOS, Mariana. Violento é o Estado. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, n. 271, jun./2015.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Brasil: Adolescentes en conflicto con la ley. 22 mar. 2017. (esp. col.)(1h01m32s). Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=5U6_O9OcaFY]. Acesso em 22.01.2011.

FALCÃO, Bernardo; MARINATTO, Luã. Unidades destinadas a menores infratores operam 67% acima da capacidade máxima no Estado do Rio. *Extra, Globo.com*, 01.05.2019. Disponível em: [https://extra.globo.com/noticias/rio/unidades-destinadas-menores-infratores-operam-67-acima-da-capacidade-maxima-no-estado-do-rio-23596199.html]. Acesso em: 06.07.2019.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2007.

GARCIA, Aline M. *Cartografias da medida socioeducativa de internação*: entradas pelo dispositivo da sexualidade. Tese (Doutorado em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

GUTIERREZ, Eduardo Cornelius. *O pior dos dois mundos?* A construção legítima da punição de adolescentes no Superior Tribunal de Justiça. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e estatística. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua* (Pnad Contínua). Brasília, 2006.

LIMA, Roberto K. Entre as leis e as normas: Éticas corporativas e práticas profissionais na segurança pública e na justiça criminal. *Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 6, p. 549-580, 2013.

MARINHO, Frederico C.; VARGAS, Joana. Permanências e resistências: Legislação, gestão e tratamento da delinquência juvenil no Brasil e na França. *Dilemas*: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social – Edição Especial n. 1, p. 267-298, 2015.

MARTÍN, María. A política que barra negros e pobres e ameaça a democracia da areia no Rio". *El País*, 31.08.2015. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2015/08/27/internacional/1440710239_607074.html]. Acesso em: 30.05.2019.

MECANISMO ESTADUAL DE PREVENÇÃO E COMBATE À TORTURA DO RIO DE JANEIRO. *Presídios com nome de escola*: inspeções e análises sobre o sistema socioeducativo do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: MEPCT/RJ, 2017.

MEYER, John W.; ROWAN, Brian. Institutionalized organizations: Formal structure as myth and ceremony. *American Journal of Sociology*, v. 83, n. 2, p. 340-363, 1977.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. *Circulaire de la direction de la protection judiciaire de la jeunesse*. Disponível em: [http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dpjj77.htm#dpjj771]. Acesso em: 22.01.2020.

MUCCHIELLI, Laurent. The Evolution in Delinquency Among Minors. *Agora débats/jeunesses*, n. 3, p. 87-101, 2010.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

NERI, Natasha E. *Tirando a cadeia dimenor*: a experiência da internação e as narrativas de jovens em conflito com a lei no Rio de Janeiro. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude* (Regras de Beijing), 29 nov. 1985. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/2166fd6e650e326d77608a013a6081f6.pdf]. Acesso em: 27.05.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional dos Direitos da Criança*, 20 nov. 1989.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil* (Princípios Orientadores de Riade), 14 dez. 1990.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados de Liberdade*, 14 dez. 1990. Disponível em: [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegNacUniProtMenPrivLib.html#:~:text=As%20Regras%20t%C3%AAm%20como%20objetivo,e%20promover%20a%20integra%C3%A7%C3%A3o%20na]. Acesso em: 27.08.2020.

PAES, Vivian. *Crimes, procedimentos e números*: estudo sociológico sobre a gestão dos crimes na França e no Brasil. Rio de Janeiro: Garamond, 2013.

PAULA, Liana de. *A família e as medidas socioeducativas*: a inserção da família na socioeducação dos adolescentes autores de ato infracional. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Légifrance* – Code civil. Disponível em: [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000032207495&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20160316]. Acesso em: 22.01.2020.

RIZZINI, Irene; RIZZINI, Irma. "Menores" institucionalizados e meninos de rua: os grandes temas de pesquisas na década de 80. In: FAUSTO, Ayrton; CERVINI, Rubem (Orgs.). *O trabalho e a rua: crianças e adolescentes no Brasil urbano dos anos 80*. São Paulo: Cortez, UNICEF, FLACSO-BRASIL, 1996. p. 69-90.

SALLÉE, Nicolas. Éduquer *sous contrainte:* une sociologie de la justice des mineurs. Paris: EHESS, 2016.

SCHUCH, Patrice. *Práticas de Justiça*: Uma Etnografia do "Campo de Atenção ao Adolescente Infrator" no Rio Grande do Sul depois do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2005.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

SERENO, Graziela. *Agente socioeducativo*: Possibilidades e impossibilidades de atuação e formação no território socioeducativo. Dissertação (Mestrado), Programa de Pós-Graduação do Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015 .

SILVA, Enid R. A.; OLIVEIRA, Raissa M. *O adolescente em conflito com a lei e o debate sobre a redução da maioridade penal:* esclarecimentos necessários. Nota Técnica IPEA, Brasília, junho de 2015.

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Disponível em: [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf]. Acesso em: 29.01.2020.

VINUTO, Juliana; DUPREZ, Dominique. O duplo objetivo sancionatório-educativo no Brasil e na França: as diferentes configurações organizacionais direcionadas ao adolescente em conflito com a lei. *Revista Dilemas,* Edição Especial n. 3 "Passagens de Fronteiras e Cidades Seguras", 2019, p. 115-135.

VINUTO, Juliana. *"O outro lado da moeda"*: o trabalho de agentes socioeducativos do estado do Rio de Janeiro. Tese (Doutorado) – Instituto de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

Pesquisa do Editorial

Veja também Doutrina

- A medida socioeducativa como especificidade: uma desvinculação do Direito Penal, de Bruna Mello de Miranda – *RDIJ* 2/203 (DTR\2013\12544).

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Índice Alfabético-remissivo

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

AUTORES

A

ALVES, Marcelo Mayora
– As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal, p. 467

B

BORGES, Clara Maria Roman
– Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil, p. 279

C

CABRAL, Gustavo César Machado
– Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial, p. 169

CASTRO, Felipe Araújo
– "Maconha em pito faz negro sem vergonha": o discurso médico profissional e a criminalização da maconha no Brasil no início do Século XX, p. 317

F

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda
– Grupos reflexivos para autores de violência doméstica contra a mulher: uma proposta para além do punitivismo penal, p. 247

G

GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira
– As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal, p. 467

K

KRIMBERG, Júlia Schneider
– Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, p. 201

L

LYRA, José Francisco Dias da Costa
– A reificação como patologia social da sociedade moderna e o atuarismo criminológico: uma análise crítica a partir da criminologia do reconhecimento, p. 393

LUNELLI, Isabella Cristina
– Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro, p. 351

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

N

NUNES, Péricles Sthehmann
– A reificação como patologia social da sociedade moderna e o atuarismo criminológico: uma análise crítica a partir da criminologia do reconhecimento, p. 393

O

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de
– Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial, p. 169

P

PEDRÓN, César Chaves
– Algunas consideraciones sobre la mediación penal en España, p. 19

PEREIRA, Ana Flávia Azevedo
– Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado, p. 125

R

RAMOS, Marcelo Buttelli
– Para além de qual criminologia? Limitações e possíveis contribuições relacionadas à Abordagem dos Danos Sociais, p. 433

RAZERA, Bruna Amanda Ascher
– Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil, p. 279

S

SANTOS, Mariana Chies Santiago
– Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, p. 487

SANTOS, Daniel Leonhardt dos
– Novos espaços de proteção do Direito Penal no mundo tecnológico: a definição e caracterização dos crimes de informática, p. 61

SARDEIRO, Giovanna Praça
– Grupos reflexivos para autores de violência doméstica contra a mulher: uma proposta para além do punitivismo penal, p. 247

SCHMIDT, Sabrina
– Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, p. 201

SCRIBONI, Marília Silva
– Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado, p. 125

SILVA, Ana Maria Félix da
– "Maconha em pito faz negro sem vergonha": o discurso médico profissional e a criminalização da maconha no Brasil no início do Século XX, p. 317

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

SILVA, Frederico Augusto Barbosa da
– Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro, p. 351

STEIN, Lilian M.
– Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, p. 201

V

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes
– A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista, p. 103

VINUTO, Juliana
– Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, p. 487

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

TEMAS

B

Brasil – Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, p. 487

C

Centros de educação e reabilitação – Grupos reflexivos para autores de violência doméstica contra a mulher: uma proposta para além do punitivismo penal, p. 247

Colaboração premiada – Eficiência versus garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal Da 4ª região e a tática de aniquilamento do acusado, p. 125

Construção social da realidade – As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal, p. 467

Convenção de Budapeste – Novos espaços de proteção do Direito Penal no mundo tecnológico: a definição e caracterização dos crimes de informática, p. 61

Crimes de informática – Novos espaços de proteção do Direito Penal no mundo tecnológico: a definição e caracterização dos crimes de informática, p. 61

Crimes de poder – Para além de qual criminologia? Limitações e possíveis contribuições relacionadas à Abordagem dos Danos Sociais, p. 433

Criminalização da maconha – "Maconha em pito faz negro sem vergonha": o discurso médico profissional e a criminalização da maconha no Brasil no início do século XX, p. 317

Criminologia crítica – Para além de qual criminologia? Limitações e possíveis contribuições relacionadas à Abordagem dos Danos Sociais , p. 433

Criminologia do reconhecimento – A reificação como patologia social da sociedade moderna e o atuarismo criminológico: uma análise crítica a partir da criminologia do reconhecimento, p. 393

Culpabilidade – A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista, p. 103

D

Direito Penal – Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil, p. 279

– As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal, p. 467

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

– Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, p. 201

– Novos espaços de proteção do Direito Penal no mundo tecnológico: a definição e caracterização dos crimes de informática, p. 61

Discurso médico – "Maconha em pito faz negro sem vergonha": o discurso médico profissional e a criminalização da maconha no Brasil no início do século XX, p. 317

E

Educação – Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, p. 487

Eficiência – Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado, p. 125

Empreendedores morais – "Maconha em pito faz negro sem vergonha": o discurso médico profissional e a criminalização da maconha no Brasil no início do século XX, p. 317

Encarceramento – Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro, p. 351

Enfoque dos danos sociais – Para além de qual criminologia? Limitações e possíveis contribuições relacionadas à Abordagem dos Danos Sociais, p. 433

F

Feminino – As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal, p. 467

Fobia de Estado – Para além de qual criminologia? Limitações e possíveis contribuições relacionadas à Abordagem dos Danos Sociais, p. 433

França – Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, p. 487

G

Garantismo – Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado, p. 125

Grupos reflexivos – Grupos reflexivos para autores de violência doméstica contra a mulher: uma proposta para além do punitivismo penal, p. 247

I

Implementação legal – Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil, p. 279

Interculturalidade – Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro, p. 351

Intervenção penal – A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista, p. 103

Intransmissibilidade – A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista, p. 103

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

J

Justiça criminal negocial – Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial, p. 169

Justiça restaurativa – Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil, p. 279

Justicia restaurativa – Algunas consideraciones sobre la mediación penal en España, p. 169

L

Legitimidade – Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial, p. 169

Mediación – Algunas consideraciones sobre la mediación penal en España, p. 19

Memória – Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, p. 201

Moral sexual – As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal, p. 467

N

Novas tecnologias – Novos espaços de proteção do Direito Penal no mundo tecnológico: a definição e caracterização dos crimes de informática, p. 61

O

Operação Lava Jato – Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado, p. 125

P

Paradigma criminológico dominante – Para além de qual criminologia? Limitações e possíveis contribuições relacionadas à Abordagem dos Danos Sociais, p. 433

Patologias sociais – A reificação como patologia social da sociedade moderna e o atuarismo criminológico: uma análise crítica a partir da criminologia do reconhecimento, p. 393

Pena – A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista, p. 103

Pena de prisão – Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial, p. 169

Penalistas – As mulheres e os penalistas: representações sobre a moral e os papéis sexuais nos manuais de Direito Penal, p. 467

Perigosidade – A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista, p. 103

Pluriculturalidade – Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro, p. 351

Política criminal do atuarismo – A reificação como patologia social da sociedade

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

moderna e o atuarismo criminológico: uma análise crítica a partir da criminologia do reconhecimento, p. 393

Povos indígenas – Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro, p. 351

Prisão preventiva – Eficiência *versus* garantismo na Operação Lava Jato: Tribunal Regional Federal da 4ª Região e a tática de aniquilamento do acusado, p. 125

Processo penal – Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil, p. 279

Programas de mediación – Algunas consideraciones sobre la mediación penal en España, p. 19

Proporcionalidade – A culpabilidade enquanto princípio político-criminal humanista, p. 103

– Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial, p. 169

Psicologia do testemunho – Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, p. 201

Punição – Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, p. 487

R

Reconhecimento de pessoas – Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, p. 201

Reforma penal – Análise crítica da possibilidade de implementação normativa da justiça restaurativa no Brasil, p. 279

Regulación – Algunas consideraciones sobre la mediación penal en España, p. 19

Reificação – A reificação como patologia social da sociedade moderna e o atuarismo criminológico: uma análise crítica a partir da criminologia do reconhecimento, p. 393

Relatos testemunhais – Conhecimento dos magistrados sobre processos de memória nos relatos testemunhais e no reconhecimento de pessoas, p. 201

Reparación del daño – Algunas consideraciones sobre la mediación penal en España, p. 19

S

Sanção – Punir adolescentes na França e no Brasil: legislações, instituições e equilíbrio entre sanção e educação, p. 487

Sistema prisional brasileiro – Retratos do encarceramento indígena: uma análise sobre presos e presas indígenas no sistema prisional brasileiro, p. 351

T

Teorias da pena – Pena de prisão e proporcionalidade: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial, p. 169

V

Violência de gênero – Grupos reflexivos para autores de violência doméstica contra a mulher: uma proposta para além do punitivismo penal, p. 247

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

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.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.

j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.

k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.

l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.

m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada*: legitimidade e procedimento. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.

n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *itálico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.

o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:

– Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35)

USO EXCLUSIVO BOECRIM

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

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

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

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

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.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

- Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: "O quê" e/ou "Quem?", "Quando?", "Onde?", "Como?", e "Por quê?".

e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

7. Processo de avaliação e publicação

a) Controle preliminar formal *(desk review)*: Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:

1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
3. O trabalho apresenta linguagem adequada e cientifica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
4. O trabalho é inédito?
5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?

b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.

c) No curso da avalição por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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.

USO EXCLUSIVO DO RBCCRIM

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)*.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais

Diretrizes determinadas pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.

1. Composição do corpo de avaliadores

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os **artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação**.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: https://docs.google.com/forms/d/1q8yIS1jaoaNiYyEPjEhr_nJVOaMpnB3t7FLxGnH4dwo/viewform?edit_requested=true

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer,* sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador 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:

USO EXCLUSIVO IBCCRIM

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) possuir 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

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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 online.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

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.

USO EXCLUSIVO RBCCRIM

(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.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

IBCCRIM

USO EXCLUSIVO DO 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?

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2020

Dossiê "Direito Penal Comparado: Parte Geral" – RBCCRIM nº 177 (abr/2021)

Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume **177 (abr/2021)**, sobre o tema "**Direito Penal Comparado: Parte Geral**".

Editores(as)-Associados(as):

Prof. Dr. Carl-Friedrich Stuckenberg, LL.M. (Harvard),

(Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Bonn – Alemanha)

Link para currículo: https://www.jura.uni-bonn.de/lehrstuhl-prof-dr-stuckenberg/lehrstuhlinhaber/

Prof. Me. Guilherme Francisco Ceolin

(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS)

Link para currículo: http://lattes.cnpq.br/4899801073812309

- **Ementa.** Este número é dedicado ao Direito Penal comparado e, em particular, às questões relativas à parte geral. Todas as espécies de perspectivas comparativas são bem-vindas: comparações jurídicas podem ser realizadas com finalidades práticas, como, por exemplo, obter ou testar ideias de modo a resolver um problema legislativo, de forma que o direito estrangeiro sirva como uma espécie de laboratório normativo. O trabalho comparativo também pode servir a propósitos puramente teóricos, como, por exemplo, servir a uma melhor compreensão de uma determinada área do direito ou da própria legislação nacional, ao contrastá-la com as diferentes soluções previstas para os problemas comuns. Para ser produtiva, qualquer comparação pressupõe um certo grau de similaridade entre os ordenamentos jurídicos selecionados. As doutrinas da parte geral do Direito Penal são boas candidatas ao labor comparativo porque são baseadas sobretudo em variações da gramática

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

universal da filosofia prática. Os artigos podem abranger qualquer aspecto relacionado, por exemplo, à causalidade, ao dolo e ao erro, à negligência, à culpabilidade, às causas de justificação ou de exculpação, à participação, à omissão, à tentativa, ao concurso de crimes etc. Os temas da parte geral também podem ser ilustrados por dispositivos da parte especial e não há um limite para quais (e quantos) ordenamentos jurídicos serão examinados. Artigos sobre problemas metodológicos do direito comparado são igualmente bem-vindos se, de alguma forma, estiverem relacionados ao objeto de análise das doutrinas da parte geral do Direito Penal.

- **Período de avaliação**: até 30 de janeiro 2021.

Normas:

Os arquivos deverão ser enviados para revista@ibccrim.org.br, contendo, no título do *e-mail*, informação sobre o Dossiê ao qual é submetido. Além disso, os/as autores/as deverão cadastrar os dados pessoais no formulário: http://bit.ly/30JjvSo

O tema do Dossiê deverá ser especificado no corpo do *e-mail* e na folha de apresentação do artigo.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

Clique para acessar o edital nº 1 de chamada de artigos para dossiês da RBCCRIM em 2020: https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

A garantia da motivação e o artigo 935 do Código Civil: a inconstitucionalidade da vinculação do juízo cível às sentenças do Tribunal do Júri

Reasoned decisions and the article 935 of the Brazilian Civil Code: unconstitutionality of the binding effects from the jury's decisions to the civil justice

Daniel de Oliveira Pontes
Mestrando em Direito Processual na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

Áreas do Direito: Processual; Civil; Penal

Resumo: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

Palavras-chave: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

Abstract: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

Keywords: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

Sumário: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM
modelo

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.

USO EXCLUSIVO DO EBOOK CRIM

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM

Diagramação eletrônica:
Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80
Impressão e encadernação:
DEK Comércio e Serviços Ltda., CNPJ 01.036.332/0001-99

USO EXCLUSIVO DO IBCCRIM