Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 171 • setembro/2020

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS
Ano 28 • vol. 171 • setembro/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) – Cor-nelius 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 (Universidad de Salamanca – Espanha) – Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha) – Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile) – Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha) – João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal) – Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal) – José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha) – José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal) – Juan Felix Marteau (Uni-versidad 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 – Argenti-na) – 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 Martí-nez 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/RS) – Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal) – Olga Spinoza (Universidade do Chile – Chile) – Pilar Gomes Pavón (Universidade Com-plutense de Madrid – Espanha) – Raúl Cervini (Universidade da República do Uruguai – Uruguai) – Rene Ariel Dotti (UFPR – Curiti-ba/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).

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Alessandro Maciel Lopes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca/USAL – Salamanca/Espanha) – Anamaria Prates Barroso (Universidade Federal de Pernambuco – Recife/PE) – André Filipe Pereira Reid dos Santos (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES) – André Luiz Nicolitt (Centro Universitário Guanambi-BA e Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ) – Antonio Goya de Almeida Martins Costa (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Bruno Tadeu Buonicore (STF – Brasília/DF) – Bruno Rigon (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Douglas Sena Bello (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Car-los Hélder C. Furtado Mendes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Diogo Flora (OABRJ – Rio de Janeiro/RJ – Eduardo Augusto Paglione (Academia de Polícia Civil de São Paulo – São Paulo/SP) – Felipe da Costa De-Lorenzi (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal) – Francisco Monteiro Rocha Jr. (Universidade Positivo – Curitiba/PR) – Guilherme Siqueira Vieira (FATEC – Curitiba/PR) – Ísis Aparecida Conceição (Unilab – Fortale-za/CE) – Jamilla Monteiro Sarkis (UFMG – Belo Horizonte/MG) – Jardel Luís da Silva (PUCRS – Porto Alegre/RS) – João Daniel Rassi (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Jorge Coutinho Paschoal (Universidade Cruzeiro do Sul – São Paulo/SP) – Lucas Minorelli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Mar-cio Guedes Berti (Universidade Estadual do Oeste do Paraná – UNIOESTE – Cascavel/PR) – Marco Aurélio Florêncio Filho (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP) – Marco Aurelio Moura dos Santos Faculdades Metropolitana Unidas – FMU – São Paulo/SP) – Marcos Eugênio Melo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Nathalia Beduhn Schneider (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE) – Patrícia de Paula Queiroz Bonato (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Pedro Jorge Costa (UFPE – Recife/PE) – Rafael Fecury (UNAMA – Belém/PA) – Raphael Boldt (Faculdade de Direito de Vitória – FDV – Vitória/ES) – Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Rodrigo Faucz (Universidade Tuiuti – Curiti-ba/PR) – Vanessa Oliveira Batista Berner (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ) – Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa – Portugal).

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal) – André Nicolitt (Universidade Federal Fluminen-se – UFF – Rio de Janeiro/RJ) – Antonio Jaeger (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Carlos Hélder C. Furtado Mendes (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Diogo Malan (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG – Belo Horizonte/ MG) – Flávio Mirza (UERJ – Rio de Janeiro/RJ) – Francisco de Assis de França Júnior (Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal) – José Francisco Dias da Costa Lyra (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo/RS) – Lara Teles Fernandes (Universidade Federal do Ceará – UFC – Fortaleza/CE) – Marcus Vinícius Pimenta (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais -PUCMG – Belo Horizonte/ MG) – Nathália Nogueira Espíndola de Sena (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Pierpaolo Cruz Bottini (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Ricardo Panizza de Andrade (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP) – Ricardo Sontag (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG) – Rodrigo Faucz Pereira e Silva (Universidade Tuiuti – Curitiba/PR) – Sérgio Bruno Araújo Rebouças (Universidade Federal do Ceará – UFC – Fortaleza/CE) – Sthéfano Bruno Santos Divino (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais -PUCMG – Belo Horizonte/ MG) – Vanessa Cerezer de Medeiros (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS) – Vitor Paczek Machado (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. 171 • setembro/2020

Coordenação (editor-chefe)
Leandro Ayres França

Publicação oficial do
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IBCCRIM

THOMSON REUTERS
REVISTA DOS TRIBUNAIS™

ISSN 1415-5400

Revista Brasileira de CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 171 • setembro/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: [09-2020]
Profissional
Fechamento desta edição: [16.07.2020]

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

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

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

Revista Brasileira de
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 171 • setembro/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, Thaís 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

Equipe de Conteúdo Digital
Coordenação
Marcello Antonio Mastrorosa Pedro

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

Gerente de Operações e Produção Gráfica
Mauricio Alves Monte

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

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Sumário

Direito Penal

Criminalidade económica empresarial – *governance* e *compliance* como (novos) meios de socialização

Corporate economic crime – governance and compliance as (new) means of socialization

Anabela Miranda Rodrigues 19

A tradução brasileira do "Tratado de Direito Penal Allemão", de Franz Von Liszt (1899): história de uma tradução cultural entre Brasil e Alemanha

The Brazilian Translation of Franz Von Liszt's "Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts" (1899): a History of Cultural Translation Between Brazil and Germany

Ricardo Sontag e Nathália Nogueira Espíndola de Sena 53

Do *mediating principle* da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador

From the mediating principle of proportionality to the determination of punishment proportional to the gravity of the fact: foundations for a normative theory to reduce the subjectivity of judges

José Francisco Dias da Costa Lyra 89

Da omissão imprópria por ingerência

About the criminal liability upon the non-acting

Pierpaolo Cruz Bottini 131

Responsabilidade penal de Inteligência Artificial: uma análise sob a ótica do naturalismo biológico de John Searle

The criminal liability of Artificial Intelligence Entities: an analysis from the perspective of John Searle's biological naturalism

Sthéfano Bruno Santos Divino 153

Processo Penal

Direito ao confronto e depoimento especial

Right of confrontation and protective measures of child and adolescent witnesses

Diogo Malan e Flávio Mirza 187

A secularização da inquisitoriedade no processo penal vista pela imagem da audiência de instrução e julgamento

The secularization of the inquisition on the criminal process seen through the image of the audience of instruction and judgment

Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais e Marcus Vinícius Pimenta..... 225

Aplicação da coerção processual, condição de inimigo do imputado e o tratamento do cidadão durante a persecução penal

The application of procedural coercion, the enemy status of the accused and the treatment of the citizen during criminal prosecution

Ricardo Panizza de Andrade..... 251

Memória e conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo

Memory and conformity: the reliability of the eyewitness evidence through time

Rodrigo Faucz Pereira e Silva e Antonio Jaeger 281

As falhas de linguagem e as estratégias cognitivas voltadas à minimização das falsas memórias na prova testemunhal

Language limitations and cognitive strategies to minimize the incidence of false memory in eyewitness testimony

Sérgio Bruno Araújo Rebouças e Lara Teles Fernandes 313

Standards probatórios: remédio ou veneno? É uma questão de lugar!

Standards of proof: medicine or poison? It's a matter of place!

Vitor Paczek Machado e Carlos Hélder C. Furtado Mendes 351

Crime e Sociedade

A inconstitucional ampliação da competência da justiça militar: Temer x Temer e o avanço da necropolítica

The unconstitutional expanding the competence of military justice: Temer x Temer fearing and the advancement of necropolitics

André Nicolitt 391

Prisionização: a dinâmica desumanizante do sistema carcerário a partir do testemunho literário de Graciliano Ramos

Prisonization: the inhuman dynamics of the prison system from the literary testimony of Graciliano Ramos

Francisco de Assis de França Júnior 439

Um passeio pela margem: preliminares de uma criminologia crítica brasileira

Un paseo por el margen: preliminares de una criminología crítica brasileña

Vanessa Cerezer de Medeiros 463

Índice Alfabético-remissivo

Autores 491
Temas 493

Normas de Publicação – Revista Brasileira de Ciências Criminais 499

Diretrizes ao Corpo de Avaliadores – Revista Brasileira de Ciências Criminais 511

Condições para Submissão (*Check List*) 517

Edital 1 – Chamada de Artigos Dossiês – 2020 519

Criminalidade económica empresarial – *governance* e *compliance* como (novos) meios de socialização

Corporate economic crime – governance and compliance as (new) means of socialization

Anabela Miranda Rodrigues

Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Presidente do Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. Presidente do Grupo Português da AIDP.
ORCID: 0000-0002-3566-075X
anarod@fd.uc.pt

Autora convidada

Áreas do Direito: Penal; Comercial/Empresarial

Resumo: No presente artigo, aborda-se a questão do *dever* e da *responsabilidade* das empresas, designadamente transnacionais, de se autorregularem no sentido da prevenção da ofensa a bens jurídicos, também penais, e da proteção dos direitos humanos. Já hoje ganhou terreno uma teorização sobre a relação entre desenvolvimento e segurança, compreendida como segurança *humana*, que implica uma compreensão holística de desenvolvimento, irredutível a uma dimensão económica. Neste contexto, a globalização económica significou novas exigências de regulação, sendo o fenómeno da corrupção ilustrativo do que está em causa. Aceite a necessidade de responsabilização penal das empresas, face ao protagonismo que assumem na atividade económica, a discussão tem-se centrado sobre o modelo de imputação dessa responsabilidade. Ligada a uma responsabilidade penal autónoma empresarial, uma intervenção estadual à distância centrada na autorregulação mostra-se como uma solução eficaz. No contexto de uma autorregulação regulada, também incentivada e

Abstract: This article addresses the issue of the duty and responsibility of corporations, namely transnational corporations, to self-regulate in order to prevent offenses against legal, also criminal, values and the protection of human rights. A theory on the relationship between development and security, understood as human security, has already gained ground, which implies a holistic understanding of development, irreducible to an economic dimension. In this context, economic globalization has meant new regulatory demands, with the phenomenon of corruption illustrating what is at stake. Once the need for criminal liability of companies is accepted, given the leading role they play in economic activity, the discussion has focused on the model for attributing that responsibility. Linked to an autonomous corporate criminal responsibility, a remote state intervention focused on self-regulation proves to be an effective solution. In the context of regulated self-regulation, which is also encouraged and promoted at the international level, corporate governance that integrates a

Rodrigues, Anabela Miranda. Criminalidade económica empresarial – *governance* e *compliance* como (novos) meios de socialização.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 171. ano 28. p. 19-52. São Paulo: Ed. RT, set. 2020.

promovida a nível internacional, a *governance* empresarial que integra uma dimensão de responsabilidade social e programas de *compliance* orientados para a ética e vistos como uma mais-valia reputacional cumprem uma função socializadora do maior relevo. Em último termo, nesta via, importará avançar no caminho da responsabilidade penal internacional das empresas transnacionais.

Palavras-chave: Segurança humana – Autorregulação regulada – Responsabilidade social empresarial e compliance – Empresas transnacionais e responsabilidade penal internacional.

dimension of social responsibility and compliance programs oriented towards ethics and seen as a reputational added value fulfill a socializing function of the greatest importance. In this way, it will be important to move forward on the path of international criminal liability for transnational companies.

Keywords: Human security – Regulated self-regulation – Corporate social responsibility and compliance – Transnational corporations and international criminal liability.

Sumário: 1. Introdução: desenvolvimento e direitos humanos. 1.1. A segurança humana. 2. A segurança económico-social: desafios. 3. Da soberania solitária à soberania solidária. 4. A necessidade de responsabilidade penal das empresas. 5. Regulação da atividade económica e governança empresariais. 5.1. Enquadramento. 5.2. A eficácia da autorregulação. 5.3. Controlo internacional da atividade empresarial transnacional. 6. A concluir. Bibliografia.

1. Introdução: desenvolvimento e direitos humanos

1.1. A segurança humana

Foi já na década de noventa do século passado que *Beck*[1] chamou a atenção para que a globalização, ao contrário do que à primeira vista se poderia pensar, não apontava para o *fim da política*, mas para *novos atores* da política num *novo espaço*: as grandes empresas multinacionais desenvolvendo a sua atividade à escala mundial. A atuação destes novos protagonistas, situada fora das fronteiras nacionais, significou mais política – a *politização da economia* –, porque permite que desempenhem um papel chave, não só na configuração das relações económicas, mas na sociedade no seu conjunto: têm uma localização incerta, escapam aos controlos estaduais e não prestam contas a qualquer eleitorado. A abertura a espaços de tratamento diferenciado de certas atividades, ilícitas nuns lugares e lícitas noutros, permite-lhes escolher o local em que querem instalar-se, em busca da máxima rentabilidade em função das diferentes disciplinas legais. As empresas de grande dimensão internacional concebem a sua organização tomando

1. *Vide*, para esta análise de *Ulrich Beck* (*Que és la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, 1998, p.15s.), DEMETRIO CRESPO, 2014, p.4 e 5.

como fator relevante no planeamento dos negócios a procura de custos de produção e exploração mais baixos, atendendo às vantagens oferecidas pela estrutura jurídico-política do local onde as suas atividades serão realizadas. O país mais favorável em domínios tão variados como o fiscal, laboral, segurança social, capacidade industrial, exigências ambientais, apoios públicos ou em matéria de sigilo bancário determina a localização, total ou parcial, da atividade empresarial. Aqui inclui-se também, o direito penal, cujas opções legislativas condicionam o investimento e são, em contrapartida, condicionadas por ele[2].

Estas multinacionais, que obtêm vantagens das opções oferecidas pelos diferentes ordenamentos nacionais e têm capacidade de investimento e volume de negócios determinante para a estabilidade económica e social de determinados países, vão, pela dupla via da concorrência dos países na busca e manutenção do grande investimento (estrangeiro) e na consequente dependência criada perante este, constituir o germe da erosão dos poderes económicos estaduais. Empresas deste tipo procuram explorar a seu favor a concorrência gerada entre os Estados e paraísos laborais ou fiscais, de modo a deslocalizar lucros, investimentos e empregos (*profit shifting, investment shifting, job shifting*), ganhar dimensão global e adquirir poder económico e negocial à escala planetária. Com isso, elas colocam o lucro como valor fundamental da atividade económica mundial, fazendo recair os custos sobre os trabalhadores, na tripla qualidade de assalariados, contribuintes e destinatários das prestações do Estado social, ou nas populações. Podem ainda procurar instrumentalizar as estruturas jurídicas nacionais e internacionais para se furtarem ao controlo parlamentar e jurisdicional e realizarem os seus interesses económicos, nomeadamente através da negociação direta com governantes e a manipulação dos contratos bilaterais de investimento e comércio livre e das suas cláusulas arbitrais. Ao mesmo tempo que o capitalismo empresarial é referido como a *locomotiva do mundo globalizado*[3], enfrenta-se uma «economia global, em que o poder se concentra e se organiza em torno de uma elite minoritária de megaempresas»[4]. Para alguns autores, aqui reside uma das principais fontes de insegurança económico-social com que as populações e as comunidades se irão confrontar nas próximas décadas. As grandes empresas desterritorializadas

2. Assim, TERRADILLOS BASOCO, 2015, p. 8s.
3. Cf. RODRIGUES e MACHADO, 2016, p. 126, *apud* ACHARYA, Upendra A., «Globalization and Hegemony Shift: are States Merely Agents of Corporate Capitalism?», 36, *Boston College International and Comparative Law Review,* 2013, p. 938.
4. Cf. SÁNCHEZ, 2019, p. 254 e 255, por referência a TOMBS, Steve e WHYTE, David, *La empresa criminal*, Icaria, Barcelona, 2016, p. 27.

detêm o poder real e invisível de definir as agendas políticas globais, cabendo aos Estados proceder à sua concretização de forma visível. Refere-se[5] que são cada vez em maior número e têm cada vez mais poder. Isso coloca-as numa posição de sobre-hegemonia, favorecendo *simultaneamente a abertura dos mercados e o desenvolvimento da economia global e* o enfraquecimento do poder soberano estadual.

A prevalência das grandes empresas transnacionais como detentoras do poder primário na ordem internacional e a instrumentalização dos Estados e das organizações internacionais para a prossecução dos seus interesses podem acarretar enormes custos para a garantia da necessária segurança económico-social das populações. Foi já na década de cinquenta do século passado que o economista *John Kenneth Galbraith*, preocupado com este domínio da segurança[6], alertava para o perigo representado pela emergência da *gestão* das (grandes) empresas (*management corporation*). Em seu entender, ela conformava-se como uma estrutura de poder burocrático, dissociada dos seus proprietários – os *proprietários ausentes*, de que falou depois Zygmunt *Bauman*[7] –, os acionistas anónimos espalhados por todo o mundo, pretendendo sobrepor os seus interesses económicos e financeiros aos interesses políticos e sociais das populações e dos governos, muitas vezes estabelecendo relações promíscuas com estes para alcançar os seus objetivos.

Tudo isto comporta desafios para o que se vem designando como *segurança humana*. Já hoje ganhou terreno uma teorização sobre a relação entre segurança e desenvolvimento, em que se quer promover uma compreensão alargada e holística de desenvolvimento, preocupado com os direitos humanos e irredutível ao desenvolvimento económico. Este constitui, indiscutivelmente, um objetivo fundamental para muitos Estados e não pode ser negada a sua importância para o bem-estar das populações em muitas partes do mundo. No entanto, o

5. Assim, SÁNCHEZ, 2019, p. 255, que, citando FRANCÉS, Pedro, Ética de los negócios, Desclée, Bilbao, 2004, p.51, refere que «na atualidade existem mais de 60.000 empresas multinacionais, enquanto há trinta anos havia 7.000»; *id., op. ult. cit.*, p.254 e 255, sobre o seu poder, por referência a Tombs, Steve e Whyte, David, *La empresa criminal*, Icaria, Barcelona, 2016, p. 56, concluindo que «entre as 150 maiores entidades económicas do Mundo, 59% são empresas e 41 são Estados (...). A faturação anual da *Ford* é superior ao PIB da Nova Zelândia, o da *Shell* maior do que o do Paquistão e do Bangladesh juntos (países que somam 350 milhões de habitantes) e que se a *WalMart* fosse um Estado seria a economia número 22 do Mundo».
6. GALBRAITH, 1958 (1998), p. 81 e 255s.
7. Cf. BAUMAN, 1999, p. 18.

desenvolvimento económico não pode constituir o único objetivo de um Estado. O lucro não pode estar acima da lei e dos direitos humanos. Existem muitos casos, por exemplo, em que normas de proteção do consumidor, dos direitos sociais dos trabalhadores, da saúde pública ou do ambiente são entendidas como obstáculos ao desenvolvimento económico. Mesmo o controlo jurisdicional e a responsabilidade civil e penal são por vezes representados como inimigos do desenvolvimento económico. Se este constituísse o único ou principal objetivo dos Estados, assistiríamos à proliferação de instalações inseguras, fabricando bens e prestando serviços perigosos, violando os direitos dos trabalhadores e dos consumidores ou o direito a um ambiente são.

É aqui que se inscreve a nova conceptualização de segurança.

Nas últimas décadas, deteta-se uma tendência no sentido de ampliar as fronteiras semânticas do conceito[8]. Ele incorpora, para além da tradicional *security*, a noção de *safety*, que traduz uma segurança que implica a observância de normas científicas e técnicas e padrões de cuidado adequados à diminuição dos riscos associados à fruição de bens, serviços, equipamentos e instalações, e aproxima-se do sentido de *welfare* e *well-being,* enquanto conceito que abrange a segurança económica e social diante das alterações dos ciclos económicos, da pobreza, do desemprego ou da doença. Pressuposta está, nesta evolução do conceito, a íntima relação entre *welfare* e *well-being* e a segurança, em que se reconhece a existência de novos e importantes aspetos, autênticas ameaças à segurança. Questões que passam pelo acesso a bens fundamentais, como medicamentos, energia, água ou alimentos saudáveis ou que têm a ver com migrações irregulares ou o crime grave e organizado podem ameaçar uma comunidade política de forma não menos intensa e grave do que uma agressão provinda do exterior. Esta perceção levou à ampliação do conceito de segurança, que se enriqueceu com o qualificativo de *humana*, associando-o às condições concretas de desenvolvimento social e de garantia ao indivíduo de possibilidades e alternativas que lhe permitam uma vida humanamente digna. O referente da segurança passa do Estado para o indivíduo, *humanizando* o conceito, que passa a integrar a segurança económica, alimentar, sanitária, ambiental, pessoal, comunitária e política[9]. A segurança humana é centrada na pessoa e não no Estado, no bem-estar dos povos e não na segurança

8. Sobre a evolução do conceito de segurança, cf. RODRIGUES e MACHADO, 2016, p. 110 s.

9. São estas as sete áreas de (in)segurança identificadas, em 1994, no *Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento* (PNUD): económica, alimentar, sanitária, ambiental, pessoal, comunitária, política.

das fronteiras. Alarga-se a segurança como «liberdade de viver livre de medo» (*freedom from fear*) à segurança como «liberdade de viver livre de necessidades» (*freedom from want*).[10] Nesta via, segurança – humana – e desenvolvimento associam-se, tendo aquela por referência indicadores de desenvolvimento humano. Fala-se, agora, em segurança humana *total*.

As políticas globais e europeias têm evoluído no sentido da promoção da interligação entre segurança e desenvolvimento, numa ótica de *coerência* das políticas a incrementar no terreno[11].

O papel da *Organização das Nações Unidas* (ONU) é aqui incontornável[12]. A *Agenda para a Paz*, lançada pelo Secretário-Geral *Boutros Ghali*, em 1992, foi um marco importante para a definição dos vetores de garantia da paz no mundo, ligando a sua construção ao fortalecimento das estruturas capazes de a promover, e assim, à satisfação de necessidades humanas básicas, como saúde e educação, com vista a permitir o desenvolvimento da plenitude das capacidades humanas. A este respeito, acentue-se como as *Nações Unidas* têm sido um dos maiores promotores da segurança humana desde 1994, altura em que o *Relatório do PNUD* definiu pela primeira vez este conceito como forma de combater a insegurança mundial[13]. Em 2001, o *Relatório do Secretário-geral da ONU sobre a Prevenção dos Conflitos Armados* afirmava que a prevenção de conflitos e o desenvolvimento sustentável são conceitos que se reforçam mutuamente. Já o *Relatório do Secretário-geral da ONU de 2005* é um marco importante a este propósito, uma vez que afirma a responsabilidade da comunidade

10. Reconhece-se normalmente que o conceito de «segurança humana» foi cunhado no Relatório do PNUD (cf. nota anterior), embora se assinale que os seus «fundamentos» já estavam presentes nos documentos originários das Nações Unidas, enquanto fazem assentar os valores que a comunidade internacional deve proteger não só na soberania nacional mas também na defesa universal dos direitos humanos. Sobre o tema, e sua evolução, *vide* XAVIER, 2010, p.108s. Também é de fazer ressaltar (*op. ult.cit.,* p. 101, nota 152) que *Franklin Roosvelt,* em 1941, no seu discurso ao Congresso dos Estados Unidos, se referiu a «quatro liberdades»: não só as liberdades de pensamento e de expressão (*freedom of speech and expression*), e de religião (*freedom of religion*), mas ainda à «liberdade de viver livre do medo» (*freedom from fear*) e à «liberdade de viver livre de necessidades» (*freedom from wants*). De qualquer modo, foi no Relatório do PNUD que estas duas últimas liberdades foram definidas como componentes da segurança, que incorporou ainda a garantia de que as gerações vindouras herdarão um futuro possível.
11. Sobre isto, cf. *Segurança e Desenvolvimento*, Projeto 2017, *passim*.
12. Cf. *Segurança e Desenvolvimento*, 2017, p. 47s.
13. Cf. *supra*, notas 9 e 10.

internacional em garantir a segurança, o desenvolvimento e os direitos humanos, numa perspetiva centrada nas pessoas, nas suas necessidades e liberdades fundamentais. A *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* – que sucede aos *Objetivos de Desenvolvimento do Milénio,* em 2015 – vem integrar, pela primeira vez ao nível global, a paz e a segurança como objetivos de desenvolvimento. Apesar de a *Agenda* não ser vinculativa, o facto de questões como a corrupção, a governação e a existência de instituições responsáveis e inclusivas ou o acesso à justiça serem integrados neste quadro de ação global – apesar de intensas discussões, foi possível integrar um *Objetivo de Desenvolvimento Sustentável* especificamente dedicado à paz e à segurança (*ODS 16*) – é certamente uma referência a assinalar.

No âmbito da *União Europeia* (UE)[14], a interligação entre segurança (humana) e desenvolvimento estava presente já no primeiro *Consenso Europeu para o Desenvolvimento* (2005) e na *Agenda para a Mudança* (2011), que conferiam visibilidade às questões de boa governação e direitos humanos e pretendiam definir uma resposta integrada da UE aos *Estados Frágeis*, que combinasse os diversos instrumentos de áreas políticas distintas, como segurança, desenvolvimento e ajuda humanitária. A interligação e coerência entre as várias áreas de ação externa da União – que decorre dos *Tratados*[15] – está patente, de forma mais integrada e complexa, no novo *Consenso Europeu para o Desenvolvimento*, aprovado em 2017, «na perspetiva de reforçar a credibilidade, o valor acrescentado, a influência e o impacto positivo da ação europeia no mundo». Aqui se afirma, desde logo, que «A UE e os Estados-Membros promoverão os valores universais da democracia, da boa governação, do Estado de direito e dos direitos humanos para todos, porque estes são pré-condições para a estabilidade e o desenvolvimento sustentável, em todos os tipos de parcerias e instrumentos e em todas as situações e países, incluindo através de ações de desenvolvimento (...)»[16]. A relação entre segurança e desenvolvimento está bem presente, não só na afirmação de que «a pobreza, os conflitos, a fragilidade e a deslocação forçada estão profundamente interligadas e devem ser abordadas de forma coerente e integrada, nomeadamente no nexo entre o humanitário e o desenvolvimento», bem como no comprometimento da União e dos Estados-Membros em darem uma atenção especial aos países em situação de fragilidade: «Ao promover e proteger os direitos humanos,

14. Cf. *Segurança e Desenvolvimento*, 2017, p. 72s.
15. Cf., designadamente, Artigo 21º, *Tratado da União Europeia* e Artigo 208º, *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.*
16. Cf. *Segurança e Desenvolvimento*, 2017, p. 71.

a democracia, o Estado de direito e a boa governação contribuirão de forma ativa para a estabilidade e a segurança bem como para a resiliência»[17].

Assim as coisas, o desenvolvimento deve orientar-se para a procura de uma sociedade equilibrada, justa e centrada – como se procurou tornar claro – na proteção e promoção dos direitos humanos.

2. A segurança económico-social: desafios

Sendo vários os domínios onde se colocam desafios à realização da segurança humana, no contexto das presentes considerações importa destacar a segurança económica e social[18], que o direito internacional dos direitos humanos colocou como uma preocupação. De resto, logo após o final da Primeira Guerra Mundial, em 1918, houvera a consciência clara de que a paz e a segurança só seriam conseguidas, no plano interno e internacional, mediante a consagração de princípios fundamentais de justiça social, segurança social e solidariedade social. A criação da *Organização Internacional do Trabalho* pelo *Tratado de Versalhes*, de1919, constitui uma evidência clara disso mesmo. Mas é a *Declaração Universal dos Direitos do Homem,* de 1948, no segundo pós-guerra, que veio dedicar uma significativa atenção aos direitos económicos, sociais e culturais e que inspirou, mais tarde, não apenas o *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, de 1966, como o *Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*, dessa mesma altura.

Tudo isto se pode compreender.

O imediato segundo pós-Guerra tinha testemunhado[19] um grande número de acordos económicos visando promover o crescimento económico, através da criação de mercados mais alargados, livres das restrições tarifárias internas e muitas vezes operando com uma tarifa externa comum. Os exemplos chegaram da *União Benelux* (1948), da *Comunidade Económica Europeia* (CEE), criada pelo *Tratado de Roma* de 1957, da *Associação Europeia de Comércio Livre* (EFTA) e do *Acordo de Comércio Livre Canadá-EUA* (FTA), que se desenvolveu e transformou na *Associação de Comércio Livre do Atlântico Norte* (NAFTA). A abertura dos mercados, sob o impacto da mudança neoliberal desencadeada em 1989 com a queda do Muro de Berlim e consolidada com a criação da *Organização Mundial do Comércio* (OMC), em 1994, que acompanhou o fim da *Guerra Fria*, permitiu

17. Cf. *Segurança e Desenvolvimento*, 2017, p. 72 e 73.
18. Cf., no que se segue, RODRIGUES e MACHADO, 2016, p. 122s.
19. Cf. NÚÑEZ NOVO, publicado em 12/2017 (último acesso em 18-1-2020).

um desenvolvimento notável à escala global. Mas a nova ordem trouxe uma série de efeitos nefastos, desencadeando consequências desastrosas para os países mais frágeis[20].

A corrupção, como um fenómeno central na relação globalização e desenvolvimento, suscita, neste contexto, uma referência especial. Na verdade[21], salienta-se que ela pode minar esse relacionamento, na medida em que os efeitos positivos da globalização dependem da capacidade do país anfitrião para os absorver em todas as suas faces. A corrupção afeta negativamente a capacidade de desenvolvimento de um país, porque priva os cidadãos comuns de bens e serviços vitais e impõe custos sociais severos. Pode prejudicar o crescimento económico, por dificultar a correta afetação de recursos e a quantidade e a qualidade do investimento. Assim se compreende, por exemplo, que o *Banco Mundial* ou o *Fundo Monetário Internacional* (FMI) sejam relutantes no apoio aos investimentos em países corruptos. Por seu turno, também se verifica uma tendência forte para entender que a globalização reduz a corrupção. Muitas instituições internacionais consideram-na uma ferramenta poderosa no combate a esta fenomenologia, em face da responsabilização instituída pelos parceiros comerciais internacionais. As relações internacionais que se estabelecem pressupõem reformas estruturais e institucionais, como a liberalização dos mercados, o fortalecimento da concorrência, a transferência de tecnologia, a garantia de direitos de propriedade, o estado de direito, a transparência e o aumento da qualidade dos serviços públicos que melhoram a atratividade do país em relação ao comércio e ao investimento. Estas reformas constituem o canal de transmissão através do qual a globalização atinge a corrupção. Importa, a este propósito, acentuar a importância vital de, no contexto da globalização, os países de origem não exportarem práticas corruptas. Seja como for, foram a globalização, o liberalismo económico, os processos de democratização e os fenómenos de integração regional e internacional, aliados à era da informação e aos desenvolvimentos tecnológicos, que expuseram os malefícios generalizados da corrupção.

20. Sobre isto, *vide* DELMAS-MARTY, 2016, p. 89s. A Autora refere que «nos países em desenvolvimento, a exportação de matérias primas subvencionadas provenientes de países desenvolvidos constitui, a partir de 1997, um fator fundamental de emigração. Foi assim que, depois da queda dos preços do algodão, os países produtores, como o Mali, o Chade ou o Burkina Fasso, deixaram de ser competitivos. A partir daí, verifica-se uma cadeia implacável – perda de receitas, depauperização, redução dos orçamentos de Estado para a saúde ou educação e, finalmente, a emigração para a Europa – que fará da mundialização uma fábrica de migrações irregulares» (p. 90 e 91).

21. Sobre isto, AFONSO, 2019, *passim*.

Com efeito, se o fenómeno era encarado como um problema típico das sociedades periféricas, as transformações mundiais verificadas, por um lado, vieram tornar impossível continuar a alimentá-lo na opacidade de regimes cleptocráticos, num jogo de branqueamento da corrupção que interessava aos países do bloco ocidental, e, por outro lado, fizeram emergir a corrupção nos vários continentes e disseminaram o seu conhecimento e visibilidade. Não foi só o caso dos escândalos que envolviam muitos países europeus, como a França, a Alemanha, a Itália ou o Reino Unido, e asiáticos – o Japão, designadamente –, mas também, no continente americano, eclodia nos Estados-Unidos o caso *Watergat* com ampla repercussão mundial. Ao mesmo tempo que em lugares mais remotos a corrupção passa a ser encarada como uma ameaça em países que se abriam aos processos de democratização, também a preocupação que suscitava se generalizou, não só ocupando o espaço das democracias modernas mas ainda tornando-se, nos diferentes azimutes, uma questão de desenvolvimento económico. Nos Estados-Unidos, com a *Foreign Corrupt Practices Act*, em 1977, muito justamente considerada o gérmen da moderna política criminal contra a corrupção, o aspeto a destacar desta regulação é que ela se apresenta unicamente dirigida à corrupção praticada por empresários, mas não por funcionários públicos. Evidenciava-se, assim, que a corrupção deixava de ser um problema exclusivo do setor público e reivindicava-se também como uma questão económica e de desenvolvimento que, como tal, devia ser prevenida e combatida. Sendo que, exatamente na mesma altura, na sequência de *Watergate*, já de acordo com a feição pública ligada às suas origens, reclamava-se, nos Estados-Unidos, a regeneração da vida económica e política, a que respondeu a *Ethics in Government Act*, aprovada em 1978, assinalando o nascimento da ética pública.

É neste contexto que a questão do controlo da corrupção passa a ser um dos grandes temas de discussão mundial, que diz respeito a *todos* os países, em prol do desenvolvimento. Os organismos internacionais mobilizaram-se na prevenção e combate à corrupção, que se torna uma *responsabilidade* dos Estados de direito democráticos em prol do *desenvolvimento*: o final dos anos noventa e o início dos anos 2000 foram marcados pela adoção de instrumentos e iniciativas que assinalavam a importância do tema na agenda internacional[22].

22. São referências obrigatórias a *Convenção Interamericana contra a Corrupção,* de 1996; a *Convenção de Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais,* assinada pelos países da OCDE em 1997 e, da mesma data, a *Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados-Membros da União Europeia*; a criação, em 1998, do *Grupo de Estados contra a Corrupção* (GRECO); a *Convenção Penal contra a Corrupção*

3. Da soberania solitária à soberania solidária

A nova ordem global trouxe, assim, novas exigências de regulação.

Desde logo, surgindo como concretamente inigualitária, exige posturas destinadas a corrigir os desequilíbrios existentes. Fala-se[23] aqui em *igualdade preferencial*, ou seja, conceder tratamento preferencial, sem reciprocidade e sem discriminação, aos países em desenvolvimento. Outro princípio fundamental é o da *cooperação económica* entre todos os Estados, que deve existir independentemente dos seus sistemas económicos ou sociais. A nova ordem deve basear-se na interdependência económica, que significa que todos os Estados devem levar em conta o interesse *comum* nas suas relações económicas, evitando, sobretudo, prejudicar os países em desenvolvimento. O que emerge[24], desta forma, é a necessidade de *equilíbrio* entre concorrência e cooperação, aplicando o *dever de solidariedade*[25] imanente já à constituição da OIT (1919) e à *Declaração de Filadélfia*, relativa às finalidades e objetivos desta *Organização* (1944), bem como à *Declaração Universal dos Direitos do Homem*[26]. O problema é que este «dever» não é vinculativo. A solidariedade não faz parte dos direitos civis e políticos e não está inscrita como tal na *Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (CEDH). Mas assinala-se que a solidariedade é um dos seis princípios enunciados pela *Carta dos Direitos Fundamentais* (CDF) da União Europeia (2000)[27]. E a *Carta* é juridicamente vinculante depois da entrada em vigor do *Tratado de Lisboa*, em 2010.

---

do Conselho da Europa, de 1999; o *Protocolo da Comunidade Económica dos Estados da África Ocidental sobre a Luta contra a Corrupção*, de 2001; e, em 2003, para além da adoção, pela União Africana, da *Convenção para Prevenir e Combater a Corrupção*, assumiu relevo particular a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. Que, paradigmaticamente, estabelece, no seu Artigo 5-1, que cada Estado Parte «formulará e aplicará ou manterá em vigor políticas coordenadas e eficazes contra a corrupção que promovam a participação da sociedade e reflitam os princípios do Estado de Direito, a devida gestão dos assuntos e bens públicos, a transparência e a obrigação de prestar contas».

23. Cf. NÚÑEZ NOVO, 2017.
24. Assim, DELMAS-MARTY, 2016, p.91. De uma perspetiva mais vasta, *vide*, no mesmo sentido, INNERARITY, 2019, p. 173s (p. 181 e 182), referindo-se a uma «modificação da estatalidade», para a qual apontam conceitos como «'Estado garante' (Gunnar Folke Schuppert), 'Estado ativador', 'Estado cooperativo' (Anthony Giddens) ou 'governo do contexto' (Helmut Willke)».
25. Exatamente nestes termos, DELMAS-MARTY, 2016, loc. cit.
26. Cf. Artigo 22.
27. Cf. *Preâmbulo,* onde se pode ler que «(...) a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da *solidariedade*; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. (...)» (itálico nosso).

Seja como for, e apesar das dificuldades evidenciadas, em vários domínios, para o colocar em prática já entre os próprios Estados-Membros – as recentes crises financeira e migratória são disso expressão –, a realização do princípio da solidariedade implica[28] o abandono da *soberania solitária*, que privilegia o espírito de concorrência, a favor de uma *soberania solidária*, que encoraja a cooperação, associando a proteção dos interesses nacionais aos *interesses comuns da humanidade*, de que é exemplo o clima. É este o horizonte em que se devem inscrever as intervenções externas em relação a países terceiros, designadamente a ajuda ao desenvolvimento, que se faz a vários níveis[29]. Termos como «abordagem integrada», «3D -Diplomacia, Defesa, Desenvolvimento», «cooperação civil-militar» e «construção da paz (*peacebuilding*)» têm sido usados para descrever a interação entre políticas e atores da política de desenvolvimento em contextos fragilidade. Isto sem fazer esquecer que são cada vez mais discutidos os objetivos e as estratégias destas políticas, que enfrentam novos desafios perante situações de insegurança cada vez mais complexas. Importa chamar a atenção para o facto de que a ajuda ao desenvolvimento, quando disponibilizada em países com défices democráticos e com fenómenos de corrupção e clientelismo, pode contribuir para a perpetuação no poder de regimes pouco propícios ao respeito pelos direitos humanos, à promoção da segurança humana e do desenvolvimento inclusivo. É, pois, uma exigência que as políticas de ajuda ao desenvolvimento tenham ainda em consideração as dinâmicas sociais, o contexto político e as questões de segurança locais. As ações externas podem apoiar os processos endógenos de desenvolvimento e de segurança, «mas nenhuma ação terá resultados sustentáveis se não houver uma apropriação e um processo próprio de promoção da segurança e do desenvolvimento[30]».

É também uma narrativa de solidariedade que procura hoje aplicar-se às empresas, sobretudo às grandes transnacionais. Para isso, é preciso que elas ultrapassem a sua própria *esquizofrenia*[31], em que a concorrência a que elas se entregam em vista da maximização a curto prazo do lucro contraria *os compromissos voluntários que assumam em nome da responsabilidade social empresarial*[32]. O equilíbrio implica uma *obrigação de vigilância* das sociedades-mãe, a exercer

28. Assim, DELMAS-MARTY, 2016, p.94.
29. Sobre a questão, cf. *Segurança e Desenvolvimento*, 2017, p. 45s.
30. *Op.ult.cit.*, p. 42.
31. Assim, DELMAS-MARTY, 2016, p.93.
32. Sobre isto e o que se segue, cf. *infra*, sob 3. 3.2.

sobre toda a cadeia de produção, quer se trate de filiais quer de fornecedores. Apela também à integração de questões sociais, na sua dimensão de direitos sociais e/ou humanos (o ambiente), no objeto social das empresas. Alguns autores[33] preconizam um novo estatuto para a empresa, vista como «*(sociedade) de objeto social alargado*», que aproximaria o objeto social do interesse geral. Tudo modos de desenvolver uma *conceção solidária de empresa,* quer esteja em causa o clima ou outras questões sensíveis, como as condições de trabalho «nos locais de produção mundiais».

4. A necessidade de responsabilidade penal das empresas

Neste atual contexto empresarial de desenvolvimento da atividade económica não é difícil perceber como ela pode andar paredes meias com a criminalidade, dando mesmo origem a uma nova fenomenologia criminal. Praticada no seio de organizações empresariais muito complexas e estruturadas em redes, avultam, no entanto, os obstáculos de variada ordem que se erguem à identificação de certas atuações como criminosas. A sucessão de acontecimentos que abalaram os sistemas económicos e financeiros, muitos com laivos de escândalos, na sequência da crise de 2008, constitui um bom exemplo do que se quer dizer. A criminologia assume a este respeito um papel de relevo inegável. Não só alertando para a questão da *captura regulatória*[34] que pode ser levada a efeito pelos principais agentes económicos junto das instâncias políticas decisórias, mas também apontando para a possível *desdignificação*[35] desta criminalidade, em que os destinatários deste tipo de incriminações económicas não se sentem como seus beneficiários e, consequentemente, também não como vítimas da sua prática, mas antes como perseguidos pela sua criminalização. Pode falar-se ainda de um consenso[36] em torno da pertença dos seus autores individuais a um círculo social médio-alto dotado de um certo halo de prestígio e reconhecimento em vastos setores da sociedade, assim como de um elevado nível de formação académica e técnica, que praticam os crimes no exercício de uma profissão

33. Neste sentido, DELMAS-MARTY, 2016, p. 94.

34. Assim, SÁNCHEZ, 2019, p.258, referindo-se ao poder de influência das multinacionais nos partidos políticos, ao seu financiamento ilegal e aos processos de contratação pública irregulares.

35. Assim, especificamente a propósito da punição dos crimes económicos, RODRIGUES, 2019, p. 33.

36. Sobre a questão, cf., entre nós, SANTOS, 2001, p. 53s. e 125s.

ou, sublinhe-se, no âmbito de uma estrutura organizada e mais ou menos complexa como a de uma empresa. Fala-se de *respectable crime*,[37] numa clara evocação da definição de *white-collar crime* de *Sutherland.* Por sua vez, a empresa é apontada como «foco de perigo»[38] que propicia(ria) o cometimento de crimes – que, isoladamente, a pessoa não cometeria –, nela se desenvolvendo um «espírito criminal de grupo» e uma «má cultura empresarial», que fomenta(ria) a aprendizagem de comportamentos criminais e de técnicas de neutralização da culpa. Teriam aqui um papel determinante a «irresponsabilidade penal organizada» e a «despersonalização», que garantem a sobrevivência da organização empresarial, em que o indivíduo percebe que é apenas «mais uma peça da engrenagem». A criminalidade assim desenvolvida comporta, além disso, uma danosidade elevadíssima e multifacetada – desmesurada, como se tem vindo a acentuar nos tempos mais recentes –, o que é também apontado como sua característica identificadora[39]. Para além de danos económicos e de danos derivados do efeito ressaca e espiral – em que avulta, desde logo, a corrupção –, salienta-se ainda o facto de que as crises financeiras que lhe andam associadas se ligam a ajustes económicos de consequências sociais devastadoras que atingem de modo imediato as camadas da população mais vulneráveis e, mediatamente, por via da carga fiscal, a generalidade dos cidadãos.

Verificou-se, assim, que o sancionamento, designadamente penal, de muitos comportamentos económicos era uma necessidade imperiosa. O que trouxe, entretanto, os primeiros problemas ao direito penal, perante a agressão a bens

37. Cf. BAUCELLS LLADÓS, 2012, p.146; entre nós, também SANTOS, 2001, p.149.

38. Sobre a questão dos efeitos criminógenos ligados às grandes empresas, NIETO MARTÍN, 2008, p.37s. O Autor, sem prejuízo de acautelar os défices empíricos da análise, refere-se à existência de «indícios» que validariam «de forma razoável» o facto de as organizações determinarem «o comportamento daqueles que atuam no seu interior» (p.40); mais recentemente, em 2014, p.50 s., depois de apreciar vários fatores que estarão na origem da «*mala* cultura corporativa», refere-se a esta como «um conjunto de atitudes, técnicas de realização dos factos criminosos, de argumentos, incluindo terminologia utilizada pelos membros da organização dando-lhe nomes mais agradáveis (aforro fiscal, contabilidade criativa), que fomentam e justificam os comportamentos criminosos; concluindo, a propósito deste processo de socialização: «O contato com os valores do grupo fornece as razões necessárias (...) para deixar para trás os seus escrúpulos e cometer o crime» (p.51 e 52).

39. Estes aspetos têm vindo a ser analisados, de forma especialmente atenta, na atualidade. Cf., por todos, GRACIA MARTÍN, 2010, p. 155s; CASTRO MARQUINA, 2016, p. 11s; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2012, p.82s; e TERRADILLOS BASOCO, 2010, p.129s. (p.140s); *id,* 2015, p. 13s.

jurídicos e a violação de direitos humanos em «contextos de ação coletivos»[40], em que «as relações pessoais» são substituídas por «comportamentos anónimos e estandardizados e em que os riscos não só não são ilusórios – basta pensar nos crimes ambientais – como são mesmo maiores do que a insegurança sentida, em virtude da «neutralidade» ou da «aparência externa de licitude» de muitos crimes, que, como já referido, frustram a identificação das vítimas como tais – o exemplo pode agora ir buscar-se aos crimes fiscais ou de corrupção.

Neste quadro, a questão da responsabilidade penal no âmbito da prática de crimes económicos conhece um aspeto nevrálgico na atribuição dessa responsabilidade às chamadas pessoas coletivas[41]. E levou, como é sabido, a propostas que pretendem fazer dos órgãos de direção – dos administradores ou dirigentes – das empresas garantes dos atos ilícitos cometidos pelos seus empregados. Na verdade, nas grandes sociedades empresariais, a descentralização do poder de decisão que faz parte da sua organização leva, muitas vezes, a que o autor do ato perigoso não se dê conta das consequências lesivas da sua atuação, coordenada e determinada a partir de órgãos que, por sua vez, agem por delegação de instâncias superiores. Noutros casos, o autor do comportamento que se dá conta da sua perigosidade é, na verdade, fungível, já que aquele ato é projetado em termos organizacionais. De qualquer forma, observadas as normas administrativas que regulam a atividade e os critérios tradicionais de responsabilidade penal, verificar-se-ia uma imputação debaixo para cima *(bottom up),* o que podia dificultar a atribuição de responsabilidade aos entes superiores. Foi isto que levou uma parte significativa da doutrina a propor uma imputação de cima para baixo *(top down),* de acordo com a qual os órgãos de direção da empresa passam a ser tratados como garantes dos desvios executados por agentes subordinados. É obrigatória, aqui, a referência à tese defendida por *Bernd Schunemann*,[42] para quem o dever de garante surge «do domínio do garante sobre a causa do resultado». O que, aplicado aos crimes empresariais, permitiria equiparar a omissão à ação com fundamento no «*domínio* do diretor da empresa ou, em geral, do superior da empresa», que pode resultar quer «do seu domínio fáctico sobre os elementos perigosos do estabelecimento» quer «do seu poder de mando sobre os empregados legalmente fundamentado»; acrescentando ainda o Autor que estas diferentes posições de garante têm um alcance diverso consoante «a sua diferente estrutura material», ou seja «consoante as respetivas condições para a existência ou a extinção do domínio».

40. Cf., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2004, p.97s (p.100).
41. Sobre o que se segue, cf. RODRIGUES, Anabela Miranda, 2019, p. 63s.
42. Cf. SHUNEMANN, 2004, p. 31.

São conhecidas as dificuldades levantadas à consideração do dirigente ou administrador de entes coletivos como garantes da não produção de resultados típicos, e, portanto, criminalmente responsáveis, *apenas* porque não evitaram ou nada fizeram para evitar o resultado típico causado materialmente pelo seu inferior.[43] Sendo que, de outra perspetiva, se alertava para os obstáculos de identificação do responsável garante, sobretudo nas empresas com uma organização mais complexa. Foi tudo isto que em grande parte alimentou a discussão vivíssima travada em torno dos modelos de imputação possíveis de responsabilidade penal às próprias empresas. Que, como é sabido, se podem compreender de acordo com dois grandes sistemas: o modelo vicarial ou heterónomo de responsabilidade penal empresarial, em que se transfere para a entidade coletiva a responsabilidade da conduta realizada por um administrador ou empregado; e aqueloutro, que radica na autorresponsabilidade empresarial e na possibilidade de a empresa ser passível de responsabilidade penal por «defeito de organização» e, assim, porque «na sua maneira coletiva de decidir e atuar» como organização não foi cuidadosa, permitindo que os seus membros – administradores, dirigentes ou empregados – cometessem crimes em favor dela; ou porque, através dos seus mecanismos decisórios, optou por uma atuação dirigida à prática de crimes. A responsabilidade penal empresarial pelos crimes cometidos radica, assim, na

43. O Código Penal português basta-se com uma cláusula geral onde se faz radicar o dever jurídico de atuar, assim expressa no Artigo 10º, nº2: «quando sobre o omitente recaia um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar (um certo) resultado». É nestes termos que, entre nós, se constitui o dever de garantia e a posição de garante, cujo fundamento e limites DIAS (2007,p. 920) encontra quando «se lograr seguramente a conclusão, *através de uma autónoma valoração da ilicitude*, que, relativamente a um certo tipo de ilícito, *o desvalor da omissão corresponde no essencial ao desvalor da ação*» (itálicos nossos): e, assim, no «dever de evitar ativa ou positivamente a realização típica, *rectior*, de obstar à verificação do resultado típico (...), apesar de um tal dever se não encontrar referido na descrição típica». O Autor não deixa de reconhecer (*ibidem*, p. 923) que a equiparação da omissão à ação pode suscitar dificuldades à luz do princípio da legalidade, na sua exigência de determinação típica, considerando (p.924) que a «relativa indeterminação» é «ainda compatível» com o princípio, se se alcançar «uma determinação rigorosa dos concretos deveres de garantia» e que «consequentemente, o seu catálogo seja o mais estrito e determinado possível». Mais longe na tentativa de determinação à luz das exigências de legalidade vai, por exemplo, o Código Penal espanhol, que, no Artigo 11º, nº2, nomeia taxativamente as concretas fontes do dever jurídico de atuar: a lei, o contrato e a ingerência. Na mesma linha, também o Código Penal brasileiro, no Artigo 13, §2º, que exige como fontes da omissão imprópria a lei, um contrato ou quase-contrato, ou uma ingerência (sobre a questão, no direito penal brasileiro, cf. SCHMIDT, 2018, p. 177s.).

possibilidade da sua imputação à empresa, que será *qua tale* passível de ser responsabilizada penalmente. A responsabilidade penal desta radica, como se vê, no defeito da sua organização, que não previne adequadamente que as pessoas que a compõem não cometam crimes em seu favor. Dito de outra maneira:[44] a empresa não exerceu o controlo devido para que a partir do seu seio não se cometessem crimes em seu favor. Ou ainda mais enfaticamente: a empresa não se preocupou suficientemente em contrariar o efeito criminógeno que comportam os benefícios que para os seus administradores, dirigentes e empregados advêm de favorecerem a empresa através da prática de crimes num mercado, como é o atual, altamente competitivo.

Os problemas que aqui se levantam, quer numa quer noutra solução, são dos mais árduos para a dogmática penal e para a prática judiciária.

Salienta-se[45] como o modelo de hétero-responsabilidade falha sobretudo em grandes empresas, onde é mais difícil, por complexo, encontrar um responsável individual. Condicionar a responsabilidade da empresa à demonstração de que um dirigente, em relação a um concreto facto criminoso e a um subordinado, violou os seus deveres de supervisão, significaria consagrar um modelo de responsabilidade empresarial que beneficiaria as grandes empresas e prejudicaria as mais pequenas, já que nestas é muito mais fácil localizar a responsabilidade ou a concreta falta de vigilância de um administrador ou dirigente. Por outro lado, entretanto, esta forma de imputação da responsabilidade penal às empresas, que se pode dizer que se traduz numa imputação objetiva de responsabilidade que deriva de forma automática da responsabilidade individual, promove uma reação corporativa de ocultação do crime e de aliança com o infrator, com tradução ao nível da obstrução da justiça – a empresa não está interessada em auxiliar a investigação, já que, em última análise, a sua descoberta pode traduzir-se na sua condenação. A sua sorte está unida à do responsável individual, que transforma em seu aliado. Deve, por seu turno, assinalar-se o que isto pode significar na promoção de uma cultura empresarial disfuncional, não interessada na criação de um modelo de organização que previna a prática de comportamentos, no caso, criminosos. Se o direito penal não reconhece os esforços que as empresas fazem para realizarem a sua atividade de acordo com a legalidade, designadamente penal, e trata de igual modo as empresas diligentes a evitar crimes e as que que o não são, é normal que as primeiras se interroguem sobre os benefícios que extraem do investimento em recursos envolvidos na sua organização para evitar o cometimento de infrações.

44. Cf. LASCURAÍN, 2013, p. 111s. (p.120).

45. Relevando estes aspetos, NIETO MARTÍN, 2015, p. 113 s; *id*, 2008, p. 16 s.

O que se vem de dizer não significa que a responsabilização penal das empresas por defeito da sua organização não esteja isenta de críticas. O que se invoca é que as empresas com maior poder de negociação, as grandes empresas, têm capacidade acrescida de convencimento dos órgãos de investigação criminal – por vezes, com escassa informação e conhecimento nestas matérias – de que o sistema de organização que adotaram é suficientemente eficaz para prevenir a prática de crimes, sendo a sua prática o resultado apenas de um comportamento isolado e individual de um administrador dirigente ou empregado. A partir daí, desde indicar o bode expiatório (*scapegoat*) até evitar a responsabilidade penal é um pequeno passo para a empresa. O efeito particularmente perverso desta estratégia, conhecido como *reverse whistleblowing*, é o de a empresa, para dar consistência à sua versão dos factos de que está bem organizada – fala-se, relacionado com isto, de *utilização cosmética*[46] de programas de *compliance* –, buscar um responsável individual sobre o qual possa fazer recair a responsabilidade do facto praticado. Sendo que o perigo de utilização desta estratégia cresce, se se oferece à entidade coletiva uma exclusão da punição a troco da indicação daquele responsável individual[47]. De resto, ligada a este aspeto, uma outra crítica importa destacar, que se prende com o facto de que, segundo este regime de responsabilidade penal, a empresa – estando em causa o seu próprio esforço na prevenção – não se sentir incentivada a investir numa organização da sua atividade mais preventiva, implementando medidas que vão para além dos níveis legalmente devidos. A questão situa-se no plano da eficácia, que pode ser mais reduzida em confronto com o que se passa num modelo vicarial de responsabilidade, uma vez que, neste caso, em que a empresa é penalmente responsável em termos objetivos, tem interesse em promover medidas cada vez mais eficazes de prevenção.

De qualquer modo, o aspeto decisivo que, em meu entender, torna preferível um modelo autónomo de responsabilidade penal das empresas é o da *eficácia* das medidas preventivas adotadas pelas empresas de acordo com este modelo. São notórios os ganhos da combinação deste tipo de responsabilidade penal

46. Assim, NIETO MARTÍN, 2012, p. 125s. Cf. também RODRIGUES, 2018, p. 8s; *id,* 2019, p. 68.

47. A este propósito, cf. ZUÑIGA RODRÍGUEZ, 2018, p. 106s, que assinala o perigo de se estar a construir um *direito penal do amigo para as pessoas coletivas* (itálico no original). Com efeito, do facto de que seja recomendável, necessário e aconselhável que as empresas implementem medidas de autocontrolo (programas de *compliance*) e que o seu incumprimento gere responsabilidades administrativas, a que, pela simples razão de que se implementem, já sejam isentas de responsabilidade penal, pode ser dar um grande passo para a irresponsabilidade penal das empresas.

autónoma com a autorregulação das empresas no sentido de desenvolverem a sua atividade sem praticarem ilícitos, designadamente criminais. Ponto é que sejam respeitados – enfatizo – certos pressupostos desta auto-organização: a intervenção estadual não estar totalmente ausente da autorregulação; as normas de autorregulação serem legítimas; o *compliance* ter um sentido de socialização; e, finalmente, a autorregulação não ser alternativa à intervenção penal, isto é, se o direito penal estiver sempre no fim da linha.

5. Regulação da atividade económica e governança empresariais

5.1. Enquadramento

Importa enquadrar as considerações que se seguem[48] no âmbito da questão, mais vasta, da regulação e da gestão da atividade empresarial que se fez sentir desde que há notícia do aparecimento das primeiras grandes empresas, designadamente na Inglaterra de finais do século XVII. A *Bubble Act*, em 1720, foi isso que significou. Não é caso de, aqui e agora, traçar com minúcia a evolução, em geral e ao nível penal, destas preocupações. Quero tão-só acentuar que o *leit motiv* das oscilações que sofreu o movimento de intervenção regulador radicou sempre na busca de uma orientação que levasse a uma regulação eficaz da atividade empresarial. Ou, mais especificamente, a questão tem a ver com o *tipo* de intervenção estadual no domínio económico, marcado pela atuação das empresas.

Neste ponto, contamos com duas aquisições seguras. Sabemos que a preocupação de pensar a regulação estadual está sempre presente na vida económica, o que aconteceu mesmo em tempos de liberalismo de sabor *smithiano*. E que a Europa se preocupou mais com a criação de leis que a regulassem enquanto os Estados Unidos da América davam mais atenção à aplicação das leis (*law enforcement*).

Assim, para proteger a mão invisível e acautelar comportamentos que pudessem colocar em risco ou lesar o funcionamento autónomo do mercado, cuja concorrência em que assentava se autorregulava apenas mediante o *laissez-faire*, a primeira intervenção estadual norte-americana foi contra os cartéis, em 1890, com a *Sherman Act*.[49] Depois, reconheceu-se que, para reduzir na maior medida

48. Cf. RODRIGUES, 2019, p. 20s e 50s.

49. Sobre isto, cf. SCHMIDT, 2018, p. 53s. Refere-se que (p. 54), ao tempo, a empresa *Standard Oil,* de *John Rockefeller,* criou uma operação de *trust*, submetendo diversas empresas subsidiárias da Companhia au comité de controlo único, o que facultou a formação de

do possível as distorções da concorrência inerentes ao mercado, não bastava garantir a liberdade e era essencial assegurar a transparência do seu funcionamento. No setor do mercado de capitais, designadamente, o modelo *Securities laws,* também por influência norte-americana, implicou para as empresas que participam no mercado deveres de comunicação sobre cada vez um maior número de informações e dados, quer aos mercados quer às entidades reguladoras. Reconhecia-se, assim, neste setor, uma estratégia de controlo, de acordo com a qual «*sunlight is said to be the best of desinfectants; electric light the most efficient policeman*»[50]. E que, erigindo a informação a bem jurídico-penal, pode levar a incriminações como as de abuso de mercado (crimes de informação privilegiada ou de manipulação de mercado) ou relacionadas com o dever de prestar informações sobre a empresa (recusa ilícita de informação, prestação de informações falsas impedindo a fiscalização da vida das empresas), que se orientam, não tanto para a proteção de sócios, mas do mercado e da informação das autoridades de controlo. Foi, entretanto, no domínio da corrupção[51], com a *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), em 1977, que se adotou pela primeira vez um modelo de autorregulação das empresas, isto é, um modelo de luta contra o crime (de corrupção, no caso) que exige que as próprias empresas se impliquem e se corresponsabilizem no seu combate, designadamente através da prevenção de atos cujo risco de corrupção está ligado à atividade da empresa. O seu objetivo era ampliar os poderes da *Securities and Exchange Commission* (SEC), impondo às empresas maiores deveres de controlo. A FCPA é comummente reconhecida como o primeiro instrumento legislativo a adotar normas de autorregulação típicas dos programas de *compliance*, perspetivados como uma técnica de *law enforcement*. É o seu antepassado mais próximo, expressando já a preocupação com a aplicação da lei. É importante aqui destacar, ligado ao seu nascimento, o contexto regenerador da vida económica e política norte-americana da era *Carter*, fruto do espírito de protesto contra a *Guerra do Vietnam* e de luta pelos direitos civis. O detonador foi o *Caso Watergate* e a constatação de que a maioria das grandes empresas americanas

monopólios na exploração do petróleo, açúcar, whisky, chumbo, óleo de algodão e de linhaça. A nova lei foi o instrumento jurídico utilizado, em 1911, para que a liberdade de concorrência no setor fosse restabelecida, à custa do desmembramento da *Standard Oil* em duas outras empresas: a *Standard Oil* de Nova Jersey (hoje *Exxon*) e a *Standard Oil* de Nova Iorque (hoje *Mobil*).

50. A referência é ao mecanismo de controlo social pensado por *Louis Brandeis* que, juntamente com *Adolf Baerle*, foi o ideólogo do modelo da *Securities Law*. Assim, NIETO MARTÍN, 2007, p. 126.

51. Sobre o tema, cf. NIETO MARTÍN, 2013, p. 192s; *id,* 2014, p. 17s.

pagava somas consideráveis em subornos para levar a efeito a sua atividade económica que se desenvolvia além-fronteiras. Aplicando-se unicamente ao setor privado e dirigindo-se à corrupção internacional, a outra novidade da FCPA foi a extraterritorialidade do direito penal nacional: punia-se a corrupção, realizada por empresas norte-americanas ou no território norte-americano, de funcionários de outros Estados e de organizações internacionais. Este impulso moralizador da economia internacional, no caso norte-americana – que, aliás, conheceu o seu ocaso coma chegada de *Reagen* ao poder e apenas se reativou a partir de *Clinton* – só passou para a Europa cerca de duas décadas depois (em 1997), quando se estabeleceu a *Convenção OCDE*. É ainda relevante atender a que este modelo da FCPA, de autorregulação baseada no *compliance*, foi acolhido nas *US Sentencing Guidelines*, em 1991, segundo as quais se desenvolveu o modelo de responsabilidade penal das empresas baseado na estratégia do *compliance*: as empresas que adotam programas de *compliance*, isto é, medidas de prevenção de determinadas infrações e que colaborem na sua investigação e esclarecimento recebem como prémio sanções menores ou mesmo não se vêm submetidas a um processo penal.

5.2. A eficácia da autorregulação

A questão fundamental a apreciar tem a ver com o aspeto, decisivo, de saber se a autorregulação pode ser vista como uma forma de controlo social eficaz para prevenir a lesão ou colocação em perigo de bens jurídico e a proteção e promoção de direitos humanos, tendo em vista a realização da segurança humana. E, assim, se pode enquadrar-se numa numa nova compreensão de política criminal, em que *a intervenção penal do Estado se faz à distância*[52].

O primeiro aspeto que quero destacar é o de que esta autorregulação é *regulada*. Neste modelo novo de autorregulação não se trata mais da ausência do Estado – cujos perigos ficaram bem evidentes na crise de 2008 –, mas sim de garantir a sua presença eficaz, através de uma forma de controlo mais sofisticada. Desta forma, é possível ultrapassar a grande dificuldade da consideração autónoma da responsabilidade das pessoas jurídicas que é a falta de aspetos determinados – seguros – onde se possa fazer radicar essa responsabilidade por defeito de organização. Numa palavra, aquilo que se pode referir como a indeterminabilidade jurídica desta responsabilidade[53]. Ora, com a autorregulação regulada é possível

52. Não se trata agora de acentuar a vertente de *ultima ratio* do direito penal, que não está em causa, quanto de fazer ressaltar o seu efeito preventivo à distância.

53. Neste sentido, NIETO MARTÍN, 2008, p. 14.

fazer o caminho da determinação e especificação do que é um sistema preventivo de autorregulação eficaz, pondo em prática técnicas de bom governo das empresas e criando e aplicando programas de *compliance* cada vez mais exigentes, sofisticados e abrangentes.

Entretanto, a moderna *self-regulation* carateriza-se por uma intervenção estadual diferente da clássica, neste sentido, «menos coativa e mais dialogante»[54]. Trata-se, portanto, de centrar a intervenção, designadamente administrativa ou mesmo penal, mais na qualidade e eficácia do sistema de autorregulação interno e menos, de acordo com o modelo de controlo público tradicional, na verificação do cumprimento da norma pelo seu destinatário. Por outras palavras: a prevenção de condutas desviadas empresariais alcança-se melhor através de soluções flexíveis e de assessoria. Está em causa evitar um método de atuação baseado em sanções severas desde o primeiro momento. Procura-se que as empresas se autorregulem, aconselhando-se o melhor modo de atuar de acordo com a legalidade, mas as empresas sabem que existe um aparelho coativo capaz de atuar duramente se o diálogo fracassa. É neste contexto que os programas de *compliance* têm, pois, um peso específico para modular as sanções, na medida em que uma empresa que se preocupa em estabelecê-los e em colocá-los em funcionamento demonstra uma real disponibilidade para a prevenção do cometimento de ilícitos, designadamente de crimes. É importante notar que as raízes da estratégia de autorregulação regulada podem ir buscar-se já aos anos cinquenta do século passado e ao modelo de *self enforcement* ou *enforced sel-regulation* desenvolvido por *John Braithwaite*[55], na medida em que o que carateriza este sistema é a intervenção da administração pública na elaboração das normas de autorregulação. A intervenção pode ter lugar, quer *ex ante*, com a finalidade de fixar as linhas mestras que deve seguir a autorregulação, quer *ex post*, para comprovar se a autorregulação tem o grau de qualidade necessária. Com o que está em causa, como já se referiu e importa acentuar, centrar a intervenção estadual na eficácia do sistema de autorregulação interno. Uma manifestação particularmente feliz deste modelo de autorregulação encontra-se na legislação italiana que disciplina a responsabilidade das pessoas coletivas, em que os modelos de organização podem ser desenhados por organizações empresariais e, posteriormente, necessitam da aprovação da administração[56].

54. Assim, NIETO MARTÍN, 2008, p. 8.

55. Cf. BRAITHWAITE, 1982, p. 1466-1507.

56. *Decreto Legislativo 8 Giugno 2001 N. 231*. Desde logo, porque a lei incentiva as organizações empresariais a estabelecerem os seus modelos tipo para as empresas do setor; e

Neste contexto de autorregulação, a prevenção da ofensa a bens jurídicos e a proteção dos direitos humanos torna-se um *dever* e uma *responsabilidade* para as empresas e logra um sentido *socializador*. Pode mesmo falar-se de *socialização dos tempos modernos*, em face de uma criminalidade empresarial transnacional também dos tempos modernos. Neste ponto, impõe-se uma ordem de considerações.

É evidente o relevo que aqui pode assumir a *boa governança* das empresas, ligada à *responsabilidade social*, sustentada numa avaliação de riscos e na implantação de uma cultura ética e de legalidade traduzida em programas de *compliance*. Neste sentido, nota-se, impulsionado a partir dos organismos internacionais, a configuração de um movimento renovado de autorregulação para ultrapassar as falhas de intervenção por parte dos Estados[57]. As duas caraterísticas que o definem são a sua natureza voluntária e o seu objetivo de equilibrar as preocupações sociais e a busca do lucro. O *UN Global Compact* (2000) marca uma nova era nas relações da Nações Unidas com as empresas, a era da *responsabilidade social empresarial*: o *Pacto* dirige-se às empresas que, de forma voluntária, queiram comprometer-se a alinhar as suas operações e estratégias com dez princípios universalmente aceites em matéria de direitos humanos, direitos laborais, ambientais e anticorrupção. O primeiro princípio, a modos de declaração de intenções, estabelece que as empresas devem apoiar e respeitar a proteção dos direitos humanos fundamentais, reconhecidos internacionalmente, no seu âmbito de influência. Ainda que os contornos e conteúdos da *corporate social performance* possam ser difusos, ela significa a integração voluntária, por parte das empresas, das preocupações sociais e ambientais na sua atividade comercial e relações com os seus interlocutores.

Nesta parte, ligada à responsabilidade social, a governança empresarial e a autorregulação (o *compliance*) têm em conta, precipuamente, a realização eficaz de finalidades preventivas, de proteção de bens jurídicos e direitos humanos, que se cobrem com a *legitimidade* das normas que as servem. Na verdade, este aspeto – da legitimidade das normas que as empresas (auto-)adotam para se governar e organizar – é fundamental para a compreensão da atual autorregulação[58]. Foi de novo *Braithwaite* que, na sequência dos seus estudos sobre *enforced self-regu-*

depois, sobretudo, porque existe um controlo administrativo sobre o modelo de organização (cf. Artigo 6º). Sobre isto, NIETO MARTÍN, 2015, p. 106.

57. Sobre isto, cf. FORCADO BARONA, 2018, p.53s (p.73s); *vide*, também, ZUÑIGA RODRIGUEZ, 2018, p. 99s.

58. CF. NIETO MARTÍN, 2015, p. 105 e 109.

lation, agora com *Ian Ayres*[59], desenvolveu o modelo de *tripartism* ou *responsive regulation*, cuja identidade legitimadora radica em que terceiros portadores de interesses públicos – ONG, sindicatos, organizações de consumidores, etc., ou potenciais afetados com a regulação – ligados aos setores objeto de autorregulação intervêm, quer na elaboração dos sistemas de prevenção, quer na fase de *law enforcement*. Evitam-se, assim, de um lado, os problemas associados a uma nova espécie de captura regulatória levada a efeito pelas próprias empresas através da autorregulação; e, por outro lado, aumenta-se a democraticidade da regulação, na medida em que se assegura um processo de ponderação equilibrado dos interesses em jogo na fixação do risco permitido – por exemplo, no caso de uma empresa contaminadora do ambiente, ao permitir que os diretamente atingidos e as vítimas potenciais dos riscos da atividade participem ativamente na determinação das normas de cuidado a observar na sua organização. Resulta claro, além do mais, que, ao afastar-se, por aqui também, uma rigidez regulatória geral e abstrata, se potencia, por seu turno, a eficácia deste modelo de autorregulação, ao permitir a criatividade empresarial que adequa as regras às especificidades da empresa e da sua atividade.

Nesta estratégia preventiva de autorregulação do comportamento empresarial desviado assumem especial relevo os programas de *compliance*. Imediatamente, eles visam a promoção de uma cultura empresarial ética e de cumprimento legal, sendo que o seu objetivo final é evitar a lesão de bens jurídicos e a violação de direitos humanos e a correspondente responsabilidade administrativa, civil e, em última linha, mas sobretudo, penal. Esta estratégia de *compliance* utiliza um novo tipo de *law enforcement* em que a atuação estadual passa por introduzir *um (novo) nível de aplicação da lei* entre a (violação da) norma e a (aplicação da) sanção ou punição. Que não está, portanto, tão dirigida a sancionar ou punir quanto a «buscar a cooperação e a participação dos infratores, com a finalidade de corrigir os defeitos que levaram à violação de uma norma»[60]. No fundo, trata-se de os tornar capazes de evitar, no futuro, comportamentos semelhantes. No âmbito da atividade empresarial, isto significa que a intervenção estadual através do *compliance* cumpre uma *função socializadora*. Ligada esta intervenção estadual à responsabilidade penal autónoma da empresa, *compliance* significa que a empresa deve adotar mecanismos de autorregulação cada vez mais eficazes, designadamente, aperfeiçoando, melhorando e

59. BRAITHWAITE/AYRES, 1992, p. 101s.

60. Nesta linha, no contexto de uma justiça restaurativa, NIETO MARTÍN, 2015, p. 117s (*vide*, também, p.102).

atualizando os programas respetivos, de acordo com uma função de prevenção que ganha um sentido socializador[61]. Depois, pese embora a ênfase que conhecem os argumentos que assacam à empresa um funcionamento baseado numa visão tributária de uma racionalidade puramente económica, de obtenção de lucros, a sociologia[62], designadamente, vem, de outra perspetiva, revelando análises que não validam totalmente este modelo de empresa. Hoje em dia, cada vez mais as empresas desenvolvem programas de *compliance* que integram medidas de *due diligence*, perspetivadas como procedimentos internos usuais de controlo do seu funcionamento, focadas na ética negocial. Concebidos para incentivar um ambiente empresarial simultaneamente «livre de ilícitos» e comportamentos de acordo com os valores, a ética e preocupados com os trabalhadores e com o clima, são vistos como uma *mais-valia reputacional*. De um ponto de vista económico, isto tem como pressuposto que uma gestão empresarial que promova o cumprimento e o respeito dos direitos humanos incrementa o valor (económico) da empresa[63]. O que significa, numa visão mais moderna e inclusiva das empresas e da sua governação, que deve valorizar-se e atender-se cada vez mais aos interesses e direitos da generalidade das pessoas e da comunidade mais atingida pela atividade empresarial. O que vai para além, na sua gestão, da tradicional procura de lucro e implica considerar a dimensão de responsabilidade social já referida. A sustentabilidade empresarial passa hoje por atender aos interesses e direitos de trabalhadores, de clientes, de fornecedores e da comunidade em geral, onde podem incluir-se interesses ambientais.

61. A eficácia do *compliance* assim compreendido assenta, desde logo, na consideração de que o cumprimento das normas, no contexto de risco em que as empresas atualmente atuam, pode envolver dificuldades reais. Fala-se (cf. NIETO MARTÍN, 2015, p. 115s), a este propósito, de um processo em três fases, que envolve o compromisso da administração da empresa com o cumprimento; a aprendizagem, isto é, desenvolvimento de conhecimentos e competências que permitem respeitar os dispositivos legais e as normas éticas; e, finalmente, a institucionalização do cumprimento, através de um programa de *compliance* que contenha medidas adequadas ao cumprimento.
62. A propósito do enquadramento sociológico do que a seguir se refere, em texto, vide RIDLEY, 2014, *passim*; cf. também, do Autor, 21 de dezembro de 2019.
63. Refere-se (cf. SÁNCHEZ, 2019, p. 275) o exemplo do Reino Unido, em que os fundos de investimento incluem, em 33% dos casos, o valor agregado que supõe o respeito pelos direitos humanos e pelo meio ambiente. Nos Estados Unidos da América, 86% dos consumidores estão dispostos a mudar de marca a favor de outra que respeite em maior medida os direitos humanos.

5.3. Controlo internacional da atividade empresarial transnacional

Neste cenário, avulta uma questão que tem a ver, sobretudo quando a proteção dos direitos humanos deixou de ser responsabilidade exclusiva das soberanias estaduais e passa a ser das empresas, com a necessidade de um *controlo internacional das empresas transnacionais*. É, no fundo, o enfraquecimento do princípio da soberania a criar expetativas de inovações jurídico-políticas, com efeitos sobre a ordem pública internacional. Na verdade[64], um dos efeitos da globalização é a intensificação e a diversificação de conflitos de direito internacional público. E a questão da eficácia deste surge inevitavelmente. Por outras palavras, o direito internacional dirigido unicamente aos Estados soberanos e às organizações internacionais está a ser submetido a uma leitura mais exigente quanto à observância das normas internacionais. Existe uma pressão para a criação de uma nova ordem normativa que vá para além da simples coordenação das relações de poder entre Estados soberanos e que contemple as relações entre Estados e diversos atores. Este seria, com efeito, um outro grande impacto da globalização no mundo jurídico – a transformação do direito internacional dos soberanos em direito internacional das relações entre *todos* os atores legítimos. É aqui que se situa a questão do controlo internacional da atividade empresarial transnacional, uma vez que o controlo nacional, que ganhou força com o reconhecimento da soberania permanente sobre os recursos naturais e as atividades económicas no respetivo território, não se tem mostrado suficiente.

Com efeito, as empresas transnacionais beneficiam de uma forma de *imunidade*: estas empresas, que, por definição, desenvolvem as suas atividades além-fronteiras, não estão diretamente submetidas ao direito internacional e escapam também à jurisdição nacional, sobretudo quando o país de implantação é demasiado fraco para desencadear a perseguição sancionatória. A perda de eficácia da regulação pública é uma evidência, já que, sendo embora os Estados de procedência das empresas possuidores de sistemas jurídicos e judiciários consistentes, o princípio da territorialidade e múltiplos problemas de soberania impedem-nos de exercer controlo sobre a sua atividade, sem a contrapartida deste ser efetuado nos países escolhidos para a sua deslocalização. Com efeito, é reduzida a possibilidade de julgar factos praticados por empresas internacionais perante jurisdições que não são as do local onde esses factos foram praticados. Os casos que ocorreram nos EUA, com a *Alien Claims Tort Act* (ACTA) são os mais

64. Cf. NUÑEZ NOVO, 2017.

conhecidos[65]. É neste contexto que assume relevância muito particular a questão do controlo sobre a atividade destas empresas, que violam normas, não apenas com uma dimensão nacional, mas normas internacionais, pertencentes ao *jus cogens* internacional, como as relativas aos direitos humanos, à proteção do meio ambiente, à proibição do trabalho forçado ou infantil, da discriminação, da corrupção pública ou privada, da exploração sexual ou do financiamento do terrorismo, entre outras.

Uma possibilidade de resposta[66] reside na aplicação extraterritorial do direito penal dos Estados onde as empresas têm a sua sede e passa pela autorregulação e pela *human rights due diligence*, desde que em combinação com a responsabilização penal autónoma das empresas multinacionais perante a violação daquelas normas internacionais, já que os Estados sozinhos dificilmente podem ser eficazes no controlo de comportamentos de pessoas – coletivas – tão poderosas como são as empresas multinacionais.

Um primeiro aspeto que resulta deste entendimento representa um ganho de eficácia na punição das infrações assim cometidas pelas empresas, já que permite *localizar* a infração no território da empresa-mãe, na medida em que é aí que reside a responsabilidade por implantar programas de *compliance* eficazes. Constitui um exemplo francamente interessante, a este propósito, a *lei francesa 2017-399, de 27 de março de 2017*, relativa ao dever de vigilância das empresas matrizes sobre as suas filiais, que obriga as empresas matrizes francesas a exercerem controlo sobre as suas filiais no estrangeiro, mediante a implementação de mecanismos de diligência devida – *planos de vigilância* –, equivalentes a programas de *compliance*, com que se visa prevenir a violação dos direitos humanos, das liberdades fundamentais, da saúde e segurança das pessoas e do meio ambiente[67]. Um segundo aspeto é o de que a intervenção penal pode incidir sobre a exigência de *transparência*, que se faz sentir ao nível do bom governo destas empresas. E, assim, sobre

65. A referência é ao caso apresentado num tribunal de distrito federal nos EUA, por cidadãos birmaneses, contra a *Union Oil Company*, da Califórnia (*UNOCAL*). Sobre isto, *vide* FORCADO BARONA, 2018, p. 57s; cf., também, NIETO MARTÍN, 2015, p. 130s.

66. Sobre isto, cf. DEMETRIO CRESPO, 2018, p. 11s e NIETO MARTÍN, 2015, p. 131 (onde fala, a este propósito, de «autorregulação e coação estadual, através do direito penal da empresa»); *id.*,2018. 293s.

67. Sobre isto, SÁNCHEZ, 2019, p. 277s, que refere ainda como a implementação dos planos de vigilância é um dever para as empresas que tenham a sua sede social em território francês e que empreguem pelo menos 5.000 assalariados em território francês ou 10.000 dispersos pelo mundo.

a publicitação de informação relativa ao cumprimento dos deveres ligados ao exercício da sua atividade, mais especificamente, sobre a falsidade da informação publicitada. O exemplo[68] pode ir buscar-se, de novo, a França, onde, desde 2002, se pune a falsidade da informação relativa à responsabilidade social empresarial, cuja publicitação constitui um dever. Nos EUA, uma lógica semelhante esteve na base da acusação da *Nike* do crime de publicidade enganosa, na base da atividade desenvolvida pela multinacional em terceiro países em condições laborais incompatíveis com os níveis mínimos exigidos. Pune-se, assim, a falsificação da informação relativa ao cumprimento de deveres da empresa de respeito de direitos humanos ligados à dimensão social envolvida na sua responsabilidade.

Entretanto, o *quid* desta questão continua a ser a possibilidade de controlo internacional da atividade destas empresas, sem que se possa estar muito otimista quanto aos avanços neste sentido. Basta pensar, por exemplo, na adoção de uma política internacional de concorrência, que a OMC procura levar a efeito. No domínio penal[69], constitui um desafio a possibilidade de responsabilidade penal internacional destas empresas multinacionais e, assim, de responderem perante um órgão jurisdicional penal internacional. A interrogação sobre a necessidade de um *direito penal internacional económico* em que as grandes empresas sejam passíveis de responsabilidade penal ganha cada vez mais força, acompanhando a incompreensão em face de um estado de coisas atual, em que os Estados e os indivíduos persistem em se manter como os atores principais das violações ao direito internacional, também penal. Com efeito, frente à ideia tradicional de que só os Estados estão legalmente vinculados às normas internacionais de direitos humanos, nos últimos anos vem-se considerando que alguns deveres que resultam dessas normas se estenderam aos atores privados não estaduais, em particular às empresas transnacionais (efeito horizontal dos direitos humanos). A mudança no debate foi expressa, em 2010, pelos *Princípios de Ruggie,* ao abrirem caminho à *responsabilidade* – embora *não ao dever* – das empresas de respeitarem os direitos humanos. Neste contexto, podemos já contar com os *Guiding Principles on Business and Human Rights* (*Guiding Principles*)[70], aprovados em 2011, que seguem, desde logo, a via da autorregulação, quando pedem às empresas que atuem com

68. Cf. NIETO MARTÍN, 2015, p. 133 e bibliografia aí citada.

69. Sobre o tema, vide, DEMETRIO CRESPO, 2018, p.11s; FORCADA BARONA, 2018, p. 53s; ZUÑIGA RODRIGUEZ, 2018, p. 99s; NIETO MARTIN, 2015, p. 293s; PÉREZ CEPEDA, 2019, p. 126s.

70. *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementig the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, UN*, 2011 (cf. ponto 15).

a diligência devida (*due diligence*), de acordo com programas de cumprimento em matéria de direitos humanos. Existem já hoje, a este propósito, normas de auditoria social[71] que permitem concretizar em que consiste uma boa organização empresarial e, assim, abrir caminho a uma intervenção penal que ofereça (mais) segurança jurídica. Para além disso, os *Guiding Principles* trilham um caminho muito promissor quando apostam na estratégia da *disclosure* referida, ao pedirem aos Estados que incentivem ou mesmo que exijam às empresas a publicitação das suas medidas de cumprimento em matéria de direitos humanos. Muito relevante é, neste sentido, a iniciativa da União Europeia, ao aprovar, em 2014, a Diretiva sobre informações sobre a divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos[72], que obriga as empresas que contam, em média, com mais de quinhentos trabalhadores a publicar «estados não financeiros» que devem conter informação, os resultados e a situação da empresa e o impacto da sua atividade relativamente, «pelo menos, a questões ambientais e sociais, bem como relativas aos trabalhadores, aos direitos humanos e à luta contra a corrupção». Entre os requisitos mínimos desta publicação está a descrição do programa de cumprimento quanto a recursos humanos. E, no caso de grupos de sociedades, a Diretiva obriga a um «estado não financeiro consolidado», quer dizer, a informar sobre o sistema de autorregulação do grupo em matéria de direitos humanos. Acrescente-se, ainda que, em junho de 2017, a Comissão elaborou uma série de orientações a este propósito, entre elas referentes à metodologia aplicar à informação não financeira[73].

6. A concluir

O desenvolvimento económico não pode, hoje, situar-se à margem da prevenção e proteção de bens jurídicos, designadamente de relevo penal, e dos direitos humanos. E as empresas, cada vez mais de dimensão transnacional, como principais atores da globalização económica, devem ser vistas como sujeitos autónomos de responsabilidade pela prática de ilícitos e por uma criminalidade ligada ao desenvolvimento da sua atividade. A violação massiva dos direitos humanos,

71. Refere-se às normas *SA 80000,* desenvolvidas pela *Social Accountability International*, NIETO MARTÍN, 2015, p. 132.

72. Diretiva 2014/95/EU, de 22 de outubro de 2014. Esta Diretiva foi transposta para o ordenamento jurídico português através do Decreto-lei nº89/2017, de 28 de julho.

73. Cf. *Orientações sobre a comunicação de informações não financeiras (metodologias para a comunicação de informações não financeiras),* Comunicação da Comissão Europeia C (2017) 4234 final, Bruxelas, 26.6.2017.

favorecida pela sua deslocalização, total ou parcial, para países em desenvolvimento, também não deve ficar sem resposta, sendo tempo de fazer uma reflexão mais atualizada sobre os instrumentos jurídicos adequados de direito internacional, também penal, para prevenir, sancionar e reparar as terríveis consequências que provocam. É preciso incentivar uma autorregulação regulada eficaz, em que a boa governança se apoia em programas de *compliance* orientados para o cumprimento, não só das normas legais mas também dos valores, de acordo com uma conceção solidária de empresa. E em que, a nível internacional, é uma necessidade passar dos códigos de comportamento voluntários para um texto internacional legalmente vinculativo que as considere sujeitos obrigados pelo direito internacional dos direitos humanos e onde ecoa a necessidade de um direito penal internacional.

Como refere Daniel Innerarity[74], entrámos na «era dos conflitos da exclusão social», que não se combate com intervenções armadas. Trata-se de «dar prioridade às questões sociais internacionais da perspetiva do social» e de diagnosticar e gerir, no século XXI, a «questão social global» tal como se fez com «a questão social que se manifestava no interior dos Estados durante os séculos XIX e XX». O que implica regulação, solidariedade e cooperação.

Bibliografia

AFONSO, Óscar, «Globalização, corrupção e desenvolvimento económico» (https.//www.dinheirovivo.pt/autor/oscar-afonso/), 28.09.2019.

BASOCO, J.M. Terradillos, «Derecho penal económico. Lineamentos de política penal», *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla,* México, ano IX, nº35, enero-junio de 2015.

BAUCELLS LLADÓS, J., «Sistema de penas para el delinquente económico», *Cuadernos de Política Criminal (CPC),* 106, 2012.

BAUMAN, Zygmunt, *Globalização: as consequências humanas* (tradução de Marcus Penchel), Rio de Jnaeiro, Jorge Zahar,1999.

BRAITHWAITE, John, «Enforced self-regulation: a new strategy for corporate crime control», 1951, reeditado por *Michigan Law Review,* vol. 80, no7, 1982.

BRAITHWAITE, John; AYRES, Ian, *Responsive Regulation: transcending the deregulation debate*, New York: Oxford University Press, 1992.

CASTRO MARQUINA, G., *La necessidad del derecho penal económico y su legitimidade en el Estado social y democrático de derecho*, BdeF-Euros Editores, Montevideu, Buenos Aires, 2016.

74. INNERARITY, 2019, p. 77s (p. 80 e 81).

DELMAS-MARTY, Mireille, *Aux Quatre Vents du Monde. Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation,* Éditions du Seuil, septembre 2016.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «El significado político del derecho penal económico», *en* E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (coord), *Crisis financeira y derecho penal económico,* BdeF-Edisofer, Montevideu, Madrid, 2014.

DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Presentación: vulneración de derechos humanos por empresas multinacionales: de un derecho penal económico transnacional a un derecho penal internacional económico?», en *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos,* Eduardo Demetrio Crespo/Adán Nieto Martín (Directores), Manuel Maroto Calatayud/Maria Pilar Marco Francia (Coordinadores), Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral,* Tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2007.

FORCADO BARONA, Ignatio, «Derecho internacional, responsabilidad social corporativa y derechos humanos», en *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos,* Eduardo Demetrio Crespo/Adán Nieto Martín (Directores), Manuel Maroto Calatayud/Maria Pilar Marco Francia (Coordinadores), Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

GALBRAITH, John Kenneth, *The Affluent Society*, New York, 1958 (1998).

GRACIA MARTÍN, Luis, «La modernización del derecho penal como exigência de la realización del postulado del Estado de derecho, social y democrático», *Revista de Derecho Penal y Criminologia*, 3ª época, nº 3, 2010.

INNERARITY, Daniel, *Política para perplexos*, Porto Editora, 2019.

LASCURAÍN, Juán António, «Compliance, debido control y unos refrescos», *El derecho penal económico en la era compliance*. Directores Luíz Arroyo Zapatero/ Adán Nieto Martín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, «Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del ´big crunch' y la selección de bienes jurídico-penales», *La política criminal en Europa*, Santiago Mir Puig/ Mirentxu Corcoy Bidasolo (directores), Víctor Gómez Martín (coordinador), Atelier, 2004.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico*, Iustel, 2012.

NIETO MARTÍN, Adán, «Americanización o europeización del derecho penal económico?», *Revista Penal*, 2007.

NIETO MARTÍN, Adán, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo,* Iustel, Madrid, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán, «Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa», *Política Criminal*, Nº 5, A3-5, 2008.

NIETO MARTÍN, Adán, «Cosmetic use and lack of precision in compliance programs: any solution?», *EUCRIM* 3/2012.

NIETO MARTÍN, Adán, «La privatización de la lucha contra la corrupción», en *El Derecho Penal Económico en la Era Compliance*, Luiz Arroyo Zapatero/Adán Nieto martín (Directores), Tirant lo Blanch, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán, «Cumplimiento normativo, criminologia y responsabilidade penal de personas jurídicas», *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Adán Nieto Martín (dir), Tirant, Valencia, 2014.

NIETO MARTÍN, Adán, «De la ética al public compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas», en *Public compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos,* Adán Nieto Martín/Manuel Maroto Calatayud (Directores), Ediciones de la Universidadde Castilla –La Mancha, Cuenca, 2014, p. 17s.

NIETO MARTÍN, Adán, «Autorregulacíon, «compliance» y justicia restaurativa», en *Autorregulación y Sanciones*, Luis Arroyo Jiménez/Adán Nieto Martín (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Edición, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán, «Autorregulacíon, «compliance» y justicia restaurativa», en *Autorregulación y Sanciones*, Luis Arroyo Jiménez/Adán Nieto Martín (Directores), Thomson Reuters Aranzadi, 2ª Edición, 2015.

NIETO MARTÍN, Adán, «La responsabilidade penal de empresas multinacionales y la seguridad alimentaria», en *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos,* Eduardo Demetrio Crespo/Adán Nieto Martín (Directores), Manuel Maroto Calatayud/Maria Pilar Marco Francia (Coordinadores), Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

NÚÑEZ NOVO, Benigno, «O Direito Internacional Econômico» (https:/benignonovo.jus.com.br/publicacoes), publicado em 12/2017 (último acesso em 18-1-2020).

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel, «Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los derechos humanos», *Revista Penal,* nº 44 – Julio 2019.

RIDLEY, Matt, *O otimista racional* (tradução de Ana Maria Mandim), Editora Record, Rio de Janeiro/SãoPaulo, 2014.

RIDLEY, Matt, «We've just had the best decade in human history. Seriously. Little if this made the news, because good news is no news», *The Spectator*, 21 de dezembro de 2019.

RODRIGUES, Anabela Miranda e MACHADO, Jónatas, «Segurança interna, globalização e desenvolvimento. Desafios para o século XXI», *Liber Amicorum Manuel Simas Santos*, Rei dos Livros, 2016.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *PoLar – Portuguese Law Review,* 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Económico – Uma Política Criminal na Era Compliance,* Almedina, 2019.

SANTOS, Cláudia, *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal), Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 56, 2001.

SÁNCHEZ, Julio Ballesteros, «Delincuencia empresarial, derechos humanos y seguridade humana: reflexiones desde el derecho penal económico y de la empresa», en *Los derechos humanos 70 años después de la Declaración Universal* coord. por Maria Concepcion Gorjón Barranco, Ana Belén Nieto Librero; Nieves Sanz Mulas (dir.), Ricardo Rivero Ortega (pr.), 2019.

SCHMIDT, Andrei Zenkner, *Direito penal económico. Parte Geral,* 2ªEdição, revista e ampliada, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2018.

Segurança e Desenvolvimento, Projeto «Coerência.PT: o Eixo do Desenvolvimento mais justo, mais digno, mais sustentável», Redação: Patrícia Magalhães Ferreira, Fundação Fé e Cooperação (FEC) e Instituto Marquês de Valle Flôr (IMVF), Ed. FEC, março de 2017.

SHUNEMANN, Bernd, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de política criminal,* Buenos Aires, Di Palácio, 2004.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Financiarización económica y política criminal», *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, Eduardo Demetrio Crespo (dir), 2010.

TERRADILLOS BASOCO, J. M., «Derecho penal económico. Lineamentos de política penal», *IUS*, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla,* México, ano IX, nº35, enero-junio de 2015.

XAVIER, Ana Isabel Marques, *A União Europeia e a segurança humana: um actor de gestão de crises em busca de uma cultura estratégica? Análise e considerações prospectivas*, Dissertação de doutoramento em Relações Internacionais (especialização em Estudos Europeus), Universidade de Coimbra, Faculdade de Economia, Coimbra, setembro de 2010.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas y derechos humanos. Una valoración desde la reforma de 2015 de la legislación española», en *Derecho Penal Económico y Derechos Humanos,* Eduardo Demetrio Crespo/Adán Nieto Martín (Directores), Manuel Maroto Calatayud/Maria Pilar Marco Francia (Coordinadores), Tirant lo blanch, Valencia, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Histórico da criminalidade econômica, de Joyce Roysen – *RBCCrim* 42/192-213 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/541-565 (DTR\2012\450460);
- Impactos do coronavírus na criminalidade econômica e programas de *compliance*, de Marina Pinhão Coelho Araújo e Luciano Anderson de Souza – *RDPec* 2/203-208 (DTR\2020\7072); e
- Processo penal aplicado à criminalidade econômico-financeira, de Diogo Malan – *RBCCrim* 114/279-320 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 7/49-90 (DTR\2015\9152).

A tradução brasileira do "Tratado de Direito Penal Allemão", de Franz Von Liszt (1899): história de uma tradução cultural entre Brasil e Alemanha

The Brazilian Translation of Franz Von Liszt's "Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts" (1899): a History of Cultural Translation Between Brazil and Germany

Ricardo Sontag

Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università di Firenze* (Itália). Professor de História do Direito e Coordenador do *Studium Iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, Brasil).
ORCID: 0000-0003-3008-8042
ricardosontag@yahoo.com.br

Nathália Nogueira Espíndola de Sena

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG, Brasil).
ORCID: 0000-0003-0601-6663
nathalia.sena7@hotmail.com

Recebido em: 30.05.2019
Aprovado em: 11.05.2020
Última versão dos autores: 27.05.2020

Áreas do Direito: Penal; Internacional

Resumo: A versão brasileira do "*Lehrbuch*" de Franz von Liszt, publicada em 1899, foi a primeira tradução desse livro (traduções para outras línguas datam de mais de uma década mais tarde), todavia, ela ainda não foi analisada pela historiografia jurídica. O nosso objetivo é compreender esse livro como um bem cultural dentro de um processo de tradução cultural em um contexto jurídico legalista e codificado do século XIX. Para entender a operação do tradutor (José Hygino), o artigo propõe um ajuste do conceito

Abstract: The Brazilian version of Franz von Liszt's "*Lehrbuch*" published in 1899 was the first translation of this book (other ones were made only more than a decade later). Nevertheless, it was not analysed yet by the legal historiography. Our aim is to comprehend this book as a cultural good within a process of cultural translation that deals with the legalistic and codified legal context of the nineteenth century. In order to understand the translator's (José Hygino) operation, the article proposes an adjustment of the intellectual

de intelectual mediador como ferramenta historiográfica. A mediação é analisada, sobretudo, por meio do prefácio e das notas do tradutor, mapeando as comparações de Hygino da legislação brasileira e alemã; analisando os diálogos de Hygino com juristas estrangeiros. Considerando a relevância das diferenças culturais dentro de uma ação discursiva como principal característica de um mediador intelectual, é possível distinguir no livro de Hygino as operações de mediação e as de simples participação em um espaço intelectual comum. Como um processo de tradução cultural, a tradução de Hygino é uma importante peça das transformações da literatura jurídico-penal brasileira da época, especialmente na expansão dos gêneros literários da literatura criminal brasileira e como um deslocamento nos seus diálogos internacionais.

Palavras-chave: História do direito penal – Franz von Liszt – José Hygino – Tradução cultural – Intelectual mediador.

mediator concept as a historiographical tool. The mediation is analysed mostly through the translator's preface and notes by mapping Hygino's comparisons between Brazilian and German legislation; and by analysing Hygino's dialogues with foreign scholars. Considering the relevance of cultural differences within a discursive action as the main feature of an intellectual mediator, it is possible to distinguish within Hygino's book cultural mediation operations and simply participation within a common intellectual space. As a cultural translation process, Hygino's translation is an important piece of the transformations of Brazilian criminal literature of that epoch, especially as an expansion of the literary genres of Brazilian criminal literature and as a shift of its international dialogues.

Keywords: History of criminal law – Franz von Liszt – José Hygino – Cultural translation – Intellectual mediator.

Sumário: 1. Introdução: um acontecimento editorial. 2. A tradução de um *Lehrbuch* alemão na literatura jurídico-penal brasileira oitocentista. 3. As notas de José Hygino. 3.1. Tradução cultural e intervenções do tradutor. 3.2. Os intertextos de Hygino. 3.3. Mediação de diferenças. 3.4. Diálogo entre pares. 4. Conclusões/*post scriptum*: um acontecimento editorial (cont.). Referências.

1. Introdução: um acontecimento editorial

O livro[1] ainda nem tinha saído do prelo da editora Briguiet. Meses antes da chegada da tradução de José Hygino Duarte Pereira do *Lehrbuch des deutschen*

1. Esta pesquisa foi levada a cabo no âmbito dos seguintes projetos: "*L'influence de la révolte positiviste sur le droit pénal au tournant des XIXe et XXe siècles: un état de la discussion en Europe et en Amérique latine*" (*Groupe Européen de Recherche sur les Normativités*); Programa Institucional de Auxílio à Pesquisa de Docentes Recém-Contratados da Universidade Federal de Minas Gerais (edital 5/2016); História do Direito Penal Brasileiro em Perspectiva Comparada entre os Séculos XIX e XX (FAPEMIG, edital demanda universal 1/2017); e "*Las influencias extranjeras en la Codificación penal española: su*

Strafrechts ("Tratado de direito penal allemão") de Franz von Liszt às livrarias, a Revista de Jurisprudência já tinha publicado alguns excertos da obra. No volume V de 1899, a mesma revista "oferecia" aos seus leitores, em primeira mão, o prefácio do tradutor. O jornal "Minas Geraes: Orgam Official dos Poderes do Estado", por sua vez, em edição do dia 14 de abril de 1899 (p. 6) tinha anunciado que "o próximo fascículo da Revista de Jurisprudencia publicará o prefacio do dr. José Hygino á tradução da obra de Franz von Liszt, Tratado de Direito Penal, que tanto sucesso tem produzido no mundo jurídico".

Briguiet não era apenas uma editora, mas também uma livraria. O dono era um imigrante francês, Ferdinand Briguiet, que fora um dos assistentes da livraria e editora francesa Garnier[2], uma das mais famosas no Brasil no século XIX[3]. As editoras e livrarias francesas foram muito importantes no mercado brasileiro desde a primeira metade do século XIX[4]. A Briguiet foi fundada em 1893[5] e logo se tornou famosa como uma livraria internacional[6]. A historiografia ainda não detalhou o estilo editorial de Briguiet nem seu *modus operandi* comercial, então é difícil determinar o peso dos títulos jurídicos (portanto, em parte, da tradução do *Lehrbuch*) para a editora. É possível afirmar, no entanto, que parte dos rendimentos desse tipo de livro veio da venda para instituições públicas, como tribunais[7].

Até o final da década de 1890, a situação do mercado de livros no Brasil não era das melhores[8]. Mas, em 1899, Briguiet deu sinais claros de saúde ao relatar a

concreto alcance en la Parte Especial de los Códigos decimonónicos" (ref. DER2016 – 78388-P), financiado pelo *Ministerio de Economía y Competitividad* espanhol. Os autores gostariam de agradecer a Alba Salles pelas suas contribuições nos primeiros passos desta pesquisa e aos professores Mariana de Moraes Silveira e Diego Nunes pelas suas úteis sugestões. Uma versão anterior desta pesquisa foi publicada em inglês como um *working paper* no *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, n. 2019-17.

2. HALLEWELL, 2012, p. 277.
3. HALLEWELL, 2012, p. 219-250.
4. HALLEWELL, 2012, p. 219-221.
5. HALLEWELL, 2012, p. 277.
6. HALLEWELL, 2012, p. 297.
7. Várias notas oficiais em jornais entre 1893 e 1899 relataram autorizações de pagamento para Briguiet por causa do fornecimento de livros aos tribunais. Cf., por exemplo, a nota publicada em *O Fluminense* no dia 8 de junho de 1898 (p. 2).
8. HALLEWELL, 2012, p, 277-285.

reforma[9] de seu imponente prédio[10] na famosa Rua do Ouvidor, no Rio de Janeiro, uma das ruas mais tradicionais da antiga capital desde o século XIX, célebre por ser ponto de encontro para intelectuais, também por causa de suas numerosas livrarias.

José Hygino traduziu um livro alemão. Hoje em dia, nada mais comum no cotidiano de um penalista brasileiro do que fazer uso de traduções de livros de direito penal provenientes da Alemanha. Aliás, muitos penalistas provavelmente afirmariam: "é impossível prescindir do diálogo com a cultura jurídico-penal alemã para que seja possível atingir o cume do debate na área!". Pouquíssimos, atualmente, negariam a importância, pelo menos, do diálogo com a Alemanha no âmbito penal. Para além dessa assertiva que não pretendemos tentar refutar, é bem verdade que é possível fazer a história da construção da imagem da Alemanha como uma espécie de "meca" do direito penal. No final do século XIX, um italianófilo como João Vieira de Araújo considerava a penalística alemã inferior à italiana[11]. No polo oposto, mais ou menos na mesma época, Tobias Barrêtto levava muito mais a sério os autores alemães. Francesco Carrara ele desprezava como um metafísico pouco útil. Cesare Lombroso teria algum interesse, mas as supostas "novidades" da escola positiva italiana não entusiasmavam o nosso germanófilo[12]. Ambos, aliás, eram professores da Faculdade de Direito de Recife e não tinham muito apreço um pelo outro[13]. Na primeira metade do século XX, a literatura jurídico-penal alemã se tornou um ponto de referência obrigatório para os penalistas brasileiros. Mesmo quando dela se discordava, não era mais possível ignorar o que estava sendo escrito sobre direito penal na Alemanha.

A tradução de José Hygino se encontra nos primórdios dessa história. Na década de 1890 eram muito raras traduções de textos de direito penal para o português brasileiro. Além disso, a tradução brasileira do *Lehrbuch* também é a

9. O *Jornal do Commercio,* de 30 de novembro de 1899 (p. 10), publicou o anúncio sobre a "grande transformação" do prédio de Briguiet. O famoso escritor João do Rio, em reportagem publicada no dia 6 de dezembro de 1903 no Jornal do Recife, afirmava que todos os grandes livreiros que ele visitava no Rio de Janeiro "têm installações magnificas, vastos edificios modernos e pomposos. A última casa a se reformar foi a dos srs. Briguiet & C" (DO RIO, 1903, p. 1).
10. O prédio foi demolido na década de 1950 (HALLEWELL, 2012, p. 297).
11. ARAÚJO, 1884, p. VI.
12. Sobre Carrara no pensamento de Tobias Barrêtto, cf. VAREJÃO, 2005, p. 423 e SONTAG, 2014, p. 65-67. Sobre a germanofilia de Barreto, cf. LOSANO, 2000.
13. É muito claro em uma carta escrita por Barrêtto ao seu amigo Sylvio Romero, em 2 de janeiro de 1888, p. 92.

pioneira dentre todos os idiomas para os quais tal obra viria a ser traduzida[14]. Todavia, a empreitada cultural de José Hygino ainda não foi objeto de estudo específico, nem pela historiografia jurídica brasileira, nem pela estrangeira.

Em 1899, quando a tradução brasileira do *Lehrbuch* foi publicada, Franz von Liszt tinha quarenta e oito anos de idade e era um jurista importante – que estava passando da cátedra de direito penal de Halle para a da capital Berlim – de significativa projeção internacional. Ele foi um dos fundadores, em 1888, da "*Internationale Kriminalistische Vereinigung*" (União Internacional de Direito Penal) que, em menos de um ano, arregimentou mais de 200 membros e realizou o seu primeiro congresso internacional em Bruxelas[15]. A União durou 25 anos, sendo interrompida pela eclosão da Primeira Guerra Mundial. Neste período, foram realizados 12 congressos internacionais[16]. A participação nesses eventos era uma parte importante do desenvolvimento de uma carreira científica.

Observando a posição tomada por von Liszt durante tais congressos, percebe-se que ele pretendia uma redefinição da relação entre o indivíduo e a sociedade, em que a prioridade da liberdade individual que caracterizou o liberalismo clássico do século XIX e as reformas penais liberais do século XIX seria reformada a favor de uma maior consideração dos interesses da sociedade como um todo[17], o que se percebe, também, nas orientações de política criminal do *Lehrbuch*[18].

O nosso tradutor, Hygino, é da mesma geração de Franz von Liszt – ele tinha cinquenta e dois anos de idade quando da publicação da tradução do *Lehrbuch* – e se tornou um personagem importante não só do mundo jurídico brasileiro por ter sido professor de uma das duas faculdades jurídicas do Império (a de Recife), mas, também, do mundo político, tendo exercido diversos cargos importantes (entre eles, o de Ministro da Justiça e o de Ministro do Supremo Tribunal Federal). Além de jurista, Hygino também atuou como historiador da fase da ocupação holandesa em Pernambuco no período colonial. Diferente de alguns casos

14. As traduções francesa e espanhola foram publicadas mais de dez anos depois da tradução para o português brasileiro: 1911 e 1913 (primeiro e segundo volume da tradução para o francês); 1914, 1916 e 1917 (os três volumes da tradução para o espanhol).
15. STOLLEIS, 1995, p. 382.
16. WETZELL, 2016, p. 214.
17. WETZELL, 2016, p. 220.
18. VORBAUM, 2014, p. 118. Isso não significa que não existissem vários compromissos com a tradição do direito penal anterior. A. M. HESPANHA chegou a dizer, provavelmente exagerando que o *Lehrbuch* "representa um padrão da dogmática criminal típica do Estado de Direito liberal oitocentista" (HESPANHA, 2011, p. 370).

de tradução de obras alemãs por intermédio de outras traduções (do francês, por exemplo), Hygino conhecia a língua alemã (assim como o holandês). Na época da tradução de *Lehrbuch*, ele já havia se aposentado de suas funções como professor em Recife e como ministro do Supremo Tribunal Federal.

A definição da filiação teórica de Hygino em direito penal é ainda mais difícil em comparação com Franz von Liszt tendo em vista que ele publicou, em geral, pouco, menos ainda sobre direito, e ainda menos sobre direito penal[19]. De qualquer forma, é certo que o que ele apreciava em von Liszt era uma espécie de "equidistância" em relação àqueles que se colocavam nos dois polos pretensamente opostos da ciência do direito penal no final do século XIX: a "escola clássica" e a "escola positiva". Para Hygino, von Liszt seria um representante da "*terza scuola*"[20] – mas teremos que deixar suspensa a discussão sobre a correção do uso de categorias tão italianas para qualificar a obra de um autor alemão.

O nosso foco é compreender historicamente a tradução em si mesma, o livro publicado pela editora Briguiet em 1899 como bem cultural. As vicissitudes da tradução, desse ponto de vista, atravessam não somente as pretensas transposições entre as palavras e frases do alemão para o português, mas o livro como um todo. Além do já referido prefácio do tradutor, José Hygino também acoplou ao texto escrito originalmente por von Liszt um amplo aparato de notas. Poderíamos falar, portanto, em "tradução cultural"?[21] Poderíamos dizer, então, que Hygino é um "intelectual mediador"? Além disso, pretendemos contextualizar o livro no universo das traduções brasileiras oitocentistas de obras jurídicas e dos diálogos internacionais da ciência jurídico-penal brasileira, que são os pontos pelos quais começaremos o nosso percurso.

2. A tradução de um *Lehrbuch* alemão na literatura jurídico-penal brasileira oitocentista

Quando ouvimos que um livro é uma tradução, nos vem em mente a imagem de um objeto com o qual estamos habituados. Contudo, o bem cultural materializado por uma tradução pode variar muito. Para ficar somente na historiografia jurídica, Filippo Ranieri (1977), na década de 1970, de maneira incipiente,

19. O que não era estranho para o padrão da ciência jurídica brasileira do século XIX (ADORNO 1988; FONSECA, 2006).

20. HYGINO, 1899, p. XXXIII.

21. Para uma análise histórico-jurídica de traduções para além dos conceitos de recepção e transplante, cf. VANO, 2016.

já havia tentado identificar tipologias de traduções de obras jurídicas na Europa do século XIX, mostrando, inclusive, intervenções dos tradutores que, às vezes, modificavam sensivelmente a obra original.

Vejamos, agora, alguns exemplos brasileiros do século XIX.

A tese de Airton Ribeiro da Silva Júnior (2017) sobre a história do ensino do direito internacional no Brasil identificou que, a partir da década de 1850, surgem manuais sobre a matéria assinados por brasileiros. Contudo, eles eram, na verdade, traduções do jurista alemão Johann Ludwig Klüber a partir da versão francesa do seu livro sobre "direito das gentes" (o "*Droit des gens moderne de l'Europe*"). O jurista brasileiro Pedro Albuquerque foi o primeiro a traduzi-lo, sem dar o devido crédito ao jurista alemão[22]. A tradução de Albuquerque, para tornar o livro mais acessível para o público brasileiro, suprimiu todas as referências à prática estrangeira do texto original. Uma espécie de descontextualização dupla: pela supressão de algumas informações que se referiam especificamente ao contexto que não era brasileiro do texto original e pela supressão da referência à autoria do texto traduzido. Naturalmente, a passagem de um bem cultural para outro implica sempre em algum grau de "descontextualização". A pesquisa de Silva Júnior relatou muito bem casos particularmente radicais de tal processo.

Até 1916, o Brasil não teve um Código Civil próprio. Continuavam vigorando, portanto, várias fontes que remontavam ao período da colonização portuguesa. Não por acaso, livros de direito civil portugueses circulavam no Brasil oitocentista pela sua utilidade prática. Muitos deles, porém, foram publicados por editoras brasileiras aos cuidados de juristas brasileiros. Por um lado, a tradução do português de Portugal para o do Brasil era desnecessária[23]; por outro lado, a tradução em sentido mais amplo, isto é, de mediação entre culturas, continuava sendo útil e necessária. O contexto jurídico, mais uma vez, nos ajuda a compreender o que estava em jogo: para além das fontes antigas, depois da independência na década de 1820, o novo Estado brasileiro legislou sobre direito civil, apesar de tal legislação não ter formado um código completo ao longo do século XIX, isso sem contar que a jurisprudência dos tribunais brasileiros também poderia adotar posições diferentes dos tribunais portugueses inclusive quando a mesma fonte legislativa estivesse em questão. Eis o que estimulava juristas e editores brasileiros a publicar obras de direito civil portuguesas "accomodadas ao fôro do Brazil"[24].

22. SILVA JÚNIOR, 2017, p. 127-129.

23. Não encontramos diferenças em relação à linguagem em si nos livros que analisamos.

24. Cf., por exemplo, FREIRE, 1851; TELLES, 1865 e 1880; SOUSA, 1879; PINTO, 1881.

Isso poderia significar: i) da mesma forma que já vimos no caso de manuais de direito internacional, a supressão de trechos do original (por exemplo, a exclusão do capítulo sobre "fidalgos", "cavaleiros" e "plebeos" de Paschoal José de Mello Freire em seu livro "Instituições de Direito Civil Lusitano"[25], porque essa divisão entre as pessoas seria incompatível com a igualdade inscrita na constituição brasileira de 1824[26]); ii) inserir notas explicativas contendo as especificidades do direito civil brasileiro, que é a estratégia utilizada, também, por José Hygino. A propósito, o nosso tradutor entrou em contato com essas obras de direito civil. Paschoal José de Mello Freire, por exemplo, foi citado trinta vezes nas notas de José Hygino.

Por fim, é preciso destacar um dos pouquíssimos livros alemães do âmbito penal traduzidos para o português brasileiro no século XIX: o "Tratado da prova em materia criminal, ou, exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas applicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra, etc." de Carl Joseph Anton Mittermaier, traduzido por Alberto Antonio Soares. A primeira edição da tradução de Soares é de 1871. Na "advertencia do traductor", ele se lamenta de ter conseguido inserir somente poucas notas de sua autoria e lembra que as notas do tradutor francês foram mantidas, isto é, a versão consultada provavelmente foi a francesa e não a alemã. Efetivamente, na cultura jurídica do Brasil oitocentista, a língua estrangeira mais conhecida era o francês, o idioma diplomático da época. Inclusive, como esclarece Soares na mesma advertência, a tradução foi requerida pelo livreiro brasileiro porque a versão francesa estava esgotada, ou seja, até então o livro de Mittermaier era lido no Brasil em francês[27]. Na segunda edição, revisada, de 1879, Soares aumentou o aparato de notas. E a obra conheceria, ainda, uma edição em 1917 que foi posta "ao corrente das doutrinas e acomodado, em anotações, a legislação vigente, ao foro brasileiro, bem como a jurisprudência e a praxe" pelo famoso jurista Pontes de Miranda. A única página de "advertencia do traductor" de Soares não se compara às várias páginas do prefácio de Hygino, porém, a estrutura editorial da tradução do *Lehrbuch* não é muito diferente daquela escolhida para a tradução do livro de Mittermaier desde as suas duas primeiras edições: preservação do texto original e acréscimo de

25. Seu livro, de fato, foi adaptado às instituições de nosso país pelo jurista brasileiro Lourenço Trigo Loureiro. Sobre a literatura do direito privado brasileiro do século XIX, cf. ROBERTO, 2016.

26. FREIRE, 1851, p. 14. Sobre a complicada questão da nobreza na cultura jurídica brasileira oitocentista, cf. FONSECA, 2018.

27. SOARES, 1871, p. 2.

notas do tradutor em separado. Mittermaier é citado muitas vezes nas notas de José Hygino, portanto, ele conhecia a tradução de Soares[28].

O livro de Mittermaier era sobre processo penal, sobre um aspecto específico do processo penal. A tradução de José Hygino – além de partir diretamente do texto alemão – ocupava-se do direito penal "material", de todo o direito penal "material". Abria-se o caminho, assim, para diálogos muito mais amplos entre a cultura jurídico-penal brasileira e a alemã.

Em mais um aspecto, o tipo de livro que estamos estudando era uma novidade para a literatura jurídico-penal brasileira do século XIX. Os principais textos de direito penal em português brasileiro da época eram comentários ao código criminal de 1830. Efetivamente, a elaboração relativamente precoce de um código penal moderno e unitário – diferentemente do que aconteceu, por exemplo, na Itália[29] – estimulou o gênero comentário[30]. Até o final do século XIX, poucos livros monográficos. A partir das últimas décadas do século XIX, artigos em revistas, que ora se pareciam com pareceres sobre pontos aplicativos muito específicos de algum dispositivo legal, ora alçavam voos para além da lei vigente, com algumas variações entre esses dois extremos. Às vezes, artigos publicados em jornais de circulação ampla, isto é, periódicos que não eram especificamente jurídicos. Poderíamos acrescentar, ainda, as pequenas teses de doutorado, que em nada se assemelham às teses atuais, pois eram pequenos textos sobre pontos pré-definidos que o bacharel submetia à avaliação de uma banca, o que lhe daria o direito de ostentar o título não somente de bacharel, mas, também, de doutor. Se não quisermos entrar no vasto mundo da produção literária judicial e administrativa, a literatura jurídico-penal se esgotava nesses gêneros.

O que nós gostaríamos de sublinhar é que o grande ausente é o gênero "tratado". Em 1894, com alguma dose de avaliação anacrônica, o jurista Viveiros de Castro, que se declarava adepto da escola positiva (em sentido amplo, não exclusivamente italiana), ao olhar para a literatura jurídico-penal brasileira precedente, não encontrava um grande autor "clássico" ao qual se contrapor[31]. É como se houvesse somente um grande vazio. Obviamente, a leitura de Castro

28. Hygino mencionou não apenas a tradução brasileira dos livros de Mittermaier, mas também obras escritas em alemão.

29. Sobre a codificação unitária criminal tardia na Itália, que só foi completada em 1889, cf. LACCHÈ, 2014.

30. Sobre esta questão, cf. SONTAG, 2016, p. 23-96 e p. 49-52.

31. CASTRO, 1894, p. 8-12.

estava enviesada pelos seus objetivos de afirmação da "nova escola", porém, se entendermos esse "vazio" como ausência de grandes tratados, ela nos diz algo relevante. Na Itália, berço da categorização "escola clássica *versus* escola positiva", é impensável que um personagem como Enrico Ferri avaliasse dessa forma a literatura jurídico-penal que o antecedera. A sombra do grande *Programma del corso di diritto criminale* de Francesco Carrara, que apesar do título vinculado ao ensino não deixava de ser um enorme tratado, não o permitiria. Não por acaso, a expressão "escola clássica", na verdade, era ambígua no discurso ferriano: nos textos mais combativos e de propaganda, predominava o sentido pejorativo[32]; em textos mais profundos, é perceptível que chamar de "clássico" também envolvia uma forma de respeito em relação a algo majestoso, mas cujo tempo histórico já haveria cessado[33]. Antes de 1899, na literatura jurídico-penal brasileira oitocentista, não chegou a ser editado nada parecido com o tratado de Francesco Carrara[34].

O livro de Franz von Liszt, na verdade, chamava-se "*Lehrbuch*", cuja tradução mais exata seria livro destinado ao ensino, manual. Todavia, o *Lehrbuch* do penalista alemão era bastante extenso e abarcava, com alguma profundidade, todas as matérias do direito penal substantivo[35]. Características que, realmente, justificavam a opção pela palavra "Tratado" na versão brasileira. Nos anos 1940, os juristas Nelson Hungria[36] e Aníbal Bruno[37] perceberam que a tradução de José Hygino também alargou o rol de gêneros literários disponíveis na literatura jurídico-penal em português brasileiro: pela primeira vez, dispúnhamos de um tratado. Não pretendemos, com isso, subscrever o tom apologético dos discursos de Hungria e de Bruno acerca de José Hygino, todavia, por trás da celebração, eles identificaram algo relevante: um deslocamento na história da literatura jurídico-penal do Brasil[38].

32. Cf., por exemplo, FERRI, 1885.
33. Para esta ambiguidade, por exemplo, FERRI, 1928, p. 26, 36, 39-40, 64-66, 414.
34. Para uma análise mais detida a respeito, cf. SONTAG, 2015, p. 223-225.
35. O esforço de Franz von Liszt começou com objetivos didáticos, mas ao longo das várias edições do livro, mudou de curso (FRISCH, 2017, p. 4).
36. HUNGRIA, 1940, p. 365.
37. BRUNO, 1942, p. 251.
38. Certamente, o gênero tratado é uma construção histórica também na Europa. Uma história entrelaçada com o lugar central que as ideias sistemáticas alcançaram na cultura jurídica moderna. Para uma síntese sobre a história da ideia de sistema jurídico, cf. CAPPELLINI (2010).

3. As notas de José Hygino

3.1. Tradução cultural e intervenções do tradutor

Pontes culturais entre Brasil e Alemanha. No mundo do direito civil brasileiro oitocentista, os diálogos com a cultura jurídica alemã eram frequentes, a começar pelo principal civilista brasileiro da época, Teixeira de Freitas. Já no direito penal, a situação era diferente. O historiador do direito Rafael Mafei, por exemplo, tentou rastrear, sem sucesso, a presença da importante obra de Feuerbach entre os juristas brasileiros do século XIX, muito embora temas tipicamente feuerbachianos fossem objeto de discussão na literatura jurídico-penal da época na medida em que eram temas fundamentais para a construção do direito penal da modernidade[39]. Mais do que a ausência de Feuerbach, a pesquisa de Mafei mostrou o parco diálogo com a Alemanha de um modo geral. Uma das primeiras exceções é o já referido germanófilo Tobias Barretto na década de 1870. Uma exceção em um panorama, como já vem apontando a historiografia, tendencialmente francófono[40]. Juristas portugueses eventualmente ainda eram lidos (aparentemente, muito menos do que no universo do direito civil). Alguns italianos, principalmente Cesare Beccaria (em traduções francesas, muitas vezes) e Pellegrino Rossi (embora italiano, o seu tratado de direito penal foi escrito em francês). No final do século XIX, os penalistas italianos ganham espaço, alguns lidos diretamente no original ou graças a traduções para o português brasileiro que começam a aparecer. É a época da expansão da chamada escola positiva[41].

Como já vimos, no prefácio da sua tradução, Hygino parece ter se utilizado de categorias tipicamente italianas para situar a obra de Franz von Liszt – chamamos de "tipicamente italianas" para chamar a atenção para o fato de que a oposição entre "escola clássica" e "escola positiva" (e correlatas, como "*terza scuola*") nasceu e se desenvolveu em função de um embate muito específico[42] e cujo uso para tantas culturas jurídicas diferentes deve ser visto como problemático. Todavia, analisando o conjunto da obra, os diálogos de Hygino voltam-se, como era de se esperar, para a Alemanha.

39. MAFEI (2013).
40. Cf. REALE, 1959, p. 105-107; FREITAS, 2002, p. 283; SONTAG, 2015, p. 215-218.
41. Cf. FREITAS, 2002 e SONTAG, 2015.
42. Para uma crítica dessas categorias como ferramentas historiográficas (com uma proposta importante para se afastar delas), cf. SBRICCOLI, 2009.

Vale a pena detalhar esse aspecto, pois, com isso, estamos, ainda, tratando de contextualizar a tradução do *Lehrbuch*. Os contextos de um texto não são somente fatos sociológicos ou políticos, mas, também, outros textos (que não deixam de ter uma dimensão de fatos, acontecimentos, também). Os contextos relevantes para um texto, dentre os potencialmente infinitos fatos que o circundam, podem ser determinados, em primeiro lugar, pelas indicações do próprio texto[43]. E se estamos preocupados com os entrelaçamentos entre culturas jurídicas, para os nossos fins, a compreensão da tradução de José Hygino passa pelo mapeamento dos textos de outros juristas mencionados nas suas notas e no prefácio. Se quisermos, poderíamos chamá-los de intertextos. Do ponto de vista da dinâmica histórica de um texto, a determinação dos seus intertextos é constitutiva, iniludível[44].

Antes de aprofundar esse aspecto, gostaríamos de retomar o conceito de tradução. Assim poderemos dimensionar melhor a relevância das notas do tradutor para a maneira como gostaríamos de analisar a versão brasileira do *Lehrbuch*.

Na teoria da tradução contemporânea, verter um texto de um idioma para outro nunca é uma simples transposição[45]. O que está em jogo, é sempre uma espécie de mediação entre culturas[46]. Permanecendo, por enquanto, somente no plano linguístico, Nilo Batista, em seu texto sobre história da teoria do delito, nos dá um exemplo desse tipo de mediação no esforço de José Hygino de traduzir o livro de Franz von Liszt:

> "José Hygino procurou adaptar a linguagem teórica lisztiana às opções da linguagem real brasileira. O crime não era, segundo o artigo 7º de nosso Código, violação imputável e culposa da lei penal? Então essa violação da lei sugere que 'das Verbrechen als rechtswidrige Handlung' se traduza por 'o crime como ação ilegal' e não antijurídica ou ilícita), bem como rechtswidrigkeit por 'ilegalidade' (e não antijuridicidade ou ilicitude); da mesma forma, essa violação

43. Como resultado, dentro e fora do texto não são tão facilmente discerníveis. Para uma complexificação dessas relações entre texto e contexto, cf. LACAPRA, 1980, p. 247-248 e BURKE, 2002.

44. Para um uso muito interessante desta categoria na história do direito, cf. HESPANHA, 1993.

45. Para um texto clássico dessa teoria, cf. BENJAMIN, 2011, embora haja dois pontos que fazem sua abordagem muito diferente da nossa: a) sua questão concerne a obras de arte concebidas como obras não puramente comunicacionais, ao passo que estamos tratando do direito incorporado em redes comunicacionais; b) ele pressupõe uma linguagem pura que o tradutor e o texto original visam.

46. Cf., por exemplo, BURKE, 2009; 2015.

> culposa sugerirá que 'das Verbrechen als schuldhafte Handlung' se traduza por 'o crime como ação culposa' (e não culpável) etc."[47]

Nem estamos falando de um caso de tradução para duas culturas muito distantes no tempo, tampouco de culturas jurídicas que partem de pressupostos muito distintos, ou seja, ambas são consideradas parte da família da "*civil law*", isto é, legalistas, codificadas e assim por diante. Nos pontos enfatizados por Batista, a diferença que estava em questão envolvia a linguagem técnica do direito. Em culturas legalistas como as do século XIX, a lei positiva do Estado tem um peso constitutivo muito relevante para a linguagem jurídica, muito embora, naturalmente, a linguagem da lei não tenha sido capaz de esgotar a linguagem da ciência jurídica. A diferença legal consubstanciada na linguagem técnica do direito, no exemplo de Batista, é que exigiu a mediação do tradutor. Além disso, a própria escolha de quais obras serão dignas de tradução indica o que uma cultura considera de interesse na outra, como bem enfatizou Peter Burke, o que já é, por si só, uma ação[48]. A "influência" da literatura jurídico-penal alemã sobre a brasileira, portanto, não é um simples processo de "difusão" das ideias de juristas alemães. Ela é um efeito, também, de escolhas culturais no polo brasileiro. De modo que, talvez, seja mais preciso falar em entrelaçamento de culturas jurídicas, para evitar metáforas demasiado "emissorcêntricas"[49].

Só por esses dois aspectos, já é possível concordar com a historiografia jurídica contemporânea que vem enfatizando que é reducionista avaliar as relações entre culturas jurídicas de maneira unidirecional. Mas é possível ir adiante nessa senda.

No caso do livro que estamos analisando, a referida mediação precisa ser observada no bem cultural como um todo, ou seja, incluindo as notas do tradutor. Não é por acaso que as notas de José Hygino eram mencionadas nas propagandas do Tratado. Buscando a expressão "Tratado de direito penal allemão" no rico acervo de jornais da Hemeroteca Digital da Biblioteca Nacional, encontramos quatro propagandas do livro. Todas elas fizeram questão de registrar a existência de notas do tradutor. Em 10 de junho de 1899 (p. 4), o jornal "Minas Geraes: órgão official dos poderes do Estado", publicado na Cidade de Minas (atual Belo Horizonte), noticiava que "acaba de sahir à luz o Tratado de Direito Penal Allemão pelo Dr. Franz von Liszt traduzido da ultima edição *e commentado* pelo Dr. José Hygino Duarte Pereira, volumes ricamente encadernados, 42$000" (grifo nosso).

47. BATISTA, 2004, p. 2.

48. BURKE, 2010, p. 71.

49. Por uma crítica ao emissorcentrismo na história do direito, cf. DUVE, 2014, p. 58-59; FOLJANTY, 2015; FLORES e MACHADO, 2015.



Fonte: Minas Geraes: Orgam Official dos Poderes do Estado, edição 00149, 10 jun. 1899[50].

A Cidade de Minas, nova e planejada capital do estado de Minas Gerais, tinha sido inaugurada em 1897. Em 1898, a Faculdade Livre de Direito de Minas Gerais (atual Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, da qual fazem parte os autores deste artigo) se mudou da antiga capital, Ouro Preto, para a nova. Desde 1897, o Tribunal da Relação do Estado de Minas Gerais também já se encontrava na Cidade de Minas. Naturalmente, é de se imaginar que advogados, por exemplo, também tenham começado a se instalar nas imediações do Tribunal e da Faculdade, que se encontravam na mesma região do centro da cidade. A livraria Riant, que vendia a tradução do Tratado, localizada na rua dos Guajajaras, não estava distante desses dois polos de circulação de potenciais compradores. No Rio de Janeiro, capital federal, o livro estava disponível, por exemplo, na famosa Rua do Ouvidor, na livraria da própria editora Briguiet, como reportava o Jornal do Commercio de 21 de outubro de 1899 (p. 10).

Mas voltando ao nosso ponto, as notas, de fato, eram importantes para promover a ponte entre o leitor brasileiro e a obra original alemã. Naturalmente, enquanto conhecimento, podemos dizer que temos dois textos justapostos, um de von Liszt e outro de Hygino, cujos sentidos, até certo ponto, são autônomos. Do ponto de vista do bem cultural produzido pelo projeto editorial da editora Briguiet, principalmente as notas de Hygino modificavam o sentido do objeto original ao transformá-lo em uma ponte entre a cultura jurídico-penal alemã e a brasileira.

Desse ponto de vista, partindo da teoria da tradução, a recente historiografia, inclusive do direito, vem enfatizando como é reducionista avaliar as relações entre culturas jurídicas de maneira unidirecional, como se houvesse um polo emissor, ativo, e outro receptor, passivo. Pelo contrário, os intertextos das notas de Hygino são escolhas, ações, do polo, em tese, destinatário da relação cultural que estamos analisando.

50. Disponível em: [http://memoria.bn.br/docreader/291536/16424]. Acesso em: 02.11.2018.

3.2. Os intertextos de Hygino

Aprofundemos, então, esse aspecto constitutivo da dinâmica histórica das notas de José Hygino, bem como do seu projeto editorial enquanto tradução cultural. Para tanto, mapeamos todas as menções do tradutor a autores que não fossem o próprio von Liszt. Como o nosso ponto são relações entre diferentes culturas jurídicas "nacionais", classificamos as referências de acordo com a nacionalidade dos autores. Eis o resultado:

Gráfico 1: autores citados por José Hygino por nacionalidade.



Para visualizarmos com exatidão os números do gráfico, vejamos os mesmos dados na tabela abaixo:

Tabela 1: autores citados por José Hygino por nacionalidade.

NACIONALIDADE	Número de autores citados	Porcentagem	Número total de citações	Porcentagem
ALEMÃO	71	78,02%	346	77,22%
BRASILEIRO	1	1,09%	1	0,22%
FRANCÊS	6	6,59%	6	1,33%
HOLANDÊS	1	1,09%	17	3,79%
INGLÊS	2	2,19%	21	4,68%
ITALIANO	3	3,29%	3	0,67%
NORUEGUÊS	1	1,09%	16	3,57%
POLONÊS	1	1,09%	1	0,22%
PORTUGUÊS	4	4,39%	37	8,25%

NACIONALIDADE	Número de autores citados	Porcentagem	Número total de citações	Porcentagem
RUSSO	1	1,09%	1	0,22%
TOTAL	91	100%	448	100%

Em todas as notas ao longo dos dois volumes do "*Lehrbuch*", Hygino menciona noventa e quatro juristas, além de von Liszt. Alguns desses autores foram citados apenas uma vez (como Clóvis Beviláqua, Lombroso e Beccaria), enquanto outros (como Binding, Merkel e Olshausen) foram citados em várias ocasiões.

O primeiro dado que emerge com clareza dos números acima é o absoluto predomínio de juristas alemães, que representam quase 80% de todas as menções. O dado é relevante porque assinala um padrão pouco comum na literatura jurídico-penal brasileira oitocentista, que priorizava o diálogo com a cultura jurídico-penal francesa, portuguesa e, a partir do final do século XIX, também com a italiana, como já vimos. Até mesmo os brasileiros estão muito pouco representados, ainda mais se considerarmos que as notas, muitas vezes, tratavam do direito penal brasileiro. Embora a legislação penal brasileira estivesse frequentemente presente nas notas, tal informação sobre a quase ausência da doutrina penal brasileira revela que não parecia necessário a Hygino recorrer ao enquadramento teórico formulado pelos textos doutrinários brasileiros. É preciso ressalvar, porém, que um novo código penal tinha sido emanado no Brasil em 1890. Dessa forma, em 1899, de fato, não havia um rol extenso de textos e comentários sobre o novo código que Hygino poderia aproveitar. De resto, no plano do enquadramento puramente teórico para a análise da lei, a opção pelo diálogo com respeitados juristas estrangeiros, ao invés de buscar juristas brasileiros que escreveram antes do código de 1890, parecia-lhe melhor. A qualidade de boa parte dessa literatura brasileira precedente talvez fosse, de fato, questionável, mas não nos cabe, aqui, entrar nesse mérito. Por isso, resta-nos assinalar que esse tipo de gesto mostra, de qualquer forma, o quão importante era a participação em um espaço de debate internacional. Os franceses até continuam aparecendo na segunda posição em menções (tanto no número de autores citados, como na quantidade absoluta de referências), mas a uma distância enorme da primeira colocada Alemanha[51].

51. Certamente, nossa contabilidade não pretende afirmar todos os diálogos possíveis dentro da produção discursiva de Hygino, porque alguns deles poderiam ser invisíveis, mesmo para o nosso conceito mais amplo de citação que incluiu todas as menções – apesar da

Um detalhe que vale a pena assinalar é que, frequentemente, José Hygino se limitou a referenciar apenas os mesmos autores citados previamente por Franz von Liszt no Tratado. Ou seja, muito provavelmente, Hygino acessava alguns dos autores alemães pelo próprio von Liszt[52]. Ademais, considerando-se o grande número de citações dos mais diversos autores alemães, é possível levantar a hipótese de que muitas de suas citações eram indiretas. Situações como a dos juristas Lilienthal e Eisenmann, poucas vezes mencionados por Hygino e sempre com o mesmo teor das citações previamente feitas sobre eles por von Liszt, levam-nos a crer que o tradutor talvez não tivesse acessado diretamente as obras deles. Por outro lado, autores como Holzendorff, Olshausen, Binding, entre outros, foram de fato amplamente estudados por José Hygino, o que se percebe claramente pela profundidade das suas discussões em torno das ideias deles.

Sobre Karl Binding, especificamente, o contato aprofundado com a sua obra é evidente. Franz von Liszt cita Binding apenas discordando dele, muito provavelmente pelo grande embate acadêmico no qual se encontravam[53]. É o caso do momento em que ele expõe e critica a teoria das normas de Binding[54], enquanto Hygino por outro lado, realça por diversas vezes os pontos em que concorda com a visão de Binding, ou que esta supera aquela de outros autores[55].

Classificando – de maneira esquemática, mas útil para os nossos fins – as menções de Hygino de acordo com o seu posicionamento diante da ideia apresentada, é interessante notar como Binding e os alemães aparecem. Das quatrocentas e quarenta e oito menções, em quatrocentas e dez é possível dizer que se trata de uma citação de autoridade, ou seja, que Hygino, de certa forma, concorda com a ideia citada. Um resultado que, talvez, indique um padrão de certos textos jurídicos, em que o consenso doutrinário é fundamental para estabelecer categorias e formas de aplicação do direito. Em vinte e uma ocasiões, Hygino se limitou a citar a ideia de algum autor sem que fosse possível identificar qualquer juízo. Na grande maioria delas, tratava-se somente de situar, por meio de comparações,

forma – de outro texto ou autor. No entanto, a enorme distância entre as citações alemãs e as outras nos permite considerar diálogos invisíveis marginais para os nossos propósitos.

52. Nesse sentido, diríamos que von Liszt era – residualmente – um mediador entre Hygino e a cultura jurídica alemã, embora não fosse o sentido da ação cultural de von Liszt ao escrever seu *Lehrbuch*.

53. O embate acadêmico entre Franz von Liszt e Karl Binding já foi amplamente estudado. Sobre o assunto, cf. LACAZE, 2011, VORBAUM, 2014, WETZELL, 2003.

54. LISZT, 1899a, p. 97-98.

55. HYGINO, 1899, p. 144.

a obra de von Liszt. O maior número absoluto de discordâncias se refere a Karl Binding (três ocorrências). Porém, essas três divergências se inserem em um conjunto de vinte e cinco convergências e três menções que, aparentemente, serviam somente para contextualizar as ideias de von Liszt. Hygino ainda discordou de ideias de outros dois autores alemães (Wilhelm Hartmann e Schopenhauer). Todavia, considerando o número total de menções à Alemanha, trata-se de um resultado quase irrelevante.

Já as outras duas divergências que foram explicitadas por Hygino são muito importantes, pois ambas atingiam dois juristas italianos: os arautos da escola positiva Cesare Lombroso e Enrico Ferri. No seu prefácio, Hygino elogiava Franz von Liszt por ter superado a dita "escola clássica" alemã, que propunha meios insuficientes para a luta contra a criminalidade. Porém, os principais erros da escola positiva seriam: i) indeterminação das fronteiras dos objetos do estudo jurídico (fundado no "dever", o que incluía a política criminal) e de outras disciplinas, como a criminologia (fundada no "ser"); ii) indistinção entre a pena e outros meios de defesa social. Desses dois pontos, descenderiam consequências perigosas, inclusive em termos de "reformas radicais" que colocariam em risco a autonomia do direito e a liberdade. O que não quer dizer que não existissem interfaces entre as ideias de Hygino (que, em parte, eram, também, as de von Liszt) e as da escola positiva. Periculosidade, distinção entre criminosos corrigíveis e incorrigíveis, sentença indeterminada, por exemplo, eram exigências esposadas pelo nosso Hygino. Exigências, aliás, não muito afeitas à imagem de herói da liberdade que os textos laudatórios da época faziam do nosso jurista[56]. Por exemplo, sobre a sentença indeterminada, tema que apaixonou tantos juristas nas duas margens do Atlântico entre o final do século XIX e início do XX[57], Hygino admitia que ela deveria ser adotada para os delinquentes incorrigíveis, sem qualquer limite máximo estabelecido previamente em lei[58].

As medidas de segurança não eram exatamente uma pauta da escola positiva. Vários positivistas aprovavam e louvavam o advento desse instituto, mas Enrico Ferri, por exemplo, considerava-o um passo intermediário na direção do conceito unificado de sanção, que trataria todos os delinquentes de acordo com a sua periculosidade, afastando, em tese, definitivamente, a noção de retribuição[59].

56. Cf., por exemplo, seu obituário publicado na Revista de Jurisprudência (HYGINO, 1901).
57. Cf. PIFFERI, 2013.
58. HYGINO, 1899, p. 62-63.
59. Cf. FERRI, 1893 e seu esboço do Código Penal de 1927 (FERRI, 1928, p. 809 ss.).

José Hygino considerava as medidas de segurança a grande reforma que ainda deveria ser levada a cabo por todos os países. Todos os códigos da época, assim, "incorrem em severa censura"[60]. O resultado desse debate, no Brasil, foi o capítulo especificamente dedicado às medidas de segurança no código penal de 1940[61]. Não poderemos, aqui, detalhar todas as reformas que Hygino considerava necessárias na legislação brasileira, mas vale a pena avaliar, globalmente, como a legislação penal brasileira e a alemã eram comparadas nas suas notas.

3.3. Mediação de diferenças

Recapitulemos alguns dados elementares. A nacionalização dos ordenamentos jurídicos caracteriza a modernidade jurídica. Não é por acaso que Paolo Grossi, ao tratar dessa passagem, utilizou a metáfora da ilha para se referir ao direito legalista moderno, prevalentemente produto do Estado: "da sociedade de sociedades" à "insularidade do Estado"[62].

Todavia, já em 1977, Filippo Ranieri, no texto citado anteriormente, chamava a atenção para o fato de que as traduções de livros jurídicos estariam recriando, de uma maneira particular, a intercomunicação europeia típica do *ius commune* – que antes acontecia graças à língua comum, o latim – no momento de nacionalização do direito, isto é, em que a unidade linguística do *ius commune* estava se perdendo. Isolar o elemento "intercomunicação europeia" para buscar a conexão com o velho *ius commune* talvez seja demasiado superficial. Ou seja, parece-nos mais correto focar as diferentes maneiras com as quais essas intercomunicações entre contextos culturais distintos acontecem no âmbito do direito. Na modernidade, tais intercomunicações podem ser qualificadas legitimamente, ao menos em parte, como transnacionais, já que agora é indubitável que estamos diante de um cenário institucional feito de Estados-Nação. Várias consequências importantes descendem desse fato primordial, a começar pelo simples fato de os diálogos entre culturas jurídicas dependerem bastante de traduções entre diferentes línguas, o que não é um mero detalhe extrínseco, a não ser que queiramos abstrair as especificidades históricas das práticas concretas sobre as quais se assentam as ideias jurídicas. Se o historiador, por dever de ofício, é aquele que vincula os objetos aos seus lugares[63], tais especificidades são fundamentais. Para

60. HYGINO, 1899, p. 65.

61. Cf. SONTAG, 2014, 2016.

62. GROSSI, 2011.

63. Para esse modo de caracterizar a operação historiográfica, cf. CERTEAU (1982).

um advogado, para um promotor, para um juiz, é um dado inarredável e essencial a diferença, por exemplo, entre a legislação penal brasileira e a alemã. As propagandas da tradução brasileira do *Lehrbuch* sabiam muito bem disso. Daí a importância de divulgar, também, as notas de José Hygino, como já vimos.

Tentemos compreender, de um ponto de vista histórico, a operação levada a cabo por Hygino. Em várias ocasiões, de fato, o nosso tradutor precisou levar em consideração as diferenças entre a legislação penal alemã e a brasileira. Na época, o código penal alemão era o de 1871 e o brasileiro de 1890. Além disso, no Brasil, discutia-se no parlamento a substituição do pouco prestigiado código de 1890: o primeiro projeto foi apresentado pelo deputado e jurista João Vieira de Araújo em 1893; um substitutivo foi aprovado para nova discussão em 1896; a versão final foi aprovada pela Câmara dos Deputados em 1899, mas o projeto praticamente não teve andamento no Senado. Nas notas de Hygino houve, portanto, mediação entre diferentes contextos jurídicos.

Levando em consideração as categorias que vem sendo empregadas pela historiografia dos intelectuais, como enquadrar este trabalho de Hygino? Em algumas ocasiões, Hygino propôs reformas na legislação brasileira. Mas o livro era um texto especializado e as propostas de reforma estavam diluídas. Por esses motivos, não nos parece possível enquadrá-lo no conceito de intelectual que vem sendo tão importante para a historiografia política, cujo centro é a noção de engajamento na esfera pública[64]. Mas existe, também, uma noção mais ampla de intelectual, caracterizado por uma relação social específica com a produção e reprodução do conhecimento, mas que não necessariamente se volta para a esfera pública. José Hygino, como vários outros juristas brasileiros da época, tinha, também, uma atuação política: chegou a ser deputado provincial e secretário de governo em Pernambuco. Porém, o livro do qual estamos tratando não parece ser um capítulo dessa parte da biografia do nosso personagem. Portanto, estaríamos no universo do conceito mais amplo de intelectual.

Mesmo o conceito mais amplo de intelectual, todavia, pode ser subdivido. Produzir conhecimento ou divulgá-lo: a partir dessa conhecidíssima divisão de tarefas acadêmicas, a historiografia vem discutindo o conceito de intelectual mediador[65]. Desse ponto de vista, o que vem sendo colocado em foco é que o mediador também produz sentidos ao adaptar, simplificar, tornar acessível determinado conhecimento para outro público por intermédio de um bem cultural

64. SIRINELLI, 2003, p. 242.

65. Para um referencial teórico elaborado com o objetivo de relativizar as fronteiras entre esses dois tipos de intelectuais para pesquisas historiográficas, cf. GOMES e HANSEN (2016).

que é novo, que tem as suas peculiaridades. Inclusive, desse ponto de vista, a mediação operada por esse tipo de intelectual supera, em muito, aquilo que entendemos por divulgação científica. Assim, é certo que Hygino atuou como intelectual mediador, seja ao traduzir para o português o texto em alemão de von Liszt[66], seja ao escrever as suas notas comparando Brasil e Alemanha, construindo uma ponte entre o texto original e o leitor brasileiro que, muitas vezes, era um prático do direito.

Então, como as notas de José Hygino mencionavam o direito penal alemão e o brasileiro? Algumas vezes ele defendeu que a solução legislativa alemã era melhor do que a brasileira; outras vezes que a brasileira era superior; e em outras, simplesmente distinguiu as soluções técnicas dos dois países. Em algumas ocasiões, Hygino também fez questão de apontar a semelhança entre as duas legislações, para que não houvesse dúvida[67]. Vejamos todas essas possibilidades em um gráfico:



Fonte: autoria do autor

Na maioria das vezes, José Hygino se limitou a diferenciar a legislação penal dos dois países. Talvez Hygino simplesmente não tivesse uma opinião bem formada a respeito de cada um dos institutos penais alemães do século XIX; talvez a simples diferenciação já correspondesse aos propósitos – parcialmente – práticos da obra, já que, para um juiz ou advogado brasileiro, conhecer a diferença entre o

66. Sobre o tradutor como um agente de mediação cultural no âmbito da história do direito, cf. FOLJANTY (2016).

67. Não obstante, isso não era garantia de que não aconteceria confusão. Como apontou Diego Nunes, às vezes, "La traduzione del Lehrbuch des deutschen Strafrechts de Franz von Liszt, il quale, con l'aggiunta della prefazione e delle note de José Hygino, fu praticamente considerata come opera patria" (NUNES, 2014, p. 34-35), e, de fato, houve casos em que o jurista brasileiro tomou o – diferente – arranjo legal alemão como se fosse brasileiro (NUNES, 2014, p. 38-39).

ordenamento jurídico brasileiro e o alemão já bastava[68]. O objetivo prático tanto existia que, em várias ocasiões, Hygino exemplificou o modo de funcionamento dos institutos e das teorias alemãs de acordo com a legislação brasileira.

Falávamos, até agora, de comparação entre ordenamentos jurídicos vigentes. Na década de 1890, no Brasil, porém, estava em discussão um projeto de código penal. Vejamos separadamente, então, o gráfico com as menções ao projeto que estava sendo debatido no Brasil:



Fonte: autoria do autor

68. Por ser um tema de interesse técnico-dogmático, vale a pena indicarmos quais foram as duas menções de Hygino em que ele considerou o direito brasileiro superior ao alemão. O primeiro se referia ao problema da lei penal no tempo. O trecho de Franz von Liszt (1899, p. 239) dizia: "toda lei é somente applicavel aos factos que occorrem sob o seu império, salvo si o legislador declarar o contrario em relação a factos occorridos, quer antes, quer depois de vigorar uma lei". A nota de Hygino, por sua vez, dizia: "entre nós a solução não é duvidosa, pois a não retroactividade das leis é principio constitucional" (LISZT, 1899a, p. 239). A segunda situação se refere ao constrangimento. A passagem de von Liszt (1899, p. 123-124) dizia: "segundo a lei, os meios para o emprego do constrangimento são: 1 – a violência (§ 97, IV, 1.°); 2 – a ameaça (§ 97, IV, 2°) e, na verdade, a ameaça de um crime ou delicto. Além da violência e da ameaça, a lei não mencionou como meio adequado o artificio. Não se pode, pois considerar como bastante para dar-se o constrangimento o emprego de artificio. A sujeição da vontade não equivale de um modo absoluto a captação do consentimento, á subjugação o engano. 3. O constrangimento só é punivel, quando illegal, isto é, quando o objectivo do constrangimento ou o meio empregado ou um e outro são injuridicos. Assim o constrangimento só deixa de ser illegal, quando o agente estava autorisado não só (1º) a exigir a acção, a abstenção ou a tolerância em questão, senão também (2º) a empregar o meio coactivo de que fez uso, e portanto a empregar a violência ou a fazer a ameaça de actos, que, sendo praticados sem uma autorisação especial, constituiriam crimes ou delictos (1). Pôde pois incorrer nas penas da lei o constrangimento para a abstenção de uma acção immoral e até de uma acção punivel". Hygino indicava que, "no nosso direito (art. 180 do C. P.) ambas as questões encontram fácil solução na cláusula – já impedindo de fazer o que a lei permitte, já obrigando a fazer o que ella não mandar)" (LISZT, 1899b, p. 124).

Incluindo as menções ao projeto, o padrão repetiu-se: na maioria das vezes, Hygino se limitou a indicar quais seriam as modificações pretendidas pelo novo projeto. Os elogios ou refutações drásticas das novidades apareceram em número bastante baixo e não chegaram a atingir questões fundamentais da estrutura de um código penal, ou seja, eram aspectos técnicos bastante pontuais. Evidentemente, a postura de Hygino diante do projeto de código é uma amostra muito pequena da cultura jurídico-penal brasileira da época, mas, talvez, ela possa servir de indício para a compreensão das razões pelas quais o projeto não vingou[69]. As menções de Hygino ao projeto indicam alto grau de indiferença, ou seja, as modificações não suscitavam nem aprovação nem reprovação. Somemos a isso algumas reprovações e podemos concluir que o projeto, efetivamente, não estava conseguindo angariar apoios da comunidade jurídica para seguir adiante. Substituir um código é uma tarefa complicada. Se os próprios juristas não se entusiasmavam com as novidades trazidas pelo novo projeto a ponto de se justificar uma operação de tal monta, é pouco provável que as forças políticas se movessem para substituir um código tão jovem, apesar de toda a sua falta de prestígio. Entre a convicção de que um código não é bom e as condições para que ele seja substituído, inclusive mediante o engajamento da elite política e da comunidade jurídica, existe uma diferença. Dar esse passo não é um processo simples. Não por acaso, o desprestigiado código penal brasileiro de 1890 durou quase dez anos mais do que o famoso código penal italiano de 1889[70].

3.4. Diálogo entre pares

Nos dois gráficos do item anterior vimos que existe uma parcela de menções em que Hygino assinalou que não existia diferença entre o direito penal brasileiro e o alemão. O simples fato de o nosso autor ter indicado que a diferença inexistia ainda nos permite falar em mediação? Um simples reforço para o leitor brasileiro de que, naquele particular, a teoria alemã poderia ser usada sem o receio de afrontar a lei nacional? Se a resposta para este último quesito for positiva, talvez possamos, de fato, dizer que existe, ainda que residualmente, alguma espécie de mediação cultural mesmo nesses casos.

Mediação residual, pois o elemento preponderante é outro. Nos gráficos que analisamos, estávamos buscando especificamente as menções às legislações

69. Quando o projeto estava no Senado, Hygino escreveu uma avaliação dele: cf. HIGINO, 1901.

70. Para uma análise mais ampla desse processo, cf. SONTAG, 2014, p. 253-332.

brasileira e alemã nas notas de Hygino, o que não significa, portanto, que cobrimos todo o universo das notas. Muitas vezes, Hygino simplesmente teorizou, por assim dizer. Ou seja, várias vezes o nosso tradutor se limitou a indicar a existência de posições diferentes ou semelhantes àquelas de von Liszt; várias vezes concordou ou discordou de tais posições, independentemente da legislação brasileira ou alemã; e assim por diante. Universalidade da ciência? Não pretendemos entrar nesse complicado problema filosófico, por isso basta-nos indicar que estamos, de qualquer forma, diante de uma dimensão em que certas fronteiras se tornaram irrelevantes para o discurso que estamos analisando.

A dúvida, agora, é se Hygino ainda estava agindo como intelectual mediador nesses casos.

As historiadoras Ângela de Castro Gomes e Patrícia Hansen chegaram a afirmar que a mediação típica desse tipo de intelectual poderia existir mesmo entre pares[71]. Hygino era tão jurista quanto von Liszt; Hygino era tão professor ou prático do direito quanto muitos dos seus leitores. Desse ponto de vista, tudo estaria ocorrendo entre pares e nada nos impediria de falar que Hygino agiu totalmente como um intelectual mediador. Contudo, admitindo essa premissa, teríamos muita dificuldade em distinguir as ações típicas de um intelectual mediador daquelas dos "intelectuais não-mediadores". Não obstante a salutar advertência de Gomes e Hansen sobre as fronteiras porosas entre produção e difusão do conhecimento, entre esses dois tipos de intelectuais, e sobre a inocuidade da hierarquização historiográfica entre elas, a compreensão de certos fenômenos exige sempre de nossas categorias a capacidade de fazer algum tipo de distinção. No nosso caso, a distinção relevante diz respeito a todo o grupo de intelectuais. De fato, existe mediação em qualquer diálogo entre sujeitos porque sempre há alguma diferença entre esses indivíduos. No entanto, não estamos lidando aqui com indivíduos, mas com um tipo específico de ação cultural de certos sujeitos que precisamos diferenciar dos outros. A própria abordagem de Gomes e Hansen sugere uma possível solução: há mediação quando discutimos diferenças entre universos culturais (cientistas e leigos, adultos e crianças etc.). Em outras palavras, quando, no caso do bem cultural analisado, não estamos lidando com pares[72].

71. GOMES e HANSEN, 2016, p. 21.

72. O objetivo de Gomes e Hansen nunca foi destruir a diferença entre os dois tipos de intelectuais. Queremos apenas destacar que sua afirmação sobre a mediação inclusive entre pares como um possível processo cultural realizado por intelectuais mediadores parece ser um beco sem saída para sua própria construção teórica que é muito interessante.

Sempre que Hygino comparou o ordenamento jurídico alemão com o brasileiro, ele agiu, obviamente, como intelectual mediador. No caso, a mediação era entre parte de duas culturas jurídicas nacionais, entre o texto de um professor alemão e os professores, advogados, juízes e promotores brasileiros. Aqui, a diferença prepondera: mesmo os leitores brasileiros que têm a mesma profissão de von Liszt não são pares.

Determinando o conceito de intelectual mediador dessa forma, já não precisamos entrar no historiograficamente inócuo debate sobre o que é 'criar' para conseguir estabelecer o que é um intelectual não-mediador[73]. O oposto do intelectual mediador é a categoria residual, ou seja, quando o elemento determinante do discurso inscrito no bem cultural analisado é a semelhança entre os universos culturais dos dois polos (emissor e destinatário). Ou melhor, quando a diferença cultural é irrelevante para qualificar o processo de troca comunicativa que o texto em questão pretende estabelecer. Nesse sentido, nos momentos em que Hygino tratou como irrelevantes as diferenças entre Brasil e Alemanha, é dúbio se ele agiu como mediador. Nos momentos, porém, em que as diferenças entre Brasil e Alemanha eram textualmente irrelevantes, ou seja, quando Hygino estava operando em um plano em que parecia possível, inclusive, simplesmente ignorar a diferença entre as culturas jurídico-penais alemã e brasileira, nesses casos estamos diante, claramente, de operações típicas do intelectual padrão (não-mediador). Ou seja, tratava-se de um simples diálogo entre pares, como qualquer intelectual o faria.

Muito provavelmente o que fez o bem cultural produzido por José Hygino e pela editora Briguiet vender foi a tradução cultural, isto é, o gesto que implicava a mediação. Todavia, se conseguimos melhor determinar o que seriam as ações típicas do intelectual mediador, por amor à precisão pareceu-nos importante relevar, também, os momentos em que pudemos ver José Hygino nas vestes de um jurista-intelectual como qualquer outro no âmbito de uma mesma e compósita operação cultural.

4. Conclusões/*post scriptum*: um acontecimento editorial (cont.)

A tradução do *Lehrbuch* é uma das últimas obras de José Hygino, que viria a falecer dois anos depois durante uma missão diplomática no México. No necrológio publicado pela mesma revista que antecipara o prefácio da tradução, dentre

73. Sobre a inocuidade historiográfica desse tipo de solução teórica, cf. GOMES e HANSEN, 2016, p. 13 ss.

as várias realizações do homenageado, os editores não deixaram de mencionar que Hygino "traduziu a obra classica de von Liszt, sobre o Direito Penal, enriquecendo-a de preciosas notas"[74].

Muito embora, talvez, para o ensino – *Lehre* – o livro de von Liszt fosse excessivo para a grade curricular das faculdades brasileiras, desde a sua publicação ele repercutiu e foi largamente utilizado pela comunidade jurídica brasileira. Na década de 1940, o penalista Nelson Hungria escreveu, talvez com algum exagero, mas apontando na direção correta, que a tradução do *Lehrbuch* foi praticamente o único meio de contato dos juristas brasileiros com a "profunda cultura jurídico-penal da Alemanha de antes de Hitler"[75]. Desde 1899, é possível encontrar referências a von Liszt, por meio da tradução de Hygino, em julgados[76], na doutrina[77] e como referencial importante no projeto de código penal de 1913 de Galdino Siqueira[78].

João Vieira de Araújo – que, aliás, teve contato com Franz von Liszt na década de 1890 antes mesmo da publicação da tradução do *Lehrbuch* por conta do pedido recebido para colaborar na parte brasileira da imponente coleção sobre o estado da legislação penal no mundo[79] – chegou a listar José Hygino entre os "poucos, mas convencidos seguidores" da escola positiva no Brasil[80]. Mas esse artigo foi publicado em italiano na revista *Scuola Positiva*, em um dos seus motes era mostrar uma pretensa difusão e progressiva aceitação das ideias da *scuola* pelo mundo. João Vieira, na condição de correspondente no Brasil da revista, fez o que se esperava dele. O que vimos do prefácio de Hygino e da maneira como Ferri e Lombroso são tratados nas poucas vezes em que foram citados mostram que João Vieira claramente exagerava. O tecnicista Hungria, nos anos 1940, chegou a elogiar o prefácio de Hygino considerando-o "uma das melhores páginas da nossa literatura penal"[81]. Em outra conferência da mesma época, Hungria rego-

74. Revista de Jurisprudência, vol. XIII, 1901, p. 390.

75. HUNGRIA, 1977, p. 300-301.

76. Por exemplo, em duas sentenças judiciais publicadas pelos jornais Jornal do Commercio (RJ) em 23 de agosto de 1899 (p. 4) e A Província em 23 de setembro de 1902 (p. 1).

77. Por exemplo, cf. MORAES, 1904, p. 123 ss.

78. SIQUEIRA, 1913.

79. ARAÚJO, 1911.

80. "La scuola positiva (...) ha pochi ma convinti seguaci fra di noi nella filosofia, nella storia e nel diritto e fra essi vanno annoverati a cagion d'onore Clovis Bevilaqua, Silvio Romero e José Hygino" (ARAÚJO, 1891).

81. HUNGRIA, 1977, p. 301.

zijava dizendo que, finalmente, o estudo do direito penal teria se distanciado do "tedioso debate entre as chamadas escolas penais", de modo que somente alguns poucos ainda "teimam em trazer para o campo do direito penal propriamente dito as infindáveis controvérsias de escolas", que seriam os "herdeiros fiduciários do despeito de Ferri contra o advento do tecnicismo jurídico, que depois de vitorioso na Alemanha, pelo ensinamento de von Liszt e seus discípulos, impôs-se definitivamente aos cultores do direito penal na Itália"[82]. Franz von Liszt tecnicista? Aqui já estaríamos entrando no problema da história das diversas possíveis imagens da obra de von Liszt que muitas vezes podem corresponder muito mais às exigências de afirmação científica da tendência do autor do discurso (como é o caso, claramente, de Nelson Hungria).

De qualquer forma, provavelmente uma das chaves do sucesso de von Liszt no Brasil é o fato de ele não parecer "exclusivista", que era uma crítica muito comum entre os juristas brasileiros contra a escola positiva italiana. É nesse tom que von Liszt é mencionado diversas vezes na exposição de motivos do projeto de Galdino Siqueira de 1913.

Em 13 de junho de 1899 (p. 2), a Gazeta de Notícias noticiava que o "Dr. José Hygino Duarte Pereira, cujo saber e senso jurídico tão brilhantemente e há tantos anos se tem affirmado no magistério, no parlamento e na magistratura, acaba de traduzir do allemão o clássico tratado do direito penal de Franz von Liszt". Além de fazer uma brevíssima resenha dos conteúdos dos dois volumes, a notícia ainda ressaltava que Hygino "não se contentou com o simples trabalho de traductor, aliás dificílimo n'uma obra como esta", mas "annotou-a abundantemente". Dessa forma, o tradutor explicava "affirmações do autor, que escrevendo para a Allemanha subentende muita cousa geralmente ignorada entre nós". As notas também operando como ponte, isto é, parte do processo de tradução cultural, que também vimos nos casos em que Hygino comparava explicitamente a legislação alemã e a brasileira. O livro editado pela Briguiet como fruto, em parte, de um intelectual mediador entre duas culturas jurídico-penais distintas.

Mas essas culturas jurídicas também tinham elementos em comum. De maneira talvez residual, mas Hygino também operou como um intelectual qualquer ao se alçar para o plano de uma ciência jurídico-penal na qual as fronteiras entre Estados não eram discursivamente relevantes. Nesse sentido, talvez possamos afirmar que o bem cultural resultado do trabalho de Hygino trazia em si uma espécie de hibridismo: em grande parte, mediação; em alguma medida, simples

82. HUNGRIA, 1938, p. 37.

parte de um espaço cultural comum[83]. Ou melhor: a tradução do *Lehrbuch* também faz parte do processo de construção de um espaço cultural-jurídico comum (ou entrelaçado), pois as semelhanças empíricas não bastam para que elas tenham efeito sociocultural.

Em suma, a metáfora da ponte entre culturas jurídicas talvez tenha um duplo sentido: por um lado, passagem entre duas margens que continuam diferentes; por outro, aproximação entre dois espaços.

Para este tipo de análise histórica de textos, o núcleo do conceito de intelectual mediador é uma diferença. Quando a operação cultural pressupõe uma diferença entre universos culturais (neste caso, entre culturas jurídicas), somos confrontados com o trabalho típico de um intelectual mediador. Esse foi um importante ajuste conceitual que nos permitiu perceber quando José Hygino agia como um intelectual mediador ou como um intelectual como qualquer outro.

O trabalho de José Hygino, segundo o penalista Aníbal Bruno em um texto sobre velhos professores da Faculdade de Direito do Recife, "veio a tornar acessível aos nossos estudiosos, não familiarizados com o idioma alemão, uma das mais profundas e brilhantes expressões do pensamento jurídico-penal germânico"[84]. Abstraindo o tom laudatório do texto de Bruno, podemos reter que, de fato, num contexto em que a língua alemã era pouco conhecida dentro da comunidade jurídica brasileira, a tradução de Hygino personificava uma ponte valiosa e um deslocamento significativo, junto com alguns outros, em relação à literatura jurídico-penal brasileira anterior, ao optar pelo diálogo com os juristas alemães. Por meio da tradução de Hygino, o *Lehrbuch* de von Liszt contribuiu para moldar a cultura jurídica brasileira porque se tornou um ponto nodal de referência para a nossa literatura de direito penal nas primeiras décadas do século XX. As características desses diálogos ainda precisam ser mais bem estudadas.

Como apontado por Peter Burke, quando um objeto viaja de uma cultura para outra, o "transplante" cultural traz consigo uma transformação cultural porque

83. Ângela de Castro Gomes, em uma entrevista muito interessante sobre a história dos mediadores culturais e da imprensa, apontou que "os intelectuais, eles estão mediadores culturais"; eles estão no sentido de que estão desenvolvendo práticas de mediação. Muitos desses intelectuais são duplos: eles são tanto intelectuais quanto a moda antiga e, também, mediadores (disponível em: [www.youtube.com/watch?v=DOgo-4F_p4c 16min40s]). Gostaríamos de acrescentar aqui que a mediação e o diálogo entre pares podem ser dimensões paralelas, não apenas de uma única pessoa, mas também de um único bem cultural.

84. BRUNO, 1942, p. 451.

a cultura destinatária é um todo conectado (uma espécie de "sistema"[85]). A tradução de Hygino é um bom exemplo do que Burke afirmou, não apenas no nível das repercussões técnicas, mas também no dos gêneros literários da nossa cultura jurídico-penal: era um tratado em um contexto que não tinha produzido até então esse tipo de livro.

Na década de 1940, em reportagem publicada no Anuário Brasileiro de Literatura, Paulo Barbosa ressaltou a importância da tradução do *Lehrbuch* enquanto projeto editorial de uma casa, aliás, francesa:

> "em 1893, [Ferdinand Briguiet] começou a sua atividade de editor. E editor arrojado, fazendo coisas consideradas verdadeiras loucuras, dadas as possibilidades do mercado de então. Basta que citemos um de seus primeiros empreendimentos editoriais: a primorosa edição do 'Tratado de Direito Penal', de Von Liszt, em tradução perfeita, precedido de prefácio de José Higino, considerado trabalho clássico em matéria de criminologia [ao repórter certamente escapavam as distinções da linguagem especializada dos juristas] em nosso país"[86].

É difícil determinar se foi realmente uma loucura, pois, para isso, teríamos que determinar se Briguiet sabia que a cultura jurídico-penal alemã já vinha ganhando prestígio no Brasil e que Franz von Liszt não era desconhecido dos juristas brasileiros. De resto, para além dos elogios de Barbosa, que também não é o ponto que nos interessa, é bem verdade que, pela repercussão da obra, José Hygino e a editora Briguiet conseguiram produzir um acontecimento editorial na literatura jurídico-penal brasileira da época.

Referências

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder:* o bacharelismo na política brasileira. São Paulo: Paz e Terra, 1988.

ARAÚJO, João Vieira de. *O Brazil na legislação penal comparada*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1911.

ARAÚJO, João Vieira de. *Ensaio de direito penal ou repetições escriptas sobre o Código Criminal do Império do Brazil*. Recife: Typographia do Jornal do Recife, 1884.

ARAÚJO, João Vieira de. Le scienze criminali al Brasile. *Estratto dalla "Scuola Positiva"*, anno I, n. 8, 1891.

85. Burke, 2015, p. 68.

86. Barbosa, 1943-1944, p. 313.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Un viaje al Brasil*: impresiones de un conferenciante, seguidas de un estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Reus, 1929.

BARBOSA, Paulo. Planos e realizações da Livraria Briguiet-Garnier. *Anuário Brasileiro de Literatura*, n. 7-8, 1943-1944.

BARRETTO, Tobias. Carta a Sylvio Romero, Recife, 2 de janeiro de 1888. *Tobias Barreto (1839-1889)*. Bibliografia e estudos críticos. Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro. Disponível em: [www.cdpb.org.br/tobias_barreto.pdf]. Acesso em: 08.11.2018.

BATISTA, Nilo. Notas históricas sobre a teoria do delito no Brasil. *Ciências Penais*: *Revista da Associação Brasileira de Ciências Penais*, v. 1, n. 1, 2004.

BENJAMIN, Walter. A tarefa do tradutor [1921]. In: GAGNEBIN, Jeanne-Marie (org.). *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRUNO, Aníbal. O pensamento jurídico penal brasileiro – a faculdade do Recife. *Revista Forense*, v. XCI, 1942.

BURKE, Peter. Context in context. *Common Knowledge*, v. 8, issue 1, 2002.

BURKE, Peter. Tradução Cultural. In: BURKE, Peter. *O que é história do conhecimento*. São Paulo: UNESP, 2015.

BURKE, Peter. Translating Knowledge, Translating Cultures. In: NORTH, M. (ed.). *Kultureller Austausch*: Bilanz und Perspektiven der Frühneuzeitforschung, Köln, Weimar-Wien: Bohlau Verlag, 2009.

CAPPELLINI, Paolo. Sistema giuridico. In: CAPPELLINI, Paolo. *Storie di concetti giuridici*. Torino: Giappichelli, 2010.

CASTRO, Viveiros de. *A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894.

CERTEAU, Michel de. A operação historiográfica. In: CERTEAU, Michel de. *A escrita da história*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1982.

DO RIO, João. O Brasil lê. *Jornal do Recife*, 06 de dezembro de 1903. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/705110/46362]. Acesso em: 01.11.2018.

DUVE, Thomas. European Legal History – Concepts, Methods, Challenges. In: DUVE, Thomas. *Entanglements in Legal History*: Conceptual Approaches. Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History, 2014. Disponível em: [www.rg.mpg.de/1009830/gplh_1_duve.pdf]. Acesso em: 30.10.2018.

FERRI, Enrico. *Principii di diritto criminale*. Torino: Unione tipografico-editrice, 1928.

FERRI, Enrico. Il progetto di codice penale svizzero. *La Scuola Positiva*, 1893.

FERRI, Enrico. *La scuola criminale positiva*. Napoli: Enrico Detken Libraio-Editore, 1885.

FLORES, Alfredo de J.; MACHADO, Gustavo Castagna. Tradução cultural: um conceito heurístico alternativo em pesquisas de direito. *História e Cultura*, v. 4, n. 3, 2015. Disponível em: [https://ojs.franca.unesp.br/index.php/historiaecultura/article/view/1695]. Acesso em: 30.10.2018.

FOLJANTY, Lena. Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2015-09*, 2015. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=2682465]. Acesso em: 30.10.2018.

FOLJANTY, Lena. Translators: Mediators of Legal Transfers. *Rechtsgeschichte*, v. 24, 2016. Disponível em: [http://data.rg.mpg.de/rechtsgeschichte/rg24_120foljanty.pdf]. Acesso em: 03.11.2018.

FONSECA, Álvaro Monteiro Mariz. *A nobreza perde a majestade?* Títulos, honras, ordens militares, distinções e mercês pecuniárias na cultura jurídico-política do Brasil imperial. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

FONSECA, Ricardo M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. XXXV, 2006.

FREIRE, Paschoal José de Mello. *Instituições de direito civil brasileiro extrahidas das instituições de direito civil lusitano do exímio jurisconsulto portuguez Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade e augmentadas nos lugares competentes com a substancia das leis brasileiras pelo doutor Lourenço Trigo de Loureiro*. Pernambuco: Typographia da viúva Roma & Filhos, 1851. t. I. Disponível em: [http://direitocivildigital.com/wp-content/uploads/colecoes/01classicos/Institui%C3%A7%C3%B5es%20de%20Direito%20Civil%20Brasileiro%20-%20Louren%C3%A7o%20Trigo%20de%20Loureiro.pdf]. Acesso em: 10.12.2018.

FREITAS, Ricardo. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FRISCH, Wolfgang. Franz von Liszt – obra e influencia. *InDret*, revista para el análisis del derecho, v. 2, 2017.

Gazeta de Notícias, 13 de junho de 1899. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/103730_03/20112].

GOMES, Ângela de Castro Gomes. *Dossiê imprensa e mediação cultural* [entrevista], 2018. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=DOgo-4F_p4c]. Acesso em: 02.01.2019.

GOMES, Ângela de Castro Gomes; HANSEN, Patrícia Santos. Intelectuais, mediação cultural e projetos políticos: uma introdução para a delimitação do objeto de estudo. In: GOMES, Ângela de Castro Gomes; HANSEN, Patrícia Santos (orgs.). *Intelectuais mediadores*: práticas culturais e ação política. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

GROSSI, Paolo. Da sociedade de sociedades à insularidade do Estado entre Medievo e Idade Moderna. In: DAL RI Júnior, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

HESPANHA, António Manuel. Da "iustitia" à "disciplina". Textos, poder e política penal no Antigo Regime. In: HESPANHA, António Manuel (org.). *Justiça e litigiosidade*: história e prospectiva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

HESPANHA, António Manuel. A evolução da doutrina e do ensino do direito penal em Portugal, c. 1800 - c. 1910. In: DAL RI JÚNIOR, Arno; SONTAG, Ricardo (org.). *História do direito penal entre medievo e modernidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

HUNGRIA, Nelson. Costa e Silva, penalista [1945]. In: HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I, t. I.

HUNGRIA, Nelson. Galdino Siqueira, comentador. *Revista Forense*, v. LXXXIX, 1940.

HUNGRIA, Nelson. O tecnicismo jurídico-penal. *Revista de direito penal*, v. XXII, 1938.

HYGINO, José. Observações ao projecto de código penal. *Revista de Jurisprudencia*, v. XI, 1901.

HYGINO, José. Prefacio do traductor. In: LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899. v. I.

HYGINO, José. *Revista de Jurisprudência*, v. XIII, 1901.

Jornal do Commercio, Rio de Janeiro, edição 00234, 23 agosto 1899. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/33166]. Acesso em: 30.10.2018.

Jornal do Commercio, Rio de Janeiro, edição 00293, 21 outubro 1899. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/364568_08/33808]. Acesso em: 30.10.2018.

Jornal do Commercio, Rio de Janeiro, edição 00333, 30 novembro 1899. Disponível em: [http://memoria.bn.br/docreader/364568_08/34238]. Acesso em: 30.10.2018.

LACAPRA, Dominick. Rethinking intellectual history and reading texts. *History and Theory*, v. 19, n. 3, 1980.

LACAZE, Marion. Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal. *Fondation Varenne*, v. 39, 2011.

LACCHE, Luigi. Un Code Pénal Pour l'Unité Italienne: le code Zanardelli (1889) – La Genèse, le Débat, le Projet Juridique. *Sequência. Estudos jurídicos e políticos*, v. 35, n. 68, 2014.

LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Losada, 1914-1917. 3 v.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899a. v. I.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal allemão*. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899b. v. II.

LISZT, Franz von. *Traité de droit pénal allemand*. Paris: M. Giard & e. Briere, 1911-1913. 2 v.

LOSANO, Mario. *Un Giurista Tropicale*: Tobias Barreto fra Brasile Reale e Germania Ideale. Roma: Laterza, 2000.

MAFEI, Rafael. *O direito a ações imorais* – Paul Johann Anselm von Feuerbach e a construção do moderno direito penal. São Paulo: Almedina, 2013.

Minas Geraes: Orgam Official dos Poderes do Estado, edição 00149, 10 jun. 1899. Disponível em: [http://memoria.bn.br/docreader/291536/16424]. Acesso em: 02.11.2018.

Minas Geraes: Orgam Official dos Poderes do Estado, edição 00095, 14 abril 1899. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/291536/16191]. Acesso em: 02.11.2018.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em materia criminal, ou, exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas applicações diversas na Alemanha, França, Inglaterra, etc.; traduzido pelo advogado Alberto Antonio Soares*; *posto ao corrente das doutrinas e acomodado, em anotações, a legislação vigente, ao foro brasileiro, bem como a jurisprudência e a praxe pelo Dr. Pontes de Miranda*. 3. ed. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1917.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em materia criminal ou exposição comparada dos principios da prova em materia criminal, etc., de suas applicações diversas na Allemanha, França, Inglaterra, etc.*; *traduzido por Alberto Antonio Soares*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1871.

MITTERMAYER, Carl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal, ou, exposição comparada dos principios da prova em matéria criminal, etc., de suas diversas aplicações na Alemanha, em França, na Inglaterra, etc., etc; vertido para o francez por C.A. Alexandre e para o portuguez por um magistrado brazileiro*. 2. ed. cuidadosamente revisada. Rio de Janeiro: Laemmert, 1879.

MORAES, Evaristo de. Crime e miséria parte II. *Os Annaes*. Semanario de literatura, arte, sciencia e industria, v. 8, 1904. Disponível em: [http://memoria.bn.br/docreader/347850/133]. Acesso em: 05.12.2018.

Nota da redacção. *Revista de Jurisprudência*, vol. 5, 1899.NUNES, Diego. *Le "irrequietas leis de segurança nacional"*. Sistema penale e repressione del dissenso politico nel Brasile dell'Estado Novo (1937-1945). Tese (Doutorado em Storia del Diritto) – Facoltà di Giurisprudenza, Università di Macerata. Macerata, 2014. Disponível em: [https://u-pad.unimc.it/retrieve/handle/11393/192670/2863/Diego%20Nunes%20tesi%20Leis%20de%20seguran%C3%A7a%20nacional%20UniMC.pdf]. Acesso em: 15.12.2018.

O Fluminense, edição 03668, 08 jun. 1898. Disponível em: [http://memoria.bn.br/docreader/100439_03/7450]. Acesso em: 02.11.2018.

PIFFERI, Michele. *L'individualizzazione della pena*. Difesa sociale e crisi della legalità tra Otto e Novecento. Milano: Giuffrè, 2013.

PINTO, Antonio Joaquim de Gouvêa. *Tratado dos testamentos e sucessões accommodado ao foro do Brazil até o anno de 1881 por Augusto Teixêira de Frêitas*. Rio de Janeiro: Garnier, 1881.

A Província, 23 set. 1902. Disponível em: [http://memoria.bn.br/DocReader/128066_01/12439]. Acesso em: 07.11.2018.

RANIERI, Filippo. Le traduzioni e le annotazioni di opere giuridiche straniere nel sec. XIX come mezzo di penetrazione e di influenza delle dottrine. *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo congresso Internazionale della società italiana di storia del diritto. Firenze: Olschi editore 1977.

REALE, Miguel. A cultura jurídica italiana no Brasil. *Revista Brasileira de Filosofia*, v. IX, fasc. I, n. 33, 1959.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *História do direito civil brasileiro*: ensino e produção bibliográfica nas academias jurídicas do império. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita [1990]. In: SBRICCOLI, Mario. *Storia del diritto penale e della giustizia*. Milano: Giuffrè Editore, 2009. v. I.

SILVA JÚNIOR, Airton Ribeiro da. *Teaching International Law in the Nineteenth-Century Brazil*: a history of appropriation and assimilation (1827-1914). Tese (Doutorado em Storia del Diritto) – Facoltà di Giurisprudenza, Università di FirenzeFirenze, 2017.

SIQUEIRA, Galdino. *Projecto de codigo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Jornal do Brasil, Revista da Semana, 1913.

SIRINELLI, Jean-François. Os intelectuais. In: RÉMOND, René (dir.). *Por uma história política*. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

SOARES, Antonio Alberto. Advertencia do traductor. In: MITTERMAYER, Carl Joseph. *Tratado da prova em materia criminal ou exposição comparada dos principios da prova em materia criminal, etc., de suas applicações diversas na Allemanha, França, Inglaterra, etc.; traduzido por Alberto Antonio Soares*. Rio de Janeiro: Ribeiro dos Santos, 1871.

SONTAG, Ricardo. "Casas para elles destinadas": "loucos criminosos", o artigo 12 do código criminal brasileiro de 1830 e a questão dos antecedentes das medidas de segurança. In: BRODT, Luís Augusto Sanzo; SIQUEIRA, Flávia (org.). *Limites ao poder punitivo*: diálogos na ciência penal contemporânea. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

SONTAG, Ricardo. *Código criminológico?* Ciência jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

SONTAG, Ricardo. *"Código criminológico"?* Os projetos de código penal brasileiro Virgílio de Sá Pereira (1927-1937) e os modelos codificatórios italianos. In: WOLKMER, Antonio Carlos et al. (org.). *História do direito CONPEDI/UFSC*. Florianópolis, 2014. Disponível em: [www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fc1d0d2f2375b7a4]. Acesso em: 02.02.2019.

SONTAG, Ricardo. "Curar todas as moléstias com um único medicamento": os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890). *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, v. 471, 2016a. Disponível em: [https://ihgb.org.br/revista-eletronica/artigos-471/item/108296-curar-todas-as-molestias-com-um--unico-medicamento-os-juristas-e-a-pena-de-prisao-no-brasil-1830-1890.html]. Acesso em: 02.01.2019.

SONTAG, Ricardo. A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da "influência". In: MECCARELLI, Massimo e PALCHETTI, Paolo (ed.). *Derecho en movimiento*. Personas, derechos y derecho en la dinámica global. Madrid: Editorial Dykinson, 2015. Disponível em: [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20251/derecho_HD33_2015.pdf?sequence=3&isAllowed=y]. Acesso em: 02.11.2018.

SOUSA, J. J. C. Pereira de. *Primeiras linhas sobre o processo civil accomodadas ao foro do Brasil por Augusto Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: Typographia Perseverança, 1879.

STOLLEIS, Michael. Franz von Liszt. In: STOLLEIS, Michael (hg.). *Juristen*: ein biographisches Lexikon, von der Antike bis zum 20-Jahrhundert, München: C. H. Beck, 1995.

TELLES, José Homem Correa. *Doutrina das acções*: accomodada ao fôro de Portugal (...). Consideravelmente augmentada e expressamente accomodada ao fôro do Brasil por José Maria Frederico de Souza Pinto. 6. ed, Rio de Janeiro: Laemmert, 1865.

TELLES, José Homem Correa. *Doutrina das acções*: accomodada ao fôro do Brazil até o anno de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas. Rio de Janeiro: Garnier, 1880.

VANO, Cristina. Della vocazione dei nostri luoghi. Traduzioni e adattamenti nella diffusione internazionale dell'opera di F.C. von Savigny. *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, v. 10, 2016.

VAREJÃO, Marcela. *Il positivismo dall'Italia al Brasile*. Sociologia del diritto, giuristi e legislazione (1822-1935). Milano: Giuffrè, 2005.

VORBAUM, Thomas. *A Modern History of German Criminal Law*. Heidelberg: Springer, 2014.

WETZELL, Richard F. Franz v. Liszt und die internationale Strafrechtsreformbewegung. In: KOCH, Arnd; LÖHNIG, Martin (hg.). *Die Schule Franz von Liszts*: Sozialpräventive Kriminalpolitik und die Entstehung des modernen Strafrechts. Frankfurt am Main: Mohr Siebeck Tübingen, 2016.

WETZELL, Richard F. *Inventing the Criminal*: A History of German Criminology, 1880-1945. Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2003.

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); e
- O funcionalismo penal e a abertura das categorias dogmáticas: um caminho à responsabilidade penal da pessoa jurídica, de André Luís Callegari e Raul Marques Linhares – *RBCCrim* 145/435-457 (DTR\2018\17978).

Do *mediating principle* da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador

From the mediating principle of proportionality to the determination of punishment proportional to the gravity of the fact: foundations for a normative theory to reduce the subjectivity of judges

José Francisco Dias da Costa Lyra

Doutor em Direito pela UNISINOS-RS. Professor do Curso de Doutorado e de Mestrado em Direito da URI-RS. Em tal instituição também leciona as disciplinas de Direito Penal e Processo Penal. Professor de Direito Penal na CNEC Santo Ângelo/RS. Juiz de Direito.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1952-3365.
jfdclyra@gmail.com

Recebido em: 16.09.2019
Aprovado em: 29.05.2020
Última versão do autor: 12.06.2020

Área do Direito: Penal

Resumo: Este trabalho discorre sobre a teoria da pena proporcional à gravidade do fato, teoria esta que se insere no processo judicial de individualização da sanção penal. Tem como objetivo reduzir a ampla margem de liberdade que os juízes gozam em relevante fase, que limita, sobremaneira, o direito fundamental do sentenciado, que, não raro, professam suas próprias políticas criminais e ideologias securitárias. Ora, argumentos de política criminal devem ser filtrados pelo sistema legal, sob pena de se reificar o acusado, isto é, coisificá-lo no afã de combater a criminalidade. Com tal usual prática, viola-se a dignidade da pessoa humana e a liberdade do sentenciado, pois esse possui um direito fundamental de ser tratado com justiça e sofrer uma sanção penal proporcional à gravidade do fato

Abstract: This work discusses the theory of punishment proportional to the gravity of the legal fact, a theory that deals with the judicial process of individualization of criminal sanctions. Its purpose is to reduce the wide margin of freedom that judges, who not seldom profess their own criminal policies and secondary ideologies, enjoy in their decisions during said process, as this freedom excessively limits the core right granted to convicts. Nonetheless, criminal policy arguments must be filtered by the legal system, otherwise the accused will be reified, that is, treated as objects because of the eagerness to fight crime. With such usual practice, the dignity of human persons and the freedom given to convicts are violated, since the latter have a fundamental right to be treated fairly and

Lyra, José Francisco Dias da Costa. Do *mediating principle* da proporcionalidade à determinação da pena proporcional à gravidade do fato: fundamentos para uma teoria normativa redutora da subjetividade do julgador. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 171. ano 28. p. 89-129. São Paulo: Ed. RT, set. 2020.

praticado, isto é, de não sofrer castigos imoderados. Para tal objetivo, parte-se do conceito deontológico da culpabilidade e sua atuação na concreção da pena. Em seguida, o estudo se dedicará à teoria da pena proporcional à gravidade do fato, verificando a sua contribuição ao estabelecer que a pena deve atentar a conduta do réu e os danos causados à vítima.

Palavras-chave: Proporcionalidade – Teoria da pena proporcional à gravidade do fato – Culpabilidade – Teorias da pena.

receive a criminal sanction commensurate with the gravity of the fact that was committed, i.e. not to suffer immoderate punishment. To this end, this study will take as a starting point the deontological concept of guilt and its role in the carrying out of punishment. Next, it will focus on the theory of punishment proportional to the gravity of the fact, verifying the contribution it provides by establishing that a penalty must take into account the defendant's conduct and the harm caused to the victim.

Keywords: Proportionality – Theory of punishment proportional to the gravity of the fact – Culpability – Theories of punishment.

Sumário: 1. Uma introdução: o direito fundamental a não sofrer castigos imoderados e a culpabilidade como princípio fundamental na modulação da pena. 2. O Princípio da Proporcionalidade como *Mediating Principles* do Direito Penal. 3. A Teoria da Pena Proporcional ou da Proporcionalidade pelo Fato. 4. Algumas considerações. Referências.

1. Uma introdução: o direito fundamental a não sofrer castigos imoderados e a culpabilidade como princípio fundamental na modulação da pena

Em tempos de expansão do controle penal[1], que exacerba a dialética entre liberdade *versus* segurança, o Direito Penal nuclear ou tradicional, vocacionando à proteção de bens jurídicos individuais, transita a um sistema de gerenciamento de perigos peculiar à atual sociedade do risco, centrando-se, agora, nos crimes de perigo e na proteção de direitos despersonalizados ou bens jurídicos coletivos[2]. Nesse contexto, também soa inegável que pode estar havendo uma *overcriminalization*, que se caracteriza por um verdadeiro frenesi de novos crimes, com o incremento das penas para crimes já existentes e pela diminuição das garantias constitucionais[3], forjando um movimento social que consolida o crime

1. SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la poítica criminal em las sociedades postindustriales. Buenos Aires: IBDEF, 2011. p. 02-306.
2. Conforme DIEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal em la encrucijada.* Montevideo: IBDEF, 2007. p. 61-200.
3. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*: los limites del derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 09-325.

como fator político, isto é, de uma tendência de *governar pelo crime,* na busca da *lealdade das massas,* que possui rendimento populista. Nesse imaginário social, apreende-se que o Direito Penal assume uma controvertida função de *moralizar a sociedade*, conformando uma espécie de pedagogia social, diluindo a importante barreira secular que deve existir entre o direito e a moral[4], daí o motivo de o poder judiciário e seu corpo pessoal de juízes se converterem em um *superego de uma sociedade órfã*, promovendo uma socialização individual que infantiliza os sujeitos[5], enfim, consolida-se ele (o judiciário) como sendo o *guardião das promessas da modernidade*[6]. Logo, nas democracias atuais, os heróis ou salvadores da pátria tendem a se personalizar na figura do juiz, o sujeito mais visível da cena judiciária. Sob tais influxos, de forma preocupante, vislumbra-se uma certa flexibilização do princípio da legalidade por práticas excepcionais[7], parecendo ser de relevo discutir o processo judicial da individualização da pena, ponto culminante na aplicação do direito de punir do Estado[8].

Nessa perspectiva, constata-se que tal tema, felizmente, tem atraído a atenção da dogmática jurídica[9], no Brasil[10] e no exterior[11], que se debruçou sob o tema e, procurando, no fundamental, reduzir o amplo espaço de que os juízes ainda usufruem na concretização da pena, campo onde, não raro, professam as suas ideologias (de defesa social!) e juízos especulativos/valorativos sobre a política criminal. Esquece-se, por vezes, que a aplicação judicial da pena se constitui

4. GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto em la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 98-128.
5. MAUS, Ingebordg. *O judiciário como superego da sociedade.* Trad. Gerealdo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15 e ss.
6. GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 25 e ss.
7. DONINI, Massimo. *Poder judicil y ética pública*: la crisis del legislador y de la ciencia penal em Europa. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2015. p. 33 e ss.
8. DONINI, Massimo. Op. cit., p. 37-38.
9. Por todos, TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 13-205.
10. Ver SOUZA, Paulo S. Xavier de. *Individualização da pena no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006. p. 13-359.
11. A discussão é apresentada na excelente obra de GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach:* una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Madri: Marcial Pons, 2015.

em uma dramática restrição de direitos fundamentais de liberdade do sentenciando[12] (e, pois, de sua dignidade[13]), requerendo, portanto, que dita limitação repouse em uma argumentação fundamentada em termos normativos e principiológicos. Ora, é a Constituição e a sua legitimação material que definem e demarcam o horizonte em que deve se inscrever a tutela penal. Na lição de Andrade[14], a política criminal estatal, que se encontra a serviço de programas ou valores à livre realização do homem em sociedade, deve ser limitada pela barreira inviolável da dignidade da pessoa humana e pelo direito fundamental à liberdade. Assim, a imposição de uma pena, que se apresenta como uma dramática restrição na liberdade de agir do acusado reclama uma aprovação no *test* (ou princípio) da proporcionalidade para se legitimar. A operação necessita, pois, de uma argumentação informada por princípios deontológicos (destacadamente dos princípios da culpabilidade, da legalidade e da proporcionalidade). Assim, a individualização judicial da pena não se confunde com voluntarismo judicial e/ou arbitrariedades; ao contrário, trata-se de ato normativo ou de uma discricionariedade vinculada a axiomas jurídicos e legais. Esse é o ponto que o artigo, humildemente, se propõe a sinalizar.

E o caminho para teorizar sobre a questão pede uma prévia explicitação acerca do princípio deontológico da culpabilidade que, segundo Schünemann, afigura-se como irrenunciável não só para a legitimação da pena frente ao afetado, senão para a própria racionalidade do Direito Penal[15]. Sabe-se que o princípio da culpabilidade comporta vários significados para o controle penal, que podem partir de uma análise sociológica do desvio, questionando os fatos sociais que estão na raiz da criminalidade, o processo de rotulação dos desviantes ou *outsiders*[16],

12. Conforme ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 341-392.

13. SARLET, Ingo Wolfangang; WINGARTNER NETO, Jayme. *Constituição e direito penal*: temas atuais e polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 15-34.

14. ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do direito penal. In: AVELÃS NUNES, Antônio; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais*: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 51-62.

15. SCHÜNEMANN, Bernd. Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimo dogmática. Sobre los limites inviolables del derecho penal en un Estado de derecho liberal. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Org. ed. alemã). *Limites al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 63-85.

16. BECKER, Howard S. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X de A Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 15 e ss.

relacionando-os com as desigualdades do sistema capitalista de produção[17], desvelando-se o caráter seletivo do sistema capitalista de produção[18], em uma análise material da penalidade[19]. Entretanto, a perspectiva que se pretende dar – doravante – é dogmática, ligando a culpabilidade ao momento da determinação judicial da pena, com uma modesta pretensão de conferir uma maior previsibilidade e igualdade na operação, campo – como já afirmado – que ainda é submetido a uma intensa valoração subjetiva do juiz; portanto, a uma insuportável discricionariedade judicial, que não escapou do diagnóstico de Schünemann, apresentado no prefácio da obra de Hörnle[20]. Com efeito, na lição do autor, em um espaço de insuficiência dogmática, é conferido ao julgador um amplo poder para a mensuração da pena, que o conduz a uma sobrevalorização da impressão que lhe causou o fato. Por isso, Schünemann reputa ser necessário aplicar regras dogmáticas do Direito Penal à determinação judicial da pena, a fim de que o processo seja submetido a um controle normativo, sendo relevante – inicialmente – dotar o sistema penal de uma concepção moderna de culpabilidade, orientada pelo injusto penal[21], que se impõe como um postulado da justiça[22]. Logo, o ponto de partida da medição da pena remete ao princípio da culpabilidade, pois a culpabilidade do autor é o fundamento da medição da pena[23].

17. Ver LYRA, José Francisco Dias da Costa. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: a edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 103, p. 289-321, jul./ago. 2013.
18. LYRA, José Francisco Dias da Costa. O capitalismo do espetáculo e o processo de desintegração social: anomia e o mal-estar do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 140, p. 325-370, fev. 2018.
19. CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 95-129. Também, do mesmo autor: *una sensata cantidad de delito*. Trad. Cecilia Espeleta e Juan Iosa. Buenos Aires: Del Puerto, 2004. Consultar NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 13-65.
20. SHÜNEMANN, Bernd. Prefácio da obra. In: HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: Fabian di Plácido, 2003. p. 17.
21. SHÜNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 19-20.
22. HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 300.
23. Conforme HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 39.

Sob essa perspectiva, de partida, não se pode ignorar que há razoável entendimento doutrinário expressado no sentido de que o princípio da culpabilidade deveria ser abandonado, não podendo mais fundamentar o Direito Penal. Essa posição é defendida por Gimbernat Ordeig[24], que – partindo da constatação de que *o livre-arbítrio* é indemonstrável (esfera não acessível ao delinquente em concreto) –, sustenta que a pena já não serve para retribuir a culpabilidade, senão que para reforçar aquelas proibições cuja observância é fundamental a uma vida em sociedade, ou seja, à convivência social. A pena racional, no seu pensamento, é o recurso que o Estado tem que se socorrer para tornar possível a convivência entre os homens, um amargo remédio que deve ser ministrado sobre a base do valor do bem jurídico protegido, punindo-se com maior severidade a lesão dolosa de um bem jurídico do que a culposa do mesmo bem, reforçando o caráter inibidor da pena. Para o autor, fundar a pena na culpabilidade leva o Direito Penal à teoria do efeito *dominó,* pois a crise da culpabilidade traz consigo a da pena; além disso, sem pena não há controle penal nem uma ciência nos moldes tradicionais. Por isso, sustenta que o moderno Direito Penal não depende mais do princípio da culpabilidade, movimento que o autor denomina como *a fuga da irracionalidade*, motivo que o levou a lastrear a pena em formulações legais e na ciência jurídica[25].

Destaca-se, entretanto, que o criticado fundamento *tradicional* da culpabilidade, centrado no *poder agir de outro modo* ou *livre-arbítrio* – herança de Welzel e de seu Direito Penal orientado à conformação moral dos cidadãos –, experimentou significativas variações[26] que conduziram à superação da *indemonstrabilidade* do criticado livre-arbítrio[27], como leciona[28], por exemplo, Roxin, defendendo que a pena deve estar orientada por razões preventivas, não mais se fundamentando na culpabilidade. A discussão, segundo o penalista alemão, não mais se baseia na possibilidade do agir de outro modo, senão de se cuidar das exigências do ordenamento jurídico com relação ao evento que lhe é imputado (capacidade de ação normativa, ligada a exigências sociais). Logo, a pena se legitima em funções

24. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do direito penal*. São Paulo: Manole, 2004. p. 09-24.

25. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. cit., p. 05-06 e 36-44.

26. Ver TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 96 e ss.

27. FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Culpabilidade*: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 82 e ss.

28. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 96 e ss.

preventivas e no questionamento de se há necessidade de impô-la para fins utilitários, deslocando-se a culpabilidade para os fins de política criminal[29].

Outra variação relevante da culpabilidade, que, de igual sorte, pretende contornar os problemas do livre-arbítrio é o *funcionalismo radical* de Jakobs, para quem a pena tem a função de garantir a manutenção das expectativas normativas e/ou a vigência da norma, enfim, a identidade normativa da sociedade. A pena, no seu desenho, constitui-se, em uma comunicação que desautoriza o fato delituoso praticado pelo réu, na busca da manutenção da norma, que deve continuar servindo de orientação à vida social (prevenção geral) e, como tal, estabelece um limite aos fins preventivos e a pena[30]. Por último, ainda na lição de Tangerino, apresenta-se a versão da culpabilidade como motivabilidade, que, de igual sorte, abandona o poder agir de outro modo, afirmando que o que se revela necessário é que a norma penal motive as pessoas a não realizarem comportamentos proibidos, cuidando-se, portanto, de uma capacidade de reagir em face das exigências normativas. Tal orientação é sustentada por Muñoz Conde, que desloca o enfoque da liberdade do sujeito para a norma, entendendo que a motivabilidade fica dependente da capacidade de motivar respeito aos bens jurídicos[31].

No limite, de comum a ditas teorias funcionalistas é a vinculação da culpabilidade às funções preventivas, deixando de lhe conferir um conteúdo material, pensamento que não foge, inclusive, do posicionamento crítico de Gimbernat Ordeig, que funda a pena na dogmática jurídica, atribuindo-lhe a função da preservação de bens jurídicos fundamentais à vida em sociedade[32]. Pensa-se que com tal argumentação supera-se a crítica no sentido de que o princípio da culpabilidade é *metafísico* e indemonstrável.

Também se afirma que a culpabilidade padece de certa *indefinição conceitual,* na lição de Teixeira[33], por abrigar diversos significados no sistema penal e cumprir várias funções. Sob essa perspectiva, Teixeira informa que coube a Alenbach o mérito de esclarecer os vários significados e funções do princípio da

29. Segundo TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 98-100.

30. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 106-109.

31. TANGERINO, Davi de Paiva Costa. Op. cit., p. 110-112.

32. Ver GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 23 e ss.

33. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. Madri: Marcial Pons, 2015. p. 116 e ss.

culpabilidade. No seu ensinamento, (i) em uma primeira acepção, aparece ligada ao termo *nulla poena sine culpa,* plano meta-positivo, que exige para alguém ser punido por um crime ser necessário que tenha agido com dolo ou culpa[34]. Dita orientação corresponde às origens do referido princípio, vinculado ao princípio da legalidade, detendo o fundamental sentido de exclusão da responsabilidade objetiva, cuja elaboração científica deu-se no século XIX; (ii) uma segunda concepção relaciona a culpabilidade ao *sistema do delito,* somada à tipicidade e à antijuridicidade. Nessa versão, é composta pelos elementos da imputabilidade, da consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, também cunhada de *culpabilidade em sentido estrito*[35]; por último, (iii) a culpabilidade também se apresenta *enquanto critério de medição da pena* (ou *culpabilidade em sentido amplo)*. Em tal disposição, a culpabilidade (tal como dispõe do Código Penal alemão) constitui-se no fundamento de medição judicial da pena[36], consolidando-se como princípio jurídico-penal fundamental apto a fundamentar/regular a medida da pena[37].

Na mesma pegada a doutrina de Crespo[38], que, também adotando o ensinamento de Achenbach, estima que o princípio da culpabilidade, ao estabelecer que *não há pena sem culpabilidade,* assume uma feição de um superprincípio de índole material, atuando como fundamento e limite da violência penal. Em um segundo nível – sob a expressão *pena conforme a medida da culpabilidade* – resta operalizado na individualização judicial da pena, informando quais são os elementos que devem considerados na sua concreção. Por último, *como fundamentação da pena em face do autor do delito*: categoria dogmática do crime, perquirindo a imputação subjetiva (dolo e/ou imprudência), causas de exculpação[39]. Já, no pensamento de Hernández, a culpabilidade vem expressada nas seguintes máximas: 1) *princípio da personalidade da pena,* que estima que a pessoa somente pode ser castigada por fato que cometeu, jamais por fato alheio; 2) *princípio da responsabilidade pelo fato,* que ressalta a exigência do *Direito Penal do fato* e a impossibilidade de sancionar alguém pelo seu modo de condução de vida; 3) *princípio do dolo ou culpa* (imputação subjetiva), que estabelece que alguém somente

34. TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 117.

35. Idem.

36. TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 117.

37. Conforme CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena.* 2. ed. Montevideo: Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 275-279.

38. CRESPO, Eduardo Demetrio. Op. cit., p. 284-285.

39. Idem.

pode ser punido se agiu, pelo menos, de forma culposa, afastando a possibilidade da responsabilidade penal objetiva ou pelo puro resultado; 4) *exigência de imputação objetiva do resultado;* 5) *princípio da imputação pessoal* (culpabilidade em sentido estrito), ensinando que a pessoa deve ter, no mínimo, condições psíquicas que possibilitem conhecer o conteúdo da norma[40].

Por seu turno, Roxin[41] refere que tal princípio desempenha importantes funções no sistema penal, ou seja, uma cadeia argumentativa de seguintes significados: 1) O delinquente infringe a lei, não obstante pudesse comportar-se conforme o Direito: 2) Tal comportamento – livremente escolhido – fundamenta uma reprovação moral e com ela a culpabilidade do autor; 3) A reprovabilidade do fato confere ao Estado a legitimidade de impor um mal, a retribuição da medida da culpabilidade; 4) A pena retributiva da culpabilidade é o meio mais adequado de lutar contra a criminalidade. É inegável que dita cadeia argumentativa roxiana possui pontos problemáticos, revisados pelo próprio autor, mas que não escaparam da crítica de Crespo, uma vez que – desde o ponto de vista científico-empirista – não se pode comprovar que o autor poderia ter atuado de outra forma. Logo, a culpabilidade não poderia ser definida a partir desse elemento. Ora, Roxin revisou posições tradicionais, renunciando ao conceito de culpabilidade como a possibilidade de atuar de outro modo, abrindo a dogmática jurídico-penal às finalidades político-criminais; alerta, no entanto, que não interessa a constatação empírica do poder individual de atuar de outro modo, senão que a culpabilidade impõe como exigência de uma normal fidelidade ao Direito, com uma função importante: liminar a magnitude da pena[42].

Digna de destaque no trato da culpabilidade, ainda, é a teoria de Niño, esboçada na sua tese denominada *Justiça de acordo com o consentimento*. Para o autor, a pena é produto, entre outras coisas, da vontade da pessoa que a sofre, ou seja, do interessando, que se sujeitou a uma sanção impositiva, um imperativo de justiça. Niño – nesse particular – faz uma analogia com os contratos civis, na qual o contratante consente com uma relativa distribuição de bens que, inclusive, poderia se revelar injusta, afirma o consentimento, expressado na voluntariedade da ação e conhecimento das circunstâncias. Portanto, a pessoa acaba por consentir com

40. HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los critérios legales y judiciales de individualización de la pena*. Valência: Tirantlo Blanch, 2011. p. 239.

41. ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención en derecho penal*. Tradução da língua alemã para a espanhola de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 147-200.

42. ROXIN, Claus. Op. cit., p. 163-180. Ver ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 2004. p. 15-47.

as obrigações que constituem o conteúdo do contrato. O mesmo sucede, na visão de Niño, com a pena – uma consequência normativa do crime – porque o delito tem como consequência jurídica a perda da imunidade contra a pena. Logo, um indivíduo que comete um delito assume uma sujeição de sofrer a dor penal, pois consentiu, no mesmo modo que um contratante[43].

Em síntese, pode-se dizer que o princípio da culpabilidade contribui à racionalidade do Direito Penal, banindo a responsabilidade objetiva, além de permitir a graduação da penalidade dentro de um marco penal. Também possibilita a exclusão da penalidade nos casos em que não há motivação (na conduta de incapazes, na hipótese de erro de proibição). Além disso, veda a imposição de pena se não houver necessidades utilitárias ou preventivas[44]. No limite, a culpabilidade opera como fundamento, medida e limite da pena: além de fundamentar o castigo também por razões preventivas, permite uma graduação[45-46].

Assim, uma vez que estabelecidos os significados e as funções do conceito de culpabilidade, indaga-se se culpabilidade, como critério de individualização judicial da pena (ou seja, *sentido amplo*), possui alguma relação com a culpabilidade enquanto categoria dogmática integrante do delito (a denominada *culpabilidade em sentido estrito)*. Expressando em outros termos, existe uma *ruptura sistemática* entre os pressupostos de imputação do crime e os de aplicação da pena? A determinação da pena (e a culpabilidade) responde a outros elementos que não os que integram a figura típica? Devem ser excluídos na individualização da pena os elementos que compõem tipo e ilicitude? Teixeira responde a tais indagações – inicialmente – relatando a existência de posturas que sustentavam uma completa *ruptura sistemática* entre os pressupostos da imputação e o da aplicação da pena, posicionamento defendido, entre outros, por Bruns e Hassemer. Entretanto, apresenta outro entendimento, que ele defende (e se adota), mais razoável, no sentido de que a determinação judicial da pena corresponde a *uma continuação e quantificação das categorias dogmáticas da teoria do delito*. Para Teixeira, o *se* e o *como* ou *quanto* da pena não estão em dois planos distintos; complementam-se[47].

43. NIÑO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal*: una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 2006. p. 197-254.

44. CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena.* 2. ed. Montevideo: Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 279.

45. HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los critérios legales y judiciales de individualización de la pena.* Valência: Tirantlo Bllanch, 2011. p. 244-245.

46. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 245-246.

47. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. Madri: Marcial Pons, 2015. p. 119-120.

Com efeito, tal posição, que estabelece uma relação de continuidade entre os elementos do delito (tipicidade e antijuridicidade) e a determinação judicial da pena, tem o importante efeito de trazer a quantificação da penalidade para termos normativos, reduzindo o espaço da subjetividade e arbitrariedade; além de privilegiar a culpabilidade do autor, assegura igualdade na individualização da penalidade. Nesse particular, razão assiste a Teixeira quando destaca a importante função exercida pela dogmática. Logo, o ponto central para onde converge a determinação judicial da pena é o injusto culpável, o que importa dizer que elementos do tipo ou da ilicitude (sistema do delito) atuam na fase da individualização judicial da pena, consistindo, portanto, em *elementos graduáveis*[48]. Em suma, a culpabilidade é o princípio retor do processo de individualização da pena, que, em uma concepção ampla, liga o injusto penal à pena concretizada pelo julgador.

Assumindo tal premissa deontológica do princípio da culpabilidade, retorna-se à questão da teoria da pena, com o afã de investigar o seu possível rendimento rumo à racionalização do processo, sempre na tentativa de limitar o âmbito da subjetividade do julgador, algo que se entende fundamental à preservação de direitos fundamentais do sentenciado. Entretanto, antes de se embrenhar especificamente na teoria da pena proporcional, far-se-á uma breve introdução sobre os contornos atuais do *mediating principle* da proporcionalidade como limite das intervenções jurídico-penais em sede de direitos fundamentais.

2. O Princípio da Proporcionalidade como *Mediating Principles* do Direito Penal

Entende-se que *mediating principles* constituem-se em um grupo de princípios normativos basilares do Direito Penal, isto é, que fornecem boas razões para uma limitação do sistema penal, preservando as margens de uma liberdade garantida constitucionalmente.[49] Enfim, constituem princípios *mediadores* do sistema penal, dotados de relevante função de limitar os processos de criminalização, tais como o princípio da subsidiariedade (ou da *última ratio* do controle penal), princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da

48. TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 122. ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Thompson Civitas, 2003. t. 1: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito, p. 813.

49. ANDRADE, Manuel Costa. Constituição e legitimação do direito penal. In: AVELÃS NUNES, Antônio; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais*: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 56.

proporcionalidade. *Mediating principles* são considerações normativas que restringem os processos de criminalização, devidamente fundamentadas por considerações de justiça. Com sua aplicação é possível ponderar-se os custos humanos impostos ao condenado/imputado, os seus interesses de liberdade restringidos, além de se promover uma distribuição justa da responsabilidade penal[50]. Portanto, o princípio da proporcionalidade é um fundamento do ordenamento jurídico do Estado de Direito, expressado em termos do justo e razoável. Nesse sentido, os seus componentes da idoneidade, da necessidade e da adequação são critérios que valoram o razoável e justificado em termos de constrição dos direitos fundamentais, vinculando, sobremaneira, o Direito Penal[51]. No limite, o princípio operativo da proporcionalidade aparece como um limitador do poder estatal, sempre procurando garantir a efetivação dos direitos fundamentais, procurando encontrar a justa medida da restrição ou intervenção estatal no âmbito de tais direitos[52].

Sob esse olhar, o conteúdo regulativo do princípio da proporcionalidade proíbe que se imponha uma carga aos particulares que, por determinadas razões, a finalidade instrumental pretendida não se apresente necessária ou adequada em termos normativos. Restringe, portanto, a intervenção punitiva estatal sobre os cidadãos. Não se olvida, nesse particular, a existência de uma outra face do princípio, a denominada vedação de defesa deficiente a direitos fundamentais[53]. A proporcionalidade trata-se, na lição de Neumann, de um *princípio débil*[54], porque

50. O Conceito de *Mediating principles* é dado por VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOBLERS, Wolfgang. Introducción. Que son mediating principles? In: VON HISRCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal*: princípios operativos em la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 55-61.

51. Na lição de HASSEMER, Winfried. El princípio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal*: princípios operativos em la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 193-200.

52. Ver QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: Parte Geral 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p.83-84.

53. Segundo NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como princípio limitador de la pena. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Org.). *Límites al derecho penal*: principios operativos em la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 201 e ss.

54. Reclama, por isso, uma interpretação aberta, flexível, ou *dúctil,* na lição de ZAGREBELSKI, Gustavo. *El derecho dúctil*: ley, derechos, justicia. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007. Consultar GARCIA FIGUEROA, Alfonso. *Criaturas de la moralidad*: una aproximación neconstitucionalista al derecho atravéz de los derechos. Madrid: Trotta, 2009. p. 103 e ss.

sua aplicação exige uma pluralidade de valorações que não são determinadas, de forma direta, pelo próprio princípio (e seus três componentes da idoneidade, da necessidade e da adequação). Todavia, tal debilidade não lhe retira a sua potencialidade argumentativa de limitar o Direito Penal[55].

Em definitivo, o princípio da proporcionalidade se apresenta como uma estrutura argumentativa que permite uma razoável interpretação do que os direitos fundamentais (na hipótese em questão: a liberdade) ordenam, proíbem ou permitem ao legislador e ao julgador, especialmente nos casos em que há uma colisão entre princípios constitucionais. Com efeito, dito princípio, desenvolvido especialmente na Alemanha, apresenta critérios para solução de ditos conflitos, buscando conferir maior objetividade possível ao operador jurídico[56]. A ideia de proporcionalidade evoca, pois, uma *relação adequada, razoável,* ou *materialmente justa,* recurso fundamental para adequar bens constitucionalmente promovidos ou exigidos[57].

Em sua formulação clássica, especialmente desenvolvida por Alexy[58], o princípio da proporcionalidade em *sentido amplo* é composto de três subprincípios: a) *idoneidade*, orienta-se no sentido de procurar demonstrar se a medida, legal ou judicial, constitui-se em um meio idôneo para alcançar o fim almejado. Logo, a intervenção precisa comprovar-se como uma medida que possibilite alcançar determinada finalidade legítima; b) *necessidade*, sob orientação do subprincípio da necessidade, faz-se uma comparação entre a medida adotada e a existência de outros meios alternativos ou menos lesivos a direitos fundamentais. Portanto, a medida será legítima quando não existir uma alternativa normativa menos invasiva ao sistema de direitos; e c) *proporcionalidade em sentido estrito*, que exige qualitativamente que o benefício que se obtém com a restrição a direito fundamental seja maior que o prejuízo que se ocasiona a outro direito fundamental.[59]

---

55. NEUMANN, Ulfrid. Op. cit., p. 204.
56. Ver BORNHOLD, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2015. especialmente p. 106 e ss.
57. Conforme SÁNCHEZ GIL, Rubén. El princípio de proporcionalidad em la jurisprudência mexicana. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionlidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008. p. 225 e ss.
58. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*.Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 81 e ss.
59. SÁNCHEZ GIL, Rubén. El princípio de proporcionalidad em la jurisprudência mexicana. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *El principio de proporcionlidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008. p. 226. Consultar GAVIÃO FILHO,

Nessa mesma perspectiva a lição de Bernal Pulido, quando arranca da correta afirmação no sentido de que no mundo jurídico global aceita-se a tese de que os sistemas jurídicos são compostos por dois tipos de normas: as regras (aplicadas pelo método da subsunção) e os princípios (aplicados pela ponderação, ou seja, pela proporcionalidade em sentido estrito), motivo pelo qual a ponderação converteu-se em uma metodologia para aplicação judicial dos direitos fundamentais[60].

Na lição de Alexy, princípios são mandamentos de otimização ou razões *prima facie,* na medida em que não comportam ou estabelecem, de forma exata, o que se deve fazer, senão que exigem que algo seja realizado na melhor medida possível, atentando-se às possibilidades jurídicas e fáticas[61]. Portanto, como devem ser cumpridos na melhor forma possível, em diversos graus, podendo haver colisão entre princípios, ou entre esses e as regras, que deve ser resolvida pela ponderação[62]. As regras, segundo o autor, ao contrário, são mandamentos definitivos, uma vez que já há definição prévia do âmbito de sua incidência. Logo, as regras, pela subsunção, aplicam-se ou não a um determinado caso[63]. A solução

Anizio Pires. *Colisão de direitos fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre, 2010. p. 273 e ss.

60. BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel. *El princípio de proporcionalidad y la interpretación constitucional.* Quito: Miguel Carbonell, 2008. p. 43-68.

61. ALEXY, Robert. *Direito, razão e discurso*: estudos para a filosofia do direito. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 153 e ss. Também: ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 64 e ss. Consultar ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*: em comemoração ao 70 aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38.

62. Ver ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel. *El princípio da proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 13-42.

63. Ver DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Especialmente, do mesmo autor: *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39 e ss. Não se desconhece que Dworkin, na sua formulação hermenêutica do direito como integridade, compartilha da tese alexyana no sentido de que as normas jurídicas dividem-se em regras (aplicadas na forma *do tudo ou nada)* e princípios morais (que seguem *a formulação do peso)*. Entretanto, na aplicação de princípios, Dworkin sugere a possibilidade do juiz, pela interpretação, encontrar uma única resposta correta. Logo, não compartilha da teoria da argumentação jurídica defendida por Alexy. Veja-se, DWORKIN, Ronald. *La justiça com toga*. Trad. Marisa Iglesias Vila e de Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid: Marcial Pons, 2007.

do conflito entre regras, passa, portanto, pela declaração de invalidade de uma regra oposta, ou pela introdução de uma *cláusula de exceção*, criando-se uma hipótese de não aplicação da regra[64]. Assim, quando os princípios entram em colisão, um deles deve ceder (segundo o grau de sua importância ou peso), sem que se declare inválido o princípio preterido. Já os conflitos entre regras deslocam-se para o âmbito da validade. Portanto, a colisão entre princípios faz incidir a *lei da colisão* ou da *ponderação dos interesses opostos*[65]. Daí o porquê da conexão entre a teoria dos princípios (como razões *prima facie* ou mandamentos de otimização) e a ideia de máxima proporcionalidade, com suas três vertentes parciais: adequação (ou idoneidade), necessidade e proporcionalidade em *sentido estrito* (o postulado da ponderação propriamente dito). No limite, se os princípios são mandamentos de otimização com respeito a possibilidades jurídicas e fáticas, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito apresenta-se como mandato de ponderação entre possibilidades jurídicas (proporcionalidade) e fáticas (necessidade/adequação)[66].

Em suma, tem-se, com Bernal Pulido, que o princípio da proporcionalidade (e suas três regras/máximas: *idoneidade* (*adequação*), *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*) é utilizado, de forma determinante, para dar roupagem constitucional a toda intervenção estatal nos direitos fundamentais[67], atuando como um *test* de legitimidade de ditas intervenções/ restrições, funcionando, enfim, com o *verdadeiro limite dos limites* que se pode impor a direitos fundamentais.[68] Dito princípio tem aplicação decisiva no Direito Penal[69], na medida em

64. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios político y constitucionales, 2002. p. 86-88.

65. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 89-90.

66. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 111-113. Importa a leitura, nesse particular, da excelente tese de GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Colisão de direito fundamentais, argumentação e ponderação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

67. Conforme BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2. ed. Brasília, DF: Brasília Jurídica, 2000. especialmente p. 69 e ss.

68. BERNAL PULIDO, Carlos. *El princípio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2003. Também, do mesmo autor, *O direito dos direitos:* escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Madri: Marcial Pons, 2013. p. 64-80.

69. No trato do tema, importa a leitura de FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

que as intervenções penais, sejam elas legislativas ou judiciais, sempre representam uma violenta intervenção em direitos fundamentais, que pode ser entendida como constitucional ou inconstitucional. Logo, a lei penal pode surgir como instrumento que o Estado adota para proteger direitos fundamentais e demais bens constitucionais coletivos; entretanto, também pode vulnerá-los, quiçá por uma intervenção excessiva[70], ou por uma proteção deficiente.[71] Destaca-se que esta última faceta não goza do mesmo desenvolvimento doutrinário da vedação do excesso, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (na sua eficácia horizontal perante terceiros[72]), seja controvertida e problemática, apresentando-se extremamente controversa a tese de que a Constituição contém mandados expressos de criminalização[73].

70. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*: un retorno a los princípios. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 134-138.

71. BERNAL PULIDO, Carlos. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. Madri: Marcial Pons, 2013. p. 110-111. FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 90 e ss. Também tratam da questão: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de ciências criminais*, n. 47, mar./abr. 2004. Igualmente: STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e constituição: da proibição do excesso (*Übermassverbot)* à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*). *Boletim da Faculdade de Direito*, v. 80, 2004.

72. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios político y constitucionales, 2002. p. 419 e ss.

73. Uma análise crítica é apresentada por STAECHELIN, Gregor. Es compatible la "prohibición de infraprotección" com una concepción liberal del derecho penal. In: ROMEU CASABONA, Carlos María (Org.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 290-304. Em apertada síntese, pode-se dizer que Staechlin, remontando o surgimento do princípio da vedação da proteção deficiente, a partir da polêmica decisão do BverfGE alemão na discussão sobre a criminalização ou descriminalização do aborto, reconhecendo-se que o Estado pode estar obrigado a perseguir determinados valores fundamentais por meios penais, achou discutível que a Constituição contenha verdadeiros *mandatos de criminalização*. Também sustenta que tal pensamento não se revela compatível com um Direito Penal liberal, uma vez que implica uma revisão nos direitos defensivos clássicos de liberdade e autonomia individual, potencializando a criação de tipos penais. Entende que o teorema do bem jurídico, devidamente sopesado pelo legislador, é quem pode demarcar as margens de segurança que a sociedade necessita. Em suma, nega a possibilidade de se reconhecer que da Constituição possa se extrair, diretamente, direitos fundamentais de tutela pelo Direito Penal. GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos Gonçalves. *Mandados expressos de criminalização e a proteção de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

No limite, a tipificação legal de um delito, bem como a fixação de uma pena, trata-se de uma intervenção em direitos fundamentais, principalmente pelo fato de que a Constituição protege a *liberdade geral de ação,* ou seja, a liberdade negativa de não intervenção[74], daí o motivo pelo qual devem estar sempre justificadas na preservação de outros interesses e devem ser proporcionais[75]. Assim, uma vez esboçados os contornos gerais do princípio da proporcionalidade, o estudo concentra-se no exame da teoria da pena proporcional à gravidade do fato.

3. A Teoria da Pena Proporcional ou da Proporcionalidade pelo Fato

Adverte-se, inicialmente, que o ato judicial de individualização judicial da pena consiste em uma decisão juridicamente vinculada, trata-se de um procedimento racional que não se confunde com sentimento, intuicionismo ou arbitrariedade judicial. Deve ser relativizada, portanto, a apreciação subjetiva do juiz[76]. Também é digno de ser mencionado, por relevante, que a individualização judicial da pena está intimamente ligada aos fins da pena, isto é, à função que o Direito Penal deve cumprir. Dessa forma, há uma estreita conexão entre a política criminal e a determinação judicial da penalidade[77]. Por último, não pode passar desapercebido que a *pena é um mal*[78]*, um dano lesivo* que se aplica a uma pessoa, dotada, entretanto, de utilidade social de proteção à sociedade, mediante prevenção de delitos e proteção a bens jurídicos. Falando-se em utilidade social, importa um breve resgate acerca de ditos fins da penalidade, que não serão aprofundados aqui, nos limites do artigo[79]. É sabido que a história dos fins da pena inicia com a *teoria absoluta da retribuição*[80], que justificava a pena, exclusivamente,

74. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 331 e ss.

75. BERNAL PULIDO, Carlos. Op. cit., p. 118-119.

76. Conforme HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los critérios legales y judiciales de invividualización de la* pena. Valência: Tirantlo Blanch, 2011. p. 140.

77. Consultar PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 43-74.

78. HERNÁNDEZ, Martín Besio. Op. cit., p. 54-55.

79. Ver BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da pena*: do discurso jurídico à crítica criminológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 19 e ss.

80. No trato da questão dos fins da pena, ver GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto em la teoría de la pena de Feurbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015. p. 157 e ss. De igual sorte, MIR PUIG, Santiago. *Estado, pena y delito*. Montevideo: IBDEF, 2006. p. 37 e ss. Também, HASSEMER,

com o fato cometido (herdada da filosofia clássica de Kant e Hegel, imposta como necessidade absoluta, derivada de um mandato de justiça ou de fundamentação jurídica), prescindindo de fins de utilidade social, pecando, por isso, conforme crítica majoritária (não serve ao Estado moderno, além de não conter limites ao poder punitivo estatal).

Ao abandono das *teorias absolutas puras* – aquelas despidas de quaisquer fins preventivos – corresponde à consolidação das *teorias preventivas,* aquelas que conferem à penalidade uma função social de prevenção de delitos, em contraposição às teorias absolutas, que conferem à pena um fim em si mesma. Tais teorias relativas da prevenção dividem-se em: a) *prevenção geral negativa,* cujo desenvolvimento moderno deve-se a Feuerbach e à sua teoria da *coação psicológica* (efeito dissuasório da pena centrar-se-ia na influência psicológica da ameaça penal), em muito criticada pela sua tradução em termos de *terror penal.* Caiu em desuso e foi abandonada pela doutrina, pelo menos na sua versão original. Entretanto, foi revisitada em releituras atuais da *razão prudencial* de Greco ou *razão dialética* de Hernández[81]; b) *prevenção geral positiva* (*geral* ou *especial*), que não é unitária e comporta várias divisões, embora encontre o denominador comum de atribuir fins preventivos ao momento de cominação da pena (consistindo em uma *teoria de uma pena imposta*), dotando-os do efeito de proteção aos valores sociais chegando até a vigência da norma e à ressocialização do infrator. As suas insuficiências são conhecidas: a instrumentalização do homem para fins preventivos e uma problemática confusão entre Direito e moral. A história dos fins da pena culmina com as *teorias mistas ou ecléticas,* as protagonistas na Espanha e Alemanha, consolidadas a partir das insuficiências das teorias da retribuição e prevenção, ensinam que a retribuição atende ao princípio da culpabilidade (retribuição funcional) e, sob os influxos limitadores do princípio da culpabilidade, há uma restrição aos fins preventivos e utilitaristas da pena[82].

Estabelecidos os contornos atuais da finalidade da pena estatal, centra-se na teoria da pena proporcional à gravidade do fato, uma entre outras teorias

---

Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999. p. 189 e ss. Por último, FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La pena como institución jurídica*: retribucíón y prevención general. Montevideo: IBDEF, 2014.

81. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *La pena como institución jurídica*: retribucíón y prevención general. Montevideo: IBDEF, 2014. p. 56-70.

82. HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los critérios legales y judiciales de invividualización de la* pena. Valência: Tirantlo Blanch, 2011. p. 70-84.

existentes, que não serão objeto de análise no presente ensaio[83]. Com efeito, a teoria da pena proporcional ao fato é a doutrina da individualização judicial da pena dominante nos países escandinavos, aparecendo vinculada com uma nova corrente político-criminal denominada *neoclassicismo*[84], que se desenvolveu a partir dos fundamentos da teoria da pena pontual, também desenvolvida nos EUA e na Inglaterra, principalmente pelos trabalhos de Von Hirsch[85]. Esse autor adotou, como ponto de partida, uma crítica à ideologia do tratamento, pensamento dominante nos EUA até o início dos anos 1970. Tal crítica era centrada na ideia da reabilitação, pelo fato de estabelecer penas indefinidas, já que o tempo de duração da pena ficava na dependência da evolução do condenado no interior da instituição. A lei, portanto, estabelecia um marco indeterminado no cumprimento da pena. E o produto desse ataque é o surgimento da denominada teoria do *just deserts* ou *pena merecida,* da qual Von Hirsch é o destacado fundador, que trabalha com a ideia de uma pena proporcional e sugerindo – inclusive – uma escala de um mínimo e um máximo (cinco anos como o máximo de pena)[86]. Na Alemanha, a teoria da pena proporcional foi acolhida por poucos autores, entre os quais Schünemann, Albrecht e Hörnle, que – em linhas gerais – sufragaram o pensamento de que a pena deveria ser proporcional à gravidade do fato[87].

A teoria da pena proporcional à gravidade do fato, com seu aparecimento, provocou significativos questionamentos nos modelos de individualização judicial do castigo, especialmente na Alemanha e na Espanha[88], países ainda informados

83. No trato do tema, importa leitura de STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do núcleo político no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 106, p. 269-293, jan./fev. 2014. Também, da mesma autora: Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, p. 53-99, set./out. 2013. Ver ROIG, Rodrigo Duqye Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32 e ss.
84. STOCO, Tatiana de Oliveira. Op. cit., p. 257.
85. Ver VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.
86. Conforme Elena Larrauri, no prefácio a obra de VON HIRSCH, Andrew. *Censuar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madri: Trotta, 1993. p. 19-22.
87. HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación dela pena en Alemania. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 29.
88. STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, p. 269-293, jan./fev. 2014.

pela *ideologia do tratamento*, objeto do ataque do *neoclassicismo*[89], e sua pretensão de controlar a intensidade dos castigos, exigindo dele uma estrita vinculação aos princípios da previsibilidade, segurança jurídica, igualdade e acurada proporcionalidade[90]. Por essa razão, apresenta-se, no debate da individualização judicial do castigo, como um pensamento crítico da corrente prática judicial, orientada pela prevenção especial[91] e seu saber direcionado à ressocialização do infrator, não raro, instrumentalizando o indivíduo em prol de uma prevenção situacional e legitimando – por fim – penas draconianas, com a finalidade de *emendar* e *corrigir* o criminoso. Em outras palavras, a proposta garantista do *neoclassicismo* aparece num cenário de decepção com relação ao ideal ressocializador, combatendo os excessos da *ideologia do tratamento,* assumindo a premissa segundo a qual a prevenção geral de delitos é o que legitima o Direito Penal, mas no estrito respeito às garantias do Estado de Direito e ao princípio da proporcionalidade com a gravidade do fato[92].

Trata-se – verdadeiramente – de um certo retorno ao constitucionalismo liberal do século XIX que – segundo Silva Sánchez – nos EUA recebe o nome de *just-deserts-theory ou just-deserts-moviment* e exigia uma estrita vinculação aos princípios constitucionais, especialmente da proporcionalidade, seriamente violados pela arbitrariedade judicial que preponderava nos países que adotavam os fundamentos da *ideologia do tratamento*[93]. Dito em outros termos, a teoria da proporcionalidade foi apresentada em um contexto de resistência e oposição

89. Ver ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 33 e ss.

90. LORENZO, María Martín. Una explicación dual del castigo: comentário crítico de lapropuesta de Von Hisch y Hörnle. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 533-534, 1997. Disponível em: [portal.uclm.es/ descargas/idp_docs/doctrinas/mariamartin.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

91. Cumpre destacar que, como já anotado, há um razoável acordo segundo o qual a pena somente pode justificar-se por considerações preventivas, apresentando-se, em primeiro plano, a teoria da prevenção geral positiva. Nesse sentido, PERALTA, José Milton. Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. *InDret*, Barcelona, n. 2, p. 04, abr. 2008. Disponível em: [www.raco.cat/index. php/InDret/article/view/124253]. Acesso em: 20.02.2015. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 23-36, crítica a utilização de fins preventivos gerais ou especiais na individualização judicial da pena.

92. Conforme SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo: IBDEF, 2010. p. 37-38.

93. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo: IBDEF, 2010. p. 38-43.

teórica aos efeitos *perniciosos* de uma práxis judicial orientada pela prevenção especial como critério de legitimação da penal[94], notadamente, em um estado da arte informado pelo desencanto com as práticas ressocializadoras implementadas nos anos 1960/1970, acarretando o abandono da utopia do tratamento como função central do Direito Penal[95], abrindo-se – inclusive – uma via para o denominado minimalismo radical de Ferrajoli[96].

Em suma, o contexto fático da consolidação da teoria da proporcionalidade do fato repousa na *crise* das práticas ressocializadoras instrumentalizadas na década dos anos 1970, que viam na prisão o núcleo central[97], surgida da famosa constatação de Robert Martison, expressa no sentido de que *nada funciona*[98], questionadora da funcionalidade da *ideologia do tratamento*. A revisão crítica do modelo correicional levou à reabilitação do sistema garantista *neoclássico,* que pretendia recuperar, no âmbito da determinação da pena, princípios normativos liberais do Estado de Direito, vinculados, tradicionalmente, à teoria da prevenção geral, na lição de Feijoo Sánchez[99].

Sob essa ótica, a corrente neoclássica da *pena proporcional* se caracteriza pela busca da justiça, igualdade e transparência no trato da individualização da pena, centrando-se na gravidade retrospectiva do fato, no momento de determinar a pena. Essa corrente contesta o argumento segundo o qual a magnitude da pena possa ser incrementada em função de prognoses futuras (preventivas). A teoria proporcional da pena, exposta, inicialmente, por Von Hirch[100], no mundo anglo-saxão, parte da tese de que as penas devem ser proporcionais à gravidade dos

94. STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 104, p. 54-99, set./out. 2013.

95. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *Dret*, Barcelona, v. 1, n. 403, p. 06, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

96. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 43 e ss.

97. Ver, por todos, GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 41 e ss.

98. STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, p. 270-271, jan./fev. 2014.

99. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Op. cit., p. 06-07.

100. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madrid, 1988. p. 07-181.

delitos, sendo que o castigo deve expressar uma desaprovação. Além disso, entende Von Hirsch que as penas devem ser benignas, uma vez que os castigos provocam danos em quem os recebe, lesando de igual sorte a sociedade. Portanto, pelo princípio da proporcionalidade, afirma ele que as sanções devem ser proporcionais à gravidade das infrações, o que se sucede como uma exigência de justiça; afinal, a sociedade *percebe e tem clareza* quando as penas são aplicadas com equidade[101]. Na sua concepção de pena, enfatiza-se o caráter retributivo, embora não descarte que a instituição do castigo tenha um secundário caráter preventivo. A pena, que expressa uma desaprovação, uma censura, que parte de uma moral que considera as pessoas responsáveis por seus comportamentos, também estima a dimensão dos danos causados à vítima, que teve sua vida lesionada e agravada por ato culpável de outrem. No limite, para a teoria da pena proporcional ao fato, a pena se traduz em uma *censura*: uma desaprovação que se dirige à pessoa responsável, reconhecendo – além disso – que o delito provocou danos na vida do ofendido. Ainda, o juízo de censura dirige-se aos terceiros, ministrando-lhes razões (*morais ou prudenciais*) para não praticarem delitos[102].

O castigo, portanto, para Von Hisrch, possui uma explicação *dual,* uma vez que o Direito Penal realiza duas funções inter-relacionadas: a) pela censura ou desaprovação (implícita nas sanções), a pena expressa uma desaprovação à conduta do autor; b) ao ameaçar com sanções, a pena busca desencorajar o cometimento de crimes, fornecendo aos cidadãos *razões morais* e não só *prudenciais* para desistirem de intentos criminosos. A pena assume funções não só retribucionistas, mas também preventivas, consistentes em fornecer ao cidadão *razões prudenciais* para não cometer delitos, razões essas que se complementam com as razões normativas expressadas pela sanção.

Entretanto, para Von Hirsch, a função reprobatória tem primazia, porque a função preventiva somente opera dentro do marco do juízo de censura. Para ele, o castigo possui uma fundamentação retributiva limitado ao princípio da proporcionalidade, que incorpora uma exigência de justiça, para determinar que a severidade da sanção deve observar a gravidade da conduta lesiva. Sendo assim, o castigo, na sua função essencial, deve expressar reprovação, sendo que os fins preventivos, que não podem aumentar a sanções[103].

Por sua vez, Von Hirsch, quando assevera que os castigos devem ser proporcionais à gravidade do delito, faz uma distinção entre a *proporcionalidade ordinal,*

101. VON HIRSCH, Andrew. Op. cit., p. 31.

102. VON HIRSCH, Andrew. Op. cit., p. 32-35.

103. VON HIRSCH, Andrew. Op. cit., p. 41-44.

a qual parte de uma comparação entre as penas, estabelecendo que pessoas condenadas por crimes de gravidade semelhantes devam receber castigos semelhantes, graduados de acordo com a sua gravidade. Ou seja, as exigências da proporcionalidade ordinal se fundamentam na concepção retributiva do delito (exigência de paridade), de se graduar a pena de acordo com suas características. Já a *proporcionalidade cardinal* finca limites à severidade do castigo, dispondo que as penas devem ser individualizadas de acordo com a gravidade do delito[104]. Para o autor, o princípio da proporcionalidade orienta no sentido de que a severidade das penas deve observar a gravidade do fato e da culpabilidade do autor. Opera, portanto, com os fundamentos e critérios do próprio Direito Penal material, fato que se implementa – por exemplo – em uma graduação entre crimes dolosos e culposos. Nesse sentido, Von Hirsch defende que a gravidade do fato deve atentar para a intensidade do dano causado nas possibilidades *de eleição das pessoas*: na extensão dos danos na esfera da vítima, nas limitações que a conduta causou na vida da vítima, tais como a ruína total ou redução dramática de suas opções[105].

Com efeito, para Von Hirsch, a gravidade das lesões é informada, portanto, pelos danos infligidos na *capacidade de eleição da vítima*: na alteração de sua qualidade de vida. Logo, na lente do autor, um roubo em casa habitada produz mais danos (pois, também ofende a intimidade das pessoas) do que um delito praticado em local desabitado, já que as perdas materiais são menores que a ofensa a direitos personalíssimos da vítima. O mesmo raciocínio pode ser predicado ao roubo praticado com intensa violência à pessoa, diferentemente daquele praticado sem ofensa à integridade física de outrem. No limite, para o autor, quanto mais importantes sejam os interesses afetados por uma determinada conduta, maiores deverão ser as penas[106].

Em suma, a teoria da pena proporcional à gravidade do fato, na formulação de Von Hirsch, sustenta que a pena possui um caráter retributivo de reprovação que recai sobre a conduta do autor, expressando uma comunicação no sentido de que sua conduta não está bem, fornecendo-lhe razões prudenciais para não praticar delitos; incluindo, a censura e fins preventivos, reputando ser crucial, para tal concepção, que a prevenção seja aplicada por catálogo modesto de sanções. No seu desenho, a prevenção brinda as pessoas com boas razões para a *gente comum* respeitar as leis[107].

104. VON HIRSCH, Andrew. Op. cit., p. 45-46.

105. VON HIRSCH, Andrew. Op. cit., p. 62-63.

106. VON HIRSCH, Andrew. Op. cit., p. 63-68.

107. VON HIRSCH, Andrew. Op. cit., p. 79-82.

Hörnle[108] também partilha do pensamento de Von Hirsch, defendendo, de igual sorte, que o castigo deve ser moldado pela gravidade do fato. Por tal motivo, entende que a teoria proporcional pode ser apresentada como uma alternativa à teoria do espaço de jogo, acarretando – entre outras consequências – a impossibilidade de se eleger uma pena mais severa para atender a um interesse preventivo, inclusive de prevenção geral especial (especialmente de se reduzir a pena quando o réu não necessita de reabilitação). Dentro do marco da teoria proporcional é possível prestar atenção a certas circunstâncias pessoais do acusado para humanizar e diminuir as penas[109]. Opõe-se – dessa forma – aos teóricos da prevenção especial, porque entende que uma aproximação com a teoria preventiva conduz a penas mais altas, especialmente para os reincidentes, que é desafiado pelo princípio da proporcionalidade[110].

A teoria da pena proporcional ao fato reafirma a tese de que a política criminal (ou a programação social e política do controle penal) deve chegar ao juiz na forma de enunciados normativos, que não podem ser – substancialmente – distintos dos enunciados da teoria do crime[111]. Sob esse aspecto, a determinação da pena corresponde a uma continuação quantitativa da teoria do delito. Assevera que uma pena deve ser ajustada às categorias do injusto objetivo (ação e desvalor do resultado) e subjetivo (culpabilidade como limite das funções preventivas). Disso resulta que o método de quantificação da pena está – intimamente – ligado ao conceito de injusto e culpabilidade: à gravidade do fato (ideia central no processo de individualização da pena). O castigo – portanto – deve ser proporcional ao fato delituoso, numa orientação retrospectiva, não se rendendo ao futuro; sobretudo, por considerações acerca da vida do autor[112]. A pena se relaciona com o pensamento de uma prevenção geral positiva, limitada pela culpabilidade e

108. HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación dela pena em Alemania. Trad. Santiago Martínez et al. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 45 e ss.

109. HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación dela pena em Alemania. Trad. Santiago Martínez et al. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 29-31.

110. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., 32-33.

111. SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret*, Barcelona, v. 2, p. 06, abr. 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/426_ es.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

112. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. *InDret*, Barcelona, v. 1, n. 403, p. 06, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

pela sua proporcionalidade com o fato delituoso[113]. Dessa forma, a teoria da pena proporcional defende a supressão de uma orientação por critérios ligados à prevenção especial e à personalidade do autor, sob o argumento crítico de que o Judiciário – baseado em considerações ligadas à vida do autor –, confere à penalidade aumentos injustificados. Sob esse olhar, Hörnle[114] admite ser possível uma atenção, em certas circunstâncias ligadas à vida do delinquente, contudo, limitada a uma teoria proporcional. Para se constatar a gravidade do fato (aspecto central da teoria), cumpre que se dê destaque à perspectiva da vítima, que, pela mensagem que emite, favorece uma apreensão racional da gravidade do crime. Dentro de tal perspectiva, a proporção do dano sofrido constitui ferramenta valiosa para a classificação do delito, além de eventual contribuição da vítima no evento (incremento do risco)[115]. Em síntese, Hörnle entende que a pena adequada ou proporcional deve fixar-se na gravidade do fato (observando, inclusive, o comportamento da vítima e sua possível contribuição ao evento) e no grau de culpabilidade pessoal do autor, despida de considerações de índole preventivas[116]. Propugna que seja adotada uma valoração *retrospectiva do fato* como fundamento da medição da pena, não podendo se apoiar ou ter em conta nos efeitos que a pena possa exercer na vida futura do autor na sociedade, protegendo o cidadão de penas desproporcionais, que não raro são orientadas por critérios preventivos (fins intimidatórios ou de incapacitação seletiva)[117].

Para Hörnle, adotar-se a perspectiva da vítima, que, segundo ela, não se confunde com o seu uso político e/ou apelo populista às emoções, tampouco para defender penas severas, senão como uma importante ferramenta que pode ser utilizada para avaliar a gravidade do delito. Sob esse olhar, segundo a referida autora, não se deve acolher um ponto de vista coletivo (que dificilmente se aplica na prática); ao contrário, parte-se uma perspectiva individual, pois a sanção

113. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. Op. cit., p. 07.

114. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 58 e ss.

115. Conforme STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, p. 58-59, set./out. 2013.

116. Ver STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do "núcleo político" no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 106, p. 273, jan./fev. 2014.

117. HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación dela pena em Alemania. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 46-47.

estabelece uma mensagem para vítima, já que uma desaprovação formal encarnada em uma pena severa confirma o fato de que ela foi lesionada pelo crime. Logo, a censura não só comunica a desaprovação ao delinquente, senão diz algo à vítima, na lição da autora, a perspectiva da vítima oferece uma ferramenta valiosa para aferir a extensão dos danos, fator indispensável e relevante no momento da determinação judicial da pena.

Nessa perspectiva, Hörnle – partilhando das ideias de Von Hirsch – afirma que a gravidade do delito é informada pelo impacto causado nas condições essenciais da qualidade de vida da vítima[118]. Reputa-se ser necessário, dessa forma, para estimar o dano, verificar o grau de violação ou afetação da esfera da vítima. Assim, se a uma violação diminui os recursos necessários para alto nível de bem estar, tal delito é menos grave daquele crime que afete as capacidades humanas elementares para um nível básico de bem-estar. Fazendo referência à doutrina de Von Hirsch, Hörnle apresenta quatro níveis de qualidade de vida: a) mera subsistência; b) bem estar mínimo; c) bem estar adequado; e d) bem estar alto. Um delito mais grave deixa a vítima privada para uma mínima subsistência.

Em síntese, pelo grau de ofensa à vida da vítima (por exemplo, vítima em coma ou com perda de funções essenciais em decorrência do delito leva ao agravamento da reprovação do fato) e relevância dos interesses protegidos (a humilhação, vergonha), pode-se graduar a penalidade[119]. Por último, entende que o comportamento da vítima também deve ser valorado, especialmente para incluir a eventual conduta da vítima que se coloca em uma situação de perigo, intensificando o risco, permitindo-se assim uma redução da pena quando o ofendido estimulou ou facilitou a ação delitiva, não protegendo seus interesses (*viktimo-dogmatik)*[120].

Em suma, para a teoria proporcional do fato, o tamanho da pena deve corresponder à gravidade do fato delitivo. Teixeira adota tal teorização, verdade que de forma parcial, argumentando que os princípios da culpabilidade (que assegura previsibilidade, protegendo-se a confiança, afinal, os critérios devem ser legais) e da legalidade (que são deontológicos) são superiores ao da proporcionalidade. Segundo ele, o último representa no máximo uma proteção relativa contra penas desarrazoadas, reputando ilegítimo um aumento de pena, para situações iguais, com base em argumentos preventivos. Nesse passo, comunga do pensamento de

118. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 80-95.

119. HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación dela pena em Alemania. Trad. Santiago Martínez *et al*. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 96-97.

120. HÖRNLE, Tatjana. Op. cit., p. 113-118.

Hörnle, estimando que – na determinação da pena – o juiz deve olhar para trás, para o delito cometido, sendo que as exceções a tal máxima somente podem ser implementadas em favor do réu, porque somente com tal orientação é que a pena assume ares de previsibilidade e calculabilidade (legalidade). A pena deve ser determinada exclusivamente de acordo com a gravidade do delito: pelas categorias do crime, tais como o desvalor do resultado, o desvalor da ação e da culpabilidade em sentido estrito, estabelecendo uma proibição categórica da utilização de razões de prevenção em desfavor do réu no momento de se cominar a pena[121]. Por isso, Teixeira se vincula, primordialmente, ao princípio da culpabilidade, com adoção de uma legalidade forte, embora não se vincule com uma concepção *expressiva* da pena (cultuada por Hörnle e Von Hirsch), refutando os argumentos retributivos[122]. Logo, Teixeira sustenta que, mesmo que se chegue à conclusão de que prevenir a prática de crimes futuros seja um fim legítimo de um sistema de justiça criminal (prevenção geral ou especial), disso não decorre – necessariamente – o fato de que considerações preventivas devam ser levadas em consideração pelo magistrado no momento de quantificação da pena. Assim, partindo, acertadamente, de que os fins da pena não podem ser desconsiderados por completo, reputa que a teoria proporcional se aparelha de legitimidade para justificar a intervenção estatal mais grave na vida de um cidadão[123].

Argumenta-se que a referida teoria também foi recepcionada, de alguma forma, em terra brasileira, por Tavares, na sua teoria do *caráter negativo/limitativo da culpabilidade*. Nesse sentido, Tavares leciona que a culpabilidade não implica reprovação, tampouco declaração de incompatibilidade para com a ordem jurídica; ao contrário, cuida-se de um processo de avaliação em que se verifica se é possível desculpar a conduta do agente, com base nos elementos relacionados à sua conduta. Daí o motivo, segundo o referido autor, de a conduta possuir uma função relevante na teoria do delito, solidificando o sistema de garantias, mormente pelo fato de que a conduta é um processo de comunicação dentro de uma prática social[124]. Logo, para Tavares, os elementos do conceito de

121. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 65-67. Ver STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 110.

122. TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 71.

123. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 72.

124. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 412-413.

ação – notadamente no seu desvalor – estendem-se à culpabilidade (promovendo uma associação entre os elementos do crime e a culpabilidade)[125] e produzem os seguintes efeitos: a) impede a responsabilização do agente quando restar comprovado que não se possa estabelecer um processo de comunicação com a norma: b) amplia o espaço para análise dos elementos empíricos ligados à vida social do agente e aos preceitos de vigência da norma; c) submete a norma a uma constante crítica, questionando sua racionalidade/legitimidade[126].

Assim, o conceito de ação, no âmbito da culpabilidade, ilumina a conduta do agente sob a perspectiva da violação da norma, impedindo, no que é fundamental, que o julgador possa visualizar o autor pela sua conduta de vida ou seu caráter, vedando que se valorem elementos particulares e próprios da condução de vida do agente. Sob tal perspectiva – conforme Tavares –, são combatidos juízos morais, na medida em que o juízo negativo da capacidade de motivação do agente se dá por um viés jurídico, e não moral. Ora, se o juízo de culpabilidade se erige como uma barreira de proteção do autor contra o Estado, com o objetivo de evitar a instrumentalização do agente em prol de interesses preventivos, ela (a culpabilidade) não pode ser informada por elementos abstratos ou juízos aléticos[127], que, no extremo, podem conduzir a um mero juízo hipotético, fundado na parcialidade ideológica do julgador, não raro, baseada em concepções arbitrárias e autoritárias, transferindo, ao caso concreto, "toda sua problemática individual e social, bem como sua posição dentro das estruturas integrantes da sociedade, notadamente, nas classes sociais preponderantes nessas estruturas"[128]. Não é por outra razão que o juízo da culpabilidade, na lente do citado autor, deve ser informado por elementos normativos, muito especialmente, pelo desvalor da ação e do resultado, na estrita atenção ao princípio da proporcionalidade.

Para Tavares, a culpabilidade é avaliada pela gravidade do fato, ou seja, pela concretização do resultado ou de perigo de lesão ao bem jurídico, estabelecendo uma relação proporcional, evitando uma penalização desproporcional do injusto praticado, como é o caso das lesões insignificantes, bem como na exasperação

125. Conforme STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 273.

126. Segundo TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 413.

127. TAVARES, Juarez. Culpabilidade de individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 121-152.

128. TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 415.

da pena no caso de reincidência. Para tal mister, o autor abandona fundamentos deterministas como o do livre-arbítrio, notando que o que deve ser verificado, na avaliação da culpabilidade, é o grau de *autonomia do agente* na realização do fato. Assim, a determinação da magnitude da pena é informada pela autonomia do sujeito e pela gravidade do resultado, traduzidas em ofensa significativa ao bem jurídico[129].

A teoria da pena proporcional ao fato, na lição de Mir Puig[130], também presidiu o Código Penal espanhol, o qual se centra na gravidade do fato e em circunstâncias modificativas (personalidade do agente). Sob esse aspecto, sustenta Mir Puig que – da análise do Código Penal espanhol – o princípio da culpabilidade deve ser recepcionado como exigência de proporcionalidade, não podendo ser combinado com fins preventivo.

Nessa mesma perspectiva, o pensamento de Crespo[131], fundado no art. 66 do Código Penal espanhol de 1995, que estabelece que os critérios para a individualização da pena são: a) a maior ou menor gravidade do fato; b) as circunstâncias pessoais do delinquente. Entretanto, em que pese a firmação ser clara, entende Crespo que o marco legal é incompleto, não representa mais do que uma *declaração de princípios,* necessitando ser integrado ao conjunto sistemático da individualização da pena, pela teoria dos fins da pena e dos fatores reais que contam para dita individualização judicial[132]. Em contrapartida, o citado autor concorda que, desde o ponto da prevenção geral, o processo de individualização judicial da pena – efetivamente – apresenta-se como exigência de proporcionalidade. Logo, com tais ressalvas, o autor acolhe fundamentos da referida teoria, aludindo que a *necessidade de proporcionalidade* entre o fato delituoso e a pena constitui um *limite negativo* à prevenção geral, como fim do Direito Penal e à pena, evitando-se castigos imoderados a crimes de escassa gravidade, que o sentido positivo (punir para prevenir) da prevenção geral pode causar. Em síntese, a culpabilidade proporcional à gravidade do fato, como exigência do princípio da

129. TAVARES, Juarez. Culpabilidade de individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 134-139.

130. Consultar MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005. p. 725 e ss.

131. Ver CRESPO, Eduardo Demetrio. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 323-361, 1997.

132. CRESPO, Eduardo Demetrio. Op. cit., p. 332-333.

culpabilidade (entendida como conjunto de garantias constitucionais derivadas do Estado de Direito), veda qualquer aumento de pena inspirado por critérios de prevenção geral (possibilidade de repetição do fato delitivo, por exemplo), que não se constitui em fator final na fase de individualização da reprimenda; ao contrário, a pena proporcional ao fato é um limite negativo à prevenção geral, uma garantia constitucional[133].

4. Algumas considerações

1) Uma primeira consideração parte da afirmação de que o ato de individualização judicial da pena importa numa dramática restrição ao *status* de liberdade da pessoa. Trata-se de uma violência estatal que deve se justificar em termos normativos e, pois, na estrita observância ao princípio da legalidade e culpabilidade. O espaço ou margem de liberdade do juiz encontra-se sobremaneira limitado (ou deveria estar!) Logo, não se legitimam, sob uma perspectiva constitucional, a imposição, pelo julgador, de suas visões de mundo e ideologias, ou de política criminal. O problema é que as teorias dominantes no âmbito da medição da pena, a teoria da *margem do jogo* ou *do espaço livre,* com influência no Brasil, confere ao juiz uma ampla margem de liberdade no momento de estabelecer a pena concreta, conferindo-lhe – ainda, em ares de prevenção – a possibilidade de impor os seus códigos de valores, moral e ideológico. Não leva a sério a advertência de Von Hirsch[134], quando cuidou do efeito degradador da pena. Disse ele que uma das formas menos atrativas da engenharia humana tem sido sua especial habilidade para inventar rituais degradantes para os condenados, isto é, a sua criatividade para impor penas cruéis e infamantes; no seu entender, a pena deve *servir de castigo,* mas não para *castigar.* Daí sobressai a importância do princípio da culpabilidade que, longe de se tratar de uma mera circunstância judicial (como pensou o legislador brasileiro no art. 59, CP), afirma-se como um princípio deontológico ou um critério central, restringindo a aplicação da pena à valoração do injusto culpável, sob orientação do princípio da proporcionalidade[135].

133. CRESPO, Eduardo Demetrio. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena en el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 332-333, 1997.

134. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madri: Trotta, 1998. p. 129 e ss.

135. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 132 e ss.

2) O princípio deontológico da culpabilidade é a pedra de toque no processo de concreção da pena, que se estabelece em uma linha sequencial (e não de ruptura) entre o injusto e a pena concretizada. Logo, os critérios que informam o juízo da culpabilidade são normativos, estando disponíveis na teoria do delito, tais como o grau da lesão, a energia criminal levada a cabo pelo agente quando do cometimento do crime[136]. Assim, deve ser abandonada a *teoria tradicional* e sua corrente orientação no sentido de que os critérios da medição judicial da pena deveriam ser captados *externamente* ao injusto (sob pena, no entender de tal pensamento, de se violar o axioma do no *bis in idem),* porque se centra, demasiadamente, em elementos ligados à *personalidade do agente*, apartando-se do injusto penal. Ao se privilegiar uma orientação subjetiva, a pena desliza para um complicado subjetivismo judicial, perdendo seu caráter de previsibilidade, já que tenderá a privilegiar elementos ligados à vida do agente (antecedentes, conduta social, personalidade), que não interferem na gravidade do fato; padecendo, portanto, de ilegitimidade. Não se nega que os aspectos ligados à personalidade do agente até possam ser levados em consideração, entretanto, de forma excepcional, mormente quando a valoração introspectiva da personalidade do autor tiver repercussão no fato praticado ou para evitar a dessocialização do réu[137].

Sob essa ótica, a culpabilidade também não deve estar associada à ideia de *juízo de reprovação*, especialmente da forma como é usada comumente pela jurisprudência, como vaticina Teixeira[138], pois dito juízo de reprovação é uma expressão vaga e imprecisa (utilizada, de forma amiúde e incorreta, por exemplo, em juízos de *culpabilidade intensa, pois sabia que seu comportamento era proibido,* olvidando-se que o potencial conhecimento da ilicitude compõe a culpabilidade enquanto elemento do crime, não podendo ser valorada de forma autônoma), dando azo a julgamentos morais sobre o comportamento do autor. Em suma, a individualização judicial da pena, sob orientação do princípio da culpabilidade, deve centrar-se na gravidade do injusto, sendo presidida pelos elementos objetivos do crime, que, por serem graduáveis (por exemplo, uma diferenciação entre o dolo direto ou dolo eventual, entre uma culpa consciente ou inconsciente, a estimação dos danos causados à esfera da vítima, a sua humilhação), permitem, inclusive, que não se viole à vedação do *no bis in idem*. Por isso, tem-se que uma pena informada por critérios externos ao injusto penal, como quer o pensamento

136. HÖRNLE, Tatjana. *Determinación de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena em Alemania. Buenos Aires: Di Plácido, 2003. p. 68-69.

137. Idem.

138. TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 134.

tradicional da ruptura, acaba por priorizar elementos subjetivos de duvidosa constitucionalidade, com o efeito perverso de se retornar a criticada *culpabilidade pela vida do agente,* em detrimento da moderna *culpabilidade do fato.*

Sob essa perspectiva, o artigo 59 do CP[139] deve ser reinterpretado, porque possui elementos que somente são legítimos se guardarem referência ao injusto culpável, especialmente os relacionados aos motivos do crime, as consequências da infração e comportamento da vítima. Já os vetores dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do agente, verdadeiramente problemáticos pelo fato de não guardarem relação com o injusto penal, além de permitirem a maximação dos fins preventivos, como alternativa à proposta radical de ver declarada a sua inconstitucionalidade, na correta proposta de Teixeira, somente podem ser levados em consideração para minimizar a pena do réu (valorando-se, por exemplo, a extrema vulnerabilidade ou miserabilidade social)[140].

3) Em síntese, defende-se que a teoria da determinação judicial da pena proporcional à gravidade do fato, estabelecendo que as penas devem refletir a severidade comparativa dos delitos, com o escopo de dar um tratamento isonômico aos condenados, apresenta-se como uma solução mais adequada para um almejado Direito Penal liberal, que leva a sério a liberdade de seus cidadãos, inclusive enquanto na condição de condenados. Nesse sentido, a *dor penal* se impõe – primeiramente – como uma *reprovação* à conduta praticada pelo réu, retribuída pela culpabilidade, secundariamente, e, na justa medida da pena, legitima-se preventivamente conferindo ao cidadão boas razões para não cometer crimes. Os demais fins preventivos somente podem contar na pena se forem levados em consideração para suavizar a pena, evitando a dessocialização do réu. Não se legitima, portanto, uma visão *otimizadora da prevenção geral* ou da *ideologia do tratamento da prevenção especial,* que, além de padecerem do questionamento empírico da falta de efetividade, acabam fomentando penas arbitrárias ou verdadeiras *políticas criminais judiciais,* com sérios prejuízos a liberdade do condenado. É preciso, na pena de Von Hirsch, evitar o *terror do utilitarismo penal*, que se passa com as penas de incapacitação seletiva ou prisões por longo tempo, valendo-se de um critério de risco, com escassa relação com a gravidade do crime, desconsiderando-se a orientação de que a política penal não é um bom instrumento para reduzir o crime, tampouco para promover reformas sociais, que reclamam verdadeiros programas sociais.

139. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 135-136.

140. TEIXEIRA, Adriano. Op. cit., p. 137-138.

Por conseguinte, os fatores determinantes da pena são o dano e o propósito criminal: a energia criminal dispendida pelo agente. A pena – pois – deve reportar-se à gravidade do fato (de forma retrospectiva), fazendo preponderar o fim retributivo, que inibe julgador de cair na tentação de maximalizar a pena para atender, primordialmente fins preventivos. Logo, a culpabilidade centra-se na análise do delito praticado, *retribuindo* o dano causado pelo agente. Somente, de forma secundaria, é que a pena proporcional à gravidade do fato pode afirmar os (negativos) fins preventivos, que consistem em dar aos homens, livres e autônomos, *razões prudenciais* ou *morais* para não praticarem crimes.

4) Uma vez acolhida a teoria da pena proporcional à gravidade do delito, o castigo se justifica como forma de um juízo de censura, de desaprovação da conduta praticada, que fornece *razões prudenciais* para possíveis autores desistirem do intento de praticar delitos, complementado pelas razões normativas da pena. A sanção penal deve expressar uma censura ou desaprovação ao injusto. Para medir-se a gravidade são valiosos os elementos dispostos no injusto penal, mormente na conduta do agente (a intensidade do dolo ou culpa, o grau de violação dos deveres de cuidado, o comportamento da vítima), e no resultado da ação delitiva. Valora-se o que o delito importou nas suas capacidades de *eleição* (danos físicos graves, ruína econômica, humilhação, somente prejuízos econômicos). Mede-se a interferência do delito na qualidade de vida do ofendido, permitindo-se que os danos sejam graduados segundo o quanto de afetação no seu padrão de vida. Com a adoção de tal teoria, pode-se normatizar a fase da individualização judicial da pena, fator importante quando se detecta no âmbito global ou nacional uma expansão do controle penal ou um *giro punitivista*[141].

Para o caso brasileiro, a adoção de tal teoria – e/ou uma profunda reflexão crítica sobre a temática – é de extrema relevância, pois a legislação não se ocupa de tais aspectos, ressaltando-se que o art. 59, do CP, pouco auxilia o intérprete, especialmente pelo fato de não fazer uma referência expressa ao princípio da culpabilidade e seu lugar na dosimetria da pena; ao contrário, ela é reduzida a uma mera circunstância judicial. Tal omissão possibilita que os juízes – de regra – sigam uma orientação calcada em valorações subjetivas, centrando sua análise nas condições pessoais do condenado, no que são favorecidos pela própria legislação. Por isso, o *quantum* da pena gira em torno da avaliação dos antecedentes, da conduta social e da personalidade, vetores que ainda – para piorar a situação,

141. DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão depósito e os limites das teorias sobre o giro punitivo na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 151, p. 292-315, jan. 2019.

em alguns julgados, são confundidos, uma vez que a existência de antecedentes criminais, de forma equivocada –, culminam em valoração negativa de *uma personalidade voltada para a prática de delitos* (caso retratado na Apelação Criminal 700079319695, TJRGS, 2018), ou confundidos com a conduta social (conforme discussão no RHC 130.132. Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, julgado em 10.05.2016).

Não raro, os antecedentes também contam como *conduta social péssima,* equívoco tal constatado no julgamento do HC 122.152, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 22.10.2014, ou HC 121.758, também da relatoria de Gilmar Mendes. Ora, tais práticas judiciais são de duvidosa constitucionalidade, já que *a forma como o agente se comporta no seu meio social, a sua manifestação com relação ao direito, seu comportamento no meio familiar, no ambiente de trabalho e no seu relacionamento com outros indivíduos* (assertivas extraídas da ementa do HC 130.132, da relatoria do Min. Teori Zavascki) não repercutem na gravidade do injusto. Acaso agravam os danos sofridos pela vítima? São indicativos de um maior desvalor na conduta do agente? Anota-se que mesmo sendo negativa a resposta para tais interrogantes, que lesam sobremaneira a liberdade do sentenciado, que tais valorações, são rotineiramente levadas em considerações para majorar a magnitude da pena de forma acrítica, inebriando o julgador pela *fantasia dos fins preventivos,* mesmo com a informação de que a ressocialização e a prevenção geral não se comprovam empiricamente. Também – nesse olhar – não se acolhe o relevante entendimento doutrinário que estima que a análise das condições pessoais do agente (escolaridade, situação familiar, profissional, econômica, a conduta social e seu histórico criminal) merece interpretação restritiva, não podendo ser utilizada para agravar a pena[142-143].

Ora, os vetores do art. 59, do CP, devem estar relacionados com o injusto penal: não possuem significado de forma autônoma, senão quando relacionados com a conduta do agente e o resultado do delito à vítima. Logo, não podem ser valorados de forma separada, entendimento que se aplica às circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como às causas de aumento e de diminuição da pena[144]. Portanto, o referido diploma legal merece uma interpretação de acordo com a Constituição

142. CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena.* Montevideo: Buenos Aires: IBDEF, 2016. p. 402.

143. No mesmo sentido, HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los critérios legales y judiciales de invividualización de la* pena. Valência: Tirantlo Blanch, 2011. p. 205.

144. TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 150.

aos princípios da culpabilidade e legalidade, somente merecendo consideração aqueles que se relacionarem com o injusto e/ou alguma categoria do delito.

5) Em uma conclusão em termos definitivos, a teoria da pena proporcional à gravidade do crime – que presta contas ao princípio deontológico da culpabilidade e da legalidade ao estabelecer que a magnitude da pena deve atentar, retributivamente, à conduta e ao dano causado na esfera da vítima – merece acolhimento, pois evita uma instrumentalização do condenado para fins preventivos. Uma explicação dual do castigo – que também possibilita o afastamento do criticável puro retribucionismo, que tem como premissa fundamental a censura ao injusto praticado e, somente de forma secundária, a prevenção geral negativa – tem o mérito de evitar aumentos de pena desproporcionais na busca de determinados fins preventivos que se sabe, de antemão, que não se realizam. Além disso, a teoria da pena proporcional à gravidade do fato tem o aspecto positivo de trazer a relevante fase da individualização judicial para o terreno normativo, reduzindo a margem de discricionariedade e subjetividade do aplicador que – por vezes, premido por influências midiáticas e populistas – cai na *tentação* de realizar política criminal em uma sentença condenatória, procurando *melhorar* a sociedade erradicando a corrupção etc., numa ilegítima moralização pelo sistema penal. Sob essa ótica, não se legitima, a título de argumentação, a aplicação de uma *pena máxima* para se implementar códigos morais ou introjetar determinados valores sociais, já que o castigo deve ser distribuído, de forma equitativa e igual, como critério de justiça distributiva ou de exigência de proporcionalidade[145]. O juiz não deve *perseguir, por si mesmo, efeitos de defesa social sobre a coletividade*, tampouco o de prevenção especial, porque tais fins da pena passam a contar em um segundo plano no próprio âmbito da retribuição[146].

Referências

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

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

145. VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Trad. Elena Larrauri. Madrid, 1998. p. 31 e ss.

146. Na dição de PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. *Doxa*: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 31, p. 610, 2008. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena]. Acesso em: 20.02.2015.

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. In: CARBONELL, Miguel. *El princípio da proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministério de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p. 13-42.

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

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgilio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da (Org.). *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*: em comemoração ao 70 aniversário de Robert Alexy. Florianópolis: Qualis, 2015. p. 13-38.

ANDRADE, Manuel da Costa. Constituição e legitimação do direito penal. In: AVELÃS NUNES, Antônio; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Diálogos constitucionais*: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 51-62.

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

BECKER, Howard S. *Outsiders*: estudos de sociologia do desvio. Trad. Maria Luiza X de A Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

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

BERNAL PULIDO, Carlos. La racionalidad de la ponderación. In: CARBONELL, Miguel. *El princípio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008. p. 43-68.

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

BORNHOLD, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BOZZA, Fábio da Silva. *Teorias da pena*: do discurso jurídico à crítica criminológica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

CHRISTIE, Nils. *A indústria do controle do crime*. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Trad. Cecilia Espeleta e Juan Iosa. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, prisão depósito e os limites das teorias sobre o giro punitivo na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 151, p. 292-315, jan. 2019.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Análisis de los criterios de la individualización judicial de la pena em el nuevo código español de 1995. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 332-333, 1997.

CRESPO, Eduardo Demetrio. *Prevención general e individualización judicial de la pena*. 2. ed. Montevideo: Buenos Aires: IBDEF, 2016.

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

DONINI, Massimo. *Poder judicil y ética pública*: la crisis del legislador y de la ciencia penal em Europa. Montevideo-Buenos Aires: IBDEF, 2015.

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

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

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

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. In: *Dret*, Barcelona, v. 1, n. 403, 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/ 403_es_1.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernando. *La pena como institución jurídica*: retribucíón y prevención general. Montevideo: IBDEF, 2014.

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

FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Culpabilidade*: crítica à presunção absoluta do conhecimento da lei penal. São Paulo: Saraiva, 2017.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

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

GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

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

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *O futuro do direito penal*. São Paulo: Manole, 2004.

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

GRECO, Luís. *Lo vivo y lo muerto em la teoría de la pena de Feuerbach*: una contribución al debate actual sobre los fundamentos del derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

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

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Trad. Pablo Rodrigo Alfen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: bases para una teoría de la imputación em derecho penal. Trad. Francisco Muñoz Conde e de Maria del Mar Díaz Pita. Valência: Tirant lo Blanch, 1999.

HERNÁNDEZ, Martín Besio. *Los critérios legales y judiciales de individualización de la pena*. Valência: Tirantlo Bllanch, 2011.

HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación dela pena en Alemania. Trad. Santiago Martínez et al. Buenos Aires: Di Plácido, 2003.

HÜNEMANN, Bernd. Prefácio da obra. In: HÖRNLE, Tatjana. *Determinacion de la pena y culpabilidad*: notas sobre la teoría de la determinación de la pena en Alemania. Buenos Aires: Fabian di Plácido, 2003. p. 17.

HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*: los limites del derecho penal. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LORENZO, María Martín. Una explicación dual del castigo: comentário crítico de lapropuesta de Von Hisch y Hörnle. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, v. 50, p. 533-534, 1997. Disponível em: [portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/mariamartin.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. As mutações do Leviatã no trânsito do fordismo ao pós-fordismo: a edificação da sociedade do controle e a criminologia do atuarismo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 103, p. 289-321, jul./ago. 2013.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. O capitalismo do espetáculo e o processo de desintegração social: anomia e o mal-estar do sistema penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 140, p. 325-370, fev. 2018.

MAUS, Ingebordg. *O judiciário como superego da sociedade*. Trad. Gerealdo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 7. ed. Barcelona: Reppertor, 2005.

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

NASCIMENTO, André. Uma ausência sentida: a crítica criminológica da culpabilidade. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 13-65.

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

NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal*: una teoría liberal del delito. Buenos Aires: Astrea, 2006.

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

PERALTA, José Milton. Dogmática del hecho punible, princípio de igualdade y justificación de segmentos da pena. *Doxa:* Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 31, p. 610, 2008. Disponível em: [www.cervantesvirtual.com/obra/ dogmatica-del-hecho-punible-principio-de-igualdad-y-justificacion-de-segmentos-de-pena/]. Acesso em: 20.02.2015.

PERALTA, José Milton. Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. *InDret*, Barcelona, n. 2, p. 04, abr. 2008. Disponível em: [www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/124253]. Acesso em: 20.02.2015.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: Parte Geral 1. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena*: limites, princípios e novos parâmetros. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROXIN, Claus. *Culpabilidade y prevención en derecho penal*. Trad. língua alemã para a espanhola de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, Claus. *Derecho penal:* parte general. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et al. 2. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. t. 1. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Trad. Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. Lisboa: Veja, 2004.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. El princípio de proporcionalidad em la jurisprudência mexicana. In: CARBONELL, Miguel (Ed.). *El principio de proporcionlidad y la interpretación constitucional*. Quito: Miguel Carbonell, 2008.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*: un retorno a los princípios. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SARLET, Ingo Wolfangang; WINGARTNER NETO, Jayme. *Constituição e direito penal*: temas atuais e polêmicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SARLET, Ingo Wolfangang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de ciências criminais*, n. 47, mar./abr. 2004.

SCHÜNEMANN, Bernd. Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y victimo dogmática. Sobre los limites inviolables del derecho penal en un Estado de derecho liberal. In: VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang (Org. ed. alemã). *Limites al derecho penal*: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012. p. 63-85.

SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret,* Barcelona, v. 2, p. 06, abr. 2007. Disponível em: [www.indret.com/pdf/426_ es.pdf]. Acesso em: 20.02.2015.

SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. 2. ed. rev. e ampl. Montevideo: IBDEF, 2010.

SILVA SÁNCHES, Jesus-Maria. *La expansión del derecho penal*: aspectos de la poítica criminal em las sociedades postindustriales. Buenos Aires: IBDEF, 2011.

SOUZA, Paulo S. Xavier de. *Individualização da pena no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

STAECHELIN, Gregor. Es compatible la "prohibición de infraprotección" com una concepción liberal del derecho penal. In: ROMEU CASABONA, Carlos María (Org.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Comares, 2000. p. 290-304.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Análise da dosimetria das penas aplicadas aos membros do núcleo político no julgamento da APn 470, do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* São Paulo, n. 106, p. 269-293, jan./fev. 2014.

STOCO, Tatiana de Oliveira. *Personalidade do agente na fixação da pena*. São Paulo: Ed. RT, 2014.

STOCO, Tatiana de Oliveira. Teorias da determinação da pena: análise dos critérios de relevância para a individualização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 104, p. 53-99, set./out. 2013.

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

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade de individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (Org.). *Cem anos de reprovação*: uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TEIXEIRA, Adriano. *Teoria da aplicação da pena*: fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

VON HIRSCH, Andrew. *Censuar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madri: Trotta, 1993.

VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar.* Trad. Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.

VON HIRSCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOBLERS, Wolfgang. Introducción. Que son mediating principles? In: VON HISRCH, Andrew; SEELMANN, Kurt; WOHLERS, Wolfgang. *Límites al derecho penal:* princípios operativos em la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier, 2012.

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

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- O direito fundamental à individualização da pena: uma análise crítica a partir do princípio da proporcionalidade, de José Francisco Dias da Costa Lyra – *RBCCrim* 118/93-121 (DTR\2016\670); e
- O direito fundamental a não ser castigado injustamente: um esboço a partir das teorias da determinação judicial da pena, de José Francisco Dias da Costa Lyra e Cláudio Rogério Sousa Lira – *RBCCrim* 133/335-383 (DTR\2017\1850).

Da omissão imprópria por ingerência

About the criminal liability upon the non-acting

Pierpaolo Cruz Bottini

Professor livre docente do Departamento de Direito Penal, Criminologia e Medicina Forense da Faculdade de Direito da USP. Mestre e Doutor pela Universidade de São Paulo. Esteve à frente da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (2005-2007) e do Departamento de Modernização Judiciária do mesmo órgão (2003-2005). Foi membro efetivo do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e da Comissão de Juristas instituída na Câmara dos Deputados para revisão da lei de drogas (2019). É Coordenador do Observatório de Liberdade de Imprensa do Conselho Federal da OAB (2019). Autor de livros na área de direito penal como "Lavagem de Dinheiro" (com Gustavo Henrique Badaró, São Paulo, Ed. RT, 2012), "Crimes omissivos impróprios" (São Paulo, Marcial Pons, 2019), "Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco" (2. edição, São Paulo, RT, 2008).É autor de artigos e publicações em revistas especializadas na área de direito penal.
ORCID: 0000-0001-8531-468X
pierpaolo@btadvogados.com.br

Autor convidado

Área do Direito: Penal

Resumo: O presente artigo tem o escopo analisar a responsabilidade penal por *omissão imprópria* na forma da *ingerência* (CP, art. 13, § 2º, "c"), em especial as características do *risco criado* pelo omitente que permitam a imputação do resultado. O estudo analisa os deveres atribuídos àquele que *cria um risco – dever de controle* e o *dever de salvamento* – seus contornos e as situações em que o descumprimento legitima a equiparação da omissão à comissão e a responsabilidade penal pelo resultado típico.

Palavras-chave: Crimes omissivos – Omissão imprópria – Ingerência – Risco não permitido – Imputação objetiva.

Abstract*:* This article purpose is analyze the non-action criminal liability on the form of the art. 13, § 2º, "c", of the Brazilian Criminal Code, more specifically the characteristics of the previous created risk to allow the criminal liability. The study analyzes the duties attributed to the risk creator – control duty and saving duty – and the situations in which the non-compliance authorizes the criminal liability of the omission.

Keywords: Omissive crime – Improper omision – Interference – Non allowed risk – Criminal liability.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da omissão penalmente relevante. 3. Da ingerência. 4. Do dever de controle. 5. Do dever de salvamento. 6. Da equivalência entre dever de controle e dever de salvamento. 7. O problema do dolo subsequente. 8. Da compatibilidade legislativa. 9. Conclusão. Referências.

1. Introdução

A responsabilidade por *omissão* é um dos temas mais complexos do direito penal. Acostumados a uma dogmática construída sobre o paradigma da *conduta ativa,* temos dificuldade em fixar critérios e construir sistemas de imputação voltados para o *não fazer.* Por mais *reprovável* que seja uma *omissão* – como o caso da mãe que deixa o filho bebê morrer de fome – não é fácil identificar *critérios gerais* que permitam equiparar tal ato à causação *ativa* de um resultado típico.

A imputação de resultados lesivos a omissões sempre foi controversa dentro da dogmática penal e enseja teses, reflexões e debates difíceis e muitas vezes inconclusivos. No Brasil o tema está relativamente ausente da pauta das discussões acadêmicas e jurisprudenciais, salvo em alguns ensaios específicos[1]. Ainda que o assunto seja central em casos paradigmáticos que vão de acidentes em parques de diversão que causam mortes até rompimentos de barragens[2], em regra as decisões não vão além de poucas linhas sobre o dever de garantia e o dolo.

Com isso, o instituto da *responsabilidade penal por omissão* se vê coberto por uma imprecisão que afeta a segurança jurídica de todos aqueles que exercem, coordenam ou gerenciam atividades arriscadas.

---

1. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria*, BIERRENBACH, *Crimes omissivos impróprios,* CERNICCHIARO, *Crime comissivo por omissão*, COSTA JR., *Teorias acerca da omissão*, ESTELLITA, Heloísa., *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão,* FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Crimes Omissivos no Direito Brasileiro*, GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*. Rio de Janeiro: Renovar. 2004, GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impróprios*; PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida: os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer,* TAVARES, Juarez. *Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos*.
2. Inúmeras decisões do caso Hopi Hari a respeito da responsabilidade por omissão de dirigentes por defeitos em brinquedo que causou a morte de usuários, como o julgamento pelo TJSP do HC 2094135-82.2014.8.26.0000, em 18.05.2014, Rel. Des. Francisco Orlando e pela 2ª Turma do STF do HC 138.637/SP, em 18.05.2017, Rel. Min. Celso de Mello. No mesmo sentido, no caso do rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana, por todos, o HC 0070468-62.2016.4.01.0000/MG, julgado pelo TRF1 em 22.10.2018, Rel. Des. Olindo Menezes.

O presente artigo busca contribuir com a discussão traçando alguns critérios *materiais* e *dogmáticos* que permitam tratar a omissão – em especial na modalidade da *ingerência* – com maior precisão[3].

2. Da omissão penalmente relevante

O direito penal é um conjunto de normas direcionadas a *condutas humanas* ativas ou omissivas. Sob um prisma *ontológico* e *naturalístico* a ação consiste em um movimento corporal enquanto a *omissão* se caracteriza por *deixar de realizar uma ação possível*[4]. Tal distinção – embora rechaçada por alguns – parece importante para a fixação de critérios de imputação, como adiante exposto[5].

As *omissões penalmente relevantes* costumam ser classificadas como *próprias* ou *impróprias*. A despeito da larga controvérsia sobre os critérios mais adequados para reconhecer tais categorias, pode-se considerar *omissão própria* aquela prevista em um *tipo penal específico* como é o caso do art. 135 do CP ("Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública") ou do art. 244 do mesmo diploma legal ("Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo").

Nesses casos o *texto legal* descreve *expressamente* uma conduta *omissiva,* e atribui a ela a sanção penal.

A *omissão imprópria* é aquela por meio da qual se imputa um tipo penal *comissivo* àquele que se *omite*, como se ele tivesse *causado* o resultado ou o risco previsto na norma.

Aqui alguma explicação parece necessária.

Existem *tipos penais* que descrevem apenas *condutas comissivas,* como o *homicídio* (CP, art. 121, "matar alguém") ou a *lesão corporal* (CP, art. 129, "ofender

3. Esse texto tem por base a tese de livre docência do autor, publicada em 2019. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria* .
4. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria,* p.31 e ss.
5. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria,* p. 29 e ss.

a integridade física ou corporal de alguém"). *Matar* e *lesionar* são atos, condutas positivas, que não podem ser atribuídas sob um prisma *causal* a alguém que se *omite* de fazer alguma coisa[6]. A mãe que *deixa* de alimentar o filho ou o salva vidas que deixa o banhista se afogar *não agem* para matar alguém, não *interferem* positivamente no curso causal ou no desdobramento dos fatos, de forma que sua conduta não se *adequa literalmente* ao tipo penal de *homicídio*.

Ocorre que alguns ordenamentos jurídicos – como o brasileiro – preveem *normas especificas,* na Parte Geral do CP, que *equiparam* certas *omissões* à causação *positiva* de resultados lesivos, como a morte ou a lesão corporal. Em geral, tais normas indicam que *certas pessoas* – denominadas *garantes* – têm, em *certas situações,* o *dever de evitar resultados lesivos,* sob pena de responderem por eles como se os produzissem de forma comissiva, com as penas previstas nos tipos penais respectivos. Assim, o salva vidas pode – a depender das normas vigentes – ter o *dever* de evitar mortes por afogamento por ter *assumido positivamente* o dever de cuidar dos banhistas. Isso o tornaria um *garante* e sua omissão seria equiparada à causação da morte em determinadas circunstância.

Nesses casos, quando uma norma autoriza expressamente a aplicação de tipos penais que descrevem condutas *comissivas* (homicídio, lesão corporal) a comportamentos *omissivos* se tem a *omissão imprópria*.

Nosso Código Penal regula a *omissão imprópria* no § 2º do art. 13 do CP, que prevê ser a *omissão penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado,* acrescendo que *o dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*.

Nesses casos, ao *omitente* será imputada a responsabilidade penal pela prática de um tipo penal descrito como *comissivo* diante da existência de um *dever de evitar o resultado* e da *possibilidade* de fazê-lo. É o que ocorre, como visto, quando uma mãe deixa de alimentar seu filho ou quando um salva vidas deixa de socorrer um banhista que morre afogado. Aqui não existe *ação positiva* de matar, nem a *causação naturalística* da morte, mas a norma do § 2º do art. 13 permite a imputação do *resultado* à omissão, diante do *dever de agir* atribuído a certas pessoas e da *possibilidade* de evitação do fato. Em outras palavras, ainda que o tipo penal do art. 121 do CP (homicídio) descreva literalmente uma conduta *comissiva,* uma

6. Tal posição não é unânime e encontra resistência de parte da doutrina. Para um panorama, ver BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria,* p. 50 e ss.

ação de *matar alguém,* a mãe e o salva vidas responderão pelo resultado morte como se o tivessem causado porque uma *norma geral* (CP, art. 13, § 2º) autoriza tal imputação diante da existência do *dever de impedir sua ocorrência* (*dever de garante*) e da *possibilidade de evitação do resultado.*

O requisito fundamental, sem o qual não há que se falar em *omissão imprópria,* é o *dever* de impedir a ocorrência do *resultado típico*. Se um cidadão comum observa passivamente uma criança a se afogar no mar, não será responsável pelo resultado morte, não responderá por *homicídio,* ainda que deseje o ocorrido e o salvamento fosse possível. Nesse caso, não existe o *dever* de impedir o resultado que legitime a imputação por *omissão imprópria,* sendo possível imputar ao omitente apenas a *omissão de socorro*. Por outro lado, se um salva-vidas se omite no mesmo contexto, responderá por *homicídio por omissão imprópria.* A diferença entre o *cidadão comum* e o *salva-vidas* é que o último tem o *dever de garante,* o *dever* de agir para impedir a produção do resultado.

Esse *dever* está previsto nas alíneas do já mencionado § 2º do art. 13 do CP, e existirá quando o omitente (a) *tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (b) de outra forma, tenha assumido a responsabilidade de impedir o resultado; (c) com o seu comportamento anterior, tenha criado o risco da ocorrência do resultado.*

Nas duas primeiras hipóteses, o omitente se encontra diante de um *risco* que ele *não produziu,* mas tem, *por lei* ou *por assunção* o dever de proteger o bem jurídico ou de controlar uma fonte de perigo. É o caso do médico que deve salvar uma pessoa que sofre um enfarto e que esteja sob seus cuidados ou do já citado salva-vidas que deve resgatar aquele que se afoga. Trata-se de *garantes de riscos alheios,* e o resultado morte pode ser imputado a ambos por *omissão imprópria.*

A última hipótese (alínea "c") é a *ingerência*. Nela, o omitente, com uma conduta anterior, *criou um risco de resultado*. Ao contrário das situações anteriores, aqui há um *risco produzido pela própria* pessoa, em razão do qual surge o dever de evitar o resultado danoso, quando *possível* a interrupção do curso causal.

3. Da ingerência

O objeto do presente estudo será a responsabilidade penal por omissão na última modalidade descrita: a *ingerência,* que incide sobre o omitente que "*com o seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado*" (CP, art. 13, § 2º, "c").

A questão central a ser enfrentada: no que consiste essa *criação de um risco?* Trata-se de *qualquer risco* ou apenas daquele que ultrapassa as fronteiras do

permitido? Aquele que dirige um carro – mesmo que na velocidade adequada – *cria um risco* para pedestres. Isso o torna *garante* diante de qualquer acidente ou atropelamento? Caso tenha condições de salvar a vítima e deixar de fazê-lo praticará *homicídio por omissão*? Ou tal imputação somente será possível quando o motorista que viola *normas de cuidado* no ato de dirigir? Embora o problema tenha como ponto de partida o marco legal brasileiro, a questão também é discutida em inúmeros outros países de tradição jurídica similar, que contam com legislações semelhantes.

Criar um risco significa, sob um prisma *ontológico*, um ato positivo, comissivo, atrelado a um *movimento corporal voluntário,* ou por um comportamento que se projeta *materialmente* sobre o mundo exterior, que coloca em *perigo concreto* ou *potencial* um bem jurídico[7].

A *omissão* não cria riscos. Ainda que a *inatividade* tenha condições de *transformar* um risco existente e *permitido* em *não permitido,* não parece adequada a ideia de que a *omissão* seja capaz de *criar esse risco:* o motorista de um caminhão que deixa de acender os faróis quando escurece não *cria um risco por omissão*[8]. O risco deriva do ato de colocar o veículo em movimento (risco permitido), cumprindo à omissão de acender os faróis o papel de transformar esse risco *permitido* em *não permitido*. Isso não significa que o resultado não possa ser *imputado* a uma omissão no plano *normativo*; porém, o pressuposto da *ingerência* sempre será um ato *comissivo* criador de um risco inicial[9].

Mas *criar um risco* não é suficiente para a reprovação penal. A sociedade contemporânea aceita o risco em inúmeros setores e atividades[10]. Dirigir automóveis, produzir energia, fabricar medicamentos, são atividades arriscadas, mas toleradas – e até incentivadas – para garantir a dinâmica da economia, e assegurar o conforto e o desenvolvimento social.

---

7. Como já apontava no século XIX VON LISZT, *Tratado,* p. 193 e ss., concepção nunca abandonada plenamente, segundo GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios,* p. 8 e ss. Ver, sobre o tema, TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos,* p. 119.
8. Para usar o exemplo de TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos,* p. 304.
9. Tal posição não é pacífica. Sobre as críticas à ideia de que a *omissão* não cria riscos, em especial de Dopico Gómez-Aller e de Gimbernat Ordeig e seu enfrentamento, ver BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria,* p. 168 e ss.
10. Nesse sentido, ver BOTTINI, *Crimes de perigo abstrato,* p. 29 e ss., BECK, *La sociedad,* passim; GIDDENS, *As conseqüências*, passim; DEMAJOROVIC, *Sociedade de risco*, p. 35; PÉREZ DEL VALLE, *Sociedad de riesgos*, passim; e SUBIJANA ZUNZUNEGUI, *Prevención*, p. 83.

A permissão de atividades *arriscadas* está, em regra, condicionada ao cumprimento de *normas de cuidado,* a *comportamentos* positivos ou negativos capazes de manter os perigos dentro de certos limites[11]. Enquanto tais normas são observadas o risco criado pela conduta é *permitido,* e em regra não há legitimidade na incidência do direito penal, ainda que essas condutas produzam resultados danosos.

Voltemos à ingerência.

Como exposto, o § 2º do art. 13 prevê o *dever* de evitar o resultado para aquele que *cria riscos* de sua produção. A questão que se coloca, portanto, é se tal dever se apresenta apenas quando os *riscos* criados são *não permitidos* (violadores dos deveres de cuidado) ou se também surge diante de *riscos permitidos*.

Há autores que defendem a responsabilidade por omissão por *ingerência* na criação de *quaisquer riscos,* mesmo *permitidos*[12]. Outros defendem que apenas *riscos* criados em *alguns setores específicos* legitimam a *ingerência,* embora admitam que *riscos permitidos* possam integrar este conjunto[13]. Por fim, há os que sustentam que o *risco* que antecede a omissão na ingerência deve ser *não permitido* ou *antijurídico*[14].

A nosso ver, o enfrentamento da questão exige, em primeiro lugar, a constatação de que a criação de um *risco* pode desencadear para seu *criador* duas espécies

11. A identificação da fronteira entre riscos *permitidos* e *não permitidos* não é objeto do presente estudo, mas vale destacar que os últimos são aqueles que são produzidos em face da violação das *normas de cuidado* vigentes determinada ordem jurídica, compostas por *normas e atos normativos institucionalizados, regras técnicas profissionais e deveres gerais de cautela*. BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria,* p. 178 e ss., GRECO, *Um panorama*, p. 54; ROXIN, *Derecho Penal,* I, p. 371; CAMARGO, *Crimes econômicos,* , p. 17; MARTINEZ BUJAN-PEREZ, *Derecho pena l,* p. 289 e ss.; JAKOBS, *Imputação objetiva*, p. 42; GIL, *El delito* , p. 231 e ss.; e GIMBERNAT ORDEIG, p. 92; FREUND, *Fundamentos,* p. 84; LASCURAIN SÁNCHEZ, *Los delitos*, p. 57, LUZON PEÑA, *Curso*, p. 643.

12. MEINI MENDEZ, *Responsabilidad penal,* p.07, LASCURAIN SANCHEZ, *Fundamento,* p.212. Entre nós, BITENCOURT, *Tratado*, p. 306 e NORONHA, *Direito Penal*, p. 126.

13. MAURACH, *Derecho Penal*, p. 262; JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 983; RUDOLPHI – em GIMBERNAT ORDEIG, *Estudios*, p. 196, STRATENWERTH, *Derecho Penal*, p. 299, CUADRADO RUÍZ, *La posición,* p. 30.

14. CEREZO MIR, *Curso*, p. 264; RUDOLPHI citado em WELZEL, *Derecho Penal*, p. 297, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión,* p. 278, GARCIA CAVERO, *La posicion,* p.08; BACIGALUPO ZAPATER, *Conducta,* 1970, p. 44; ROXIN, *Derecho Penal, II*, p. 905, WESSELS, *Direito penal,* p.164, JESCHECK, *Tratado*, p. 568, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión,*, p. 750; COSTA E SILVA, *Código Penal*, p. 14, BIERRENBACH, *Crimes omissivos,* p. 63 e ss., TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos,* p. 336.

de deveres – que podem ou não ter o mesmo desvalor: (i) um dever de *controle* desse risco e (ii) um dever de *salvamento* quando o risco sai do *controle* de seu criador. A fixação de tais categorias parece indicar uma solução adequada para a problemática apresentada.

4. Do dever de controle

Todo aquele que cria um *risco,* mesmo permitido, tem o *dever* de mantê-lo dentro dos parâmetros toleráveis, definidos pelas *normas de cuidado* correspondentes. Como exposto, apenas a *comissão* cria o risco, mas sua *desestabilização* pode se dar por ação ou omissão[15].

Enquanto o agente tem o controle sobre o foco de perigo por ele criado, a *omissão* será relevante em dois momentos: (i) se foi criado um risco *permitido,* há um *dever de agir* para mantê-lo dentro desse patamar, (ii) se foi criado um *risco não permitido,* há também um *dever de agir,* de reconduzi-lo aos limites aceitáveis. Assim, aquele que constrói um *brinquedo arriscado* (montanha-russa) tem o dever de *agir* para garantir sua manutenção adequada, diretamente ou por meio de terceiros com competência e qualificação. Da mesma forma, quem dirige um veículo e percebe que ultrapassou a velocidade permitida, deve *agir* para reduzi-la.

Assim, ou existe uma violação à norma de cuidado pela ação original que cria um *risco não permitido* (velocidade) e a norma impõe uma *ação de restituição* deste último ao patamar permitido (dever de brecar), ou existe uma situação de *risco permitido* (montanha-russa em funcionamento) e a *omissão* cria o contexto *não permitido,* que muda a qualidade do risco (falta de manutenção). Nessa última situação, tem-se um contexto de *risco permitido,* sendo a omissão o ato violador da *norma de cuidado* que cria o *risco não permitido.*

Nota-se, portanto, que existe um *dever de agir* mesmo diante de *riscos permitidos,* em regra quando uma *norma de cuidado* exige uma conduta positiva para mantê-lo nesse patamar. Aquele que *cria um risco* – mesmo que permitido – tem um *dever,* não de impedir resultados danosos dele decorrentes, mas de impedir que esse risco se transforme em *não permitido,* e nessa condição produza o resultado.

Isso não significa legitimar a imputação penal por resultados derivados de *riscos permitidos.* Aquele que oferece passeios em uma montanha-russa em um

15. As dificuldades para distinguir, em casos específicos, *mandados* de *proibições* não se mostram de todo relevantes, uma vez que o substancial será identificar que uma *norma de cuidado* foi violada e foi criado um *risco não permitido,* pouco importando se a conduta é uma ação ou uma omissão.

parque de diversões cria um *risco permitido* se as normas de cuidado vigentes são respeitadas, e não responderá por eventuais acidentes fortuitos e não previstos, ainda que causados pelo uso do brinquedo. Porém, se o dono do parque não determina a *manutenção* dos trilhos ou do carro, a *omissão* transforma o *risco permitido* em *não permitido*, de forma que os resultados danosos podem ser a ele imputados na forma da *ingerência* (desde que reconhecidos todos os demais critérios de imputação objetiva e subjetiva).

A imputação de resultados a uma omissão por *ingerência* sempre terá por parâmetro a violação de uma *norma de cuidado*. Ou bem o agente, já na *criação do risco,* violou tais normas e produziu um *risco não permitido,* ou bem criou um *risco permitido* e uma *omissão* posterior o transformou em *normativamente intolerável*. A *omissão* somente será relevante no âmbito do *controle* se existir previamente um risco *não permitido* ou se a própria *omissão* é o comportamento que viola uma norma de cuidado e modifica o *status* do risco.

Assim, no âmbito do *controle do risco,* a omissão será relevante se *não restituir* um *risco desaprovado* criado pelo agente ao seu patamar tolerável, ou se *transformar* o risco permitido em não permitido, pelo descumprimento das normas de cuidado *mandamentais* previstas em atos institucionais, em regras técnicas profissionais ou pautadas sobre um juízo de *ponderação*. O *dever de agir* no *contexto de controle* não existe apenas diante de *riscos não permitidos* ou *contrários ao direito,* mas também diante de *riscos permitidos,* quando uma conduta positiva é exigida para evitar sua transformação em *risco não permitido* – nesse caso, a *omissão* constitui o ato violador de uma *norma de cuidado mandamental,* é ela que *cria* o risco *não permitido*.

5. Do dever de salvamento

O *dever de salvamento* surge quando o *risco* inicial saiu do *âmbito de controle* do omitente, e se incorporou ao mundo de vida da *vítima*. Se no contexto do *dever de controle* o foco de perigo é manejável pelo omitente, no *dever de salvamento* este foco deixa seu domínio, ou passa a ser irrelevante para o controle do curso causal desencadeado.

Enquanto um motorista dirige seu veículo, tem o *dever de controle,* porque esse foco de perigo – o carro em movimento – pode ser manejado por ele. Quando esse veículo atropela uma pessoa, o *foco de perigo* – o carro – deixa de ser relevante para a sequência do curso causal. Não se exige mais, por inútil, seu *controle*, e sim uma conduta de *salvamento* do bem jurídico, no caso, da vítima (*dever de salvamento*).

Enquanto um produto é fabricado, o diretor de produção tem o *controle* sobre o processo de criação e em consequência o dever de observar ou fazer observar

as *normas de cuidados* vigentes para aquela atividade (*dever de controle)*. Após a distribuição do produto ao mercado, não existe mais esse *controle*. O produto se *desligou* de seu processo de produção. Se constatado que uma falha na fabricação o torna perigoso para consumo, o *dever* do fabricante não será mais de *controle* – porque ele perdeu sua capacidade de manejar o foco do perigo – mas de *salvamento,* de alertar ou proteger os consumidores, diante de certas condições e de sua capacidade de agir (*dever de salvamento*).

No *dever de controle* há uma *obrigação de manutenção* ou *restituição* do risco aos patamares permitidos; no de *salvamento* existe um *dever de revogação* de um curso causal desencadeado que se desligou do risco original.

A questão: o descumprimento do *dever de salvamento* permite a imputação dos *resultados lesivos* ao omitente como se ele os tivesse produzido ativamente? Para isso o *risco* inicialmente criado deve ser *não permitido* ou também subsistirá a *ingerência* em casos de riscos originais *permitidos*?

A nosso ver, a resposta nesse caso é distinta daquela oferecida quando analisado o contexto de *controle*. Lá, o risco é parte do âmbito de organização próprio do agente, e o *controle* do curso causal se confunde com o domínio desse risco. Assim, o dever de manter o risco dentro dos parâmetros *permitidos,* cumprindo as normas de cuidado vigentes vigora mesmo que esse risco esteja nos limites do tolerável.

Nos casos de *salvamento,* ou o perigo fugiu ao controle do omitente, ou criou um curso causal distinto. Estrutura-se em um contexto próprio no qual o controle do foco de perigo original é irrelevante. O contexto de perigo é independente do *controle do risco* original, embora ainda esteja ligado a ele por um liame naturalístico.

Nesse caso, se não quisermos cair em uma proposta puramente *causal* de imputação, será necessário afirmar que a responsabilidade pelo *salvamento* está atrelada a um *desvalor* daquele *risco original*, do qual ele se desprende. E esse desvalor só existe se o *risco* do qual se desencadeia o contexto de *salvamento* não for *permitido,* ou seja, se houver na origem o descumprimento de *normas de cuidado*[16].

Em outras palavras, não existe o *dever de salvamento* decorrente de um *risco* anterior *permitido*. Nesse caso, a obrigação de *proteger* ou *salvar* o bem jurídico

16. Diante do risco não permitido, o salvamento é devido. Como afirma Lascurain Sanchez, uma vez criado o risco não permitido, o dever de garantia ampliará suas fronteiras até onde alcancem as possibilidades individuais de evitação do sujeito, em *Fundamento*, p. 212.

por parte daquele que criou esse *risco anterior permitido* é *estruturalmente idêntica* à de qualquer pessoa diante dos fatos. Pode haver responsabilidade por *omissão de socorro,* mas não uma *omissão imprópria*[17].

O motorista que dirige em alta velocidade – que cria um *risco não permitido* – e atropela um pedestre, tem o *dever de salvar* a vítima. A omissão do *salvamento* faz com que o resultado morte seja imputável ao omitente a título de *ingerência* (desde que também presente outros requisitos como a omissão como condição negativa do resultado e o elemento subjetivo). Há uma falha na gestão da organização própria do omitente causalmente e normativamente ligada ao contexto de *salvamento*.

Por outro lado, aquele que conduz seu veículo de acordo com as normas de cuidado vigentes – que cria um *risco permitido* – e também atropela alguém, não tem um *dever de salvar* do mesmo *porte* daquele que descumpriu as regras de cuidado. Responderá apenas pela *omissão de socorro*. Ao dirigir respeitando as regras de trânsito, o motorista está na esfera do risco tolerado, e não tem qualquer *relação especial* com o *contexto de salvamento*. Há uma relação causal com o resultado, mas não um *nexo normativo* que torne a omissão especialmente relevante, mais grave que a *omissão de socorro*. Sua posição diante do contexto de *salvamento* é idêntica à de qualquer estranho ao processo causal[18].

Em suma, o *risco permitido* é a fronteira dos deveres de salvamento, o porto seguro que protege o agente/omitente de do regresso ao infinito *causal*[19].

Imaginemos um acidente causado por um limpador de janelas que deixa cair o vidro que sustenta sobre um transeunte, que morre horas depois. Ele *causa* o resultado morte. Aqui podem ocorrer duas situações. A primeira: o limpador observou todas as normas de cuidado, e estava dentro do *risco permitido* ao manusear o vidro naquela altura. A segunda, o limpador foi displicente e postou a janela de forma que, segundo as regras técnicas de sua profissão, seria possível que ela se soltasse da estrutura. Ou seja, criou um *risco não permitido* por imprudência.

Em ambos os casos o pedestre atingido seria salvo se fosse levado para o hospital pelo limpador, mas ele fugiu do local do acidente, com a certeza de que a vítima seria socorrida por terceiros. Ou seja, não *salvou* a vítima. Se entendermos que este *dever de salvar* existe diante da criação de *qualquer risco,* mesmo

17. BATISTA GONZÁLEZ, *La responsabilidad*, , p. 152.

18. Nesse sentido, ROXIN, *Derecho Penal*, p. 910.

19. JAKOBS, *Acción y omisión,* p. 31.

dos *permitidos,* em ambos os casos haverá imputação do resultado morte ao limpador e ele responderá por *homicídio*. No primeiro, o limpador de janelas criou um *risco permitido* e depois se omitiu, deixando de socorrer a vítima, portanto, responderia por *homicídio culposo*. No segundo, o limpador que criou um *risco significativamente distinto,* um *risco não permitido,* mas também responderia por *homicídio culposo,* aqui talvez com a agravante do § 4º do artigo 121 do CP, ou seja, com 1/3 a mais de pena[20]. A *diferença* seria pequena para distinguir condutas *estruturalmente* distintas.

Caso entendamos que o *dever de salvamento* somente existe para fins de *ingerência* em casos de criação de *risco não permitido,* o tratamento dos dois casos seria mais equilibrado. O limpador de janelas que criou o *risco permitido* e se omitiu posteriormente não praticaria homicídio *por omissão imprópria,* mas *omissão de socorro* (CP, art. 135) com a pena de 1 a 6 meses e multa. Responderia pelo crime *omissivo próprio,* e sua omissão não se equipararia à ação porque o comportamento antecedente estava nos limites do *risco permitido*. Já no caso do limpador que cria o risco *não permitido,* o resultado morte lhe será imputado como se o tivesse causado porque ele tem o *dever de salvar* diante da *ingerência,* atrelada a um *risco não permitido*.

Assim, o *dever de salvamento* para fins de imputação do resultado por *ingerência* só existe diante da criação de um *risco não permitido*. A existência de um *risco permitido* afasta o dever de *salvar* a vítima, porque nestes casos a posição do omitente diante do bem jurídico é a mesma de qualquer outro possível interveniente que esteja no local. Não existe uma relação *especial,* um *status* diferenciado, que imponha ao omitente um dever distinto de qualquer outra pessoa, uma vez que inexistiu a *violação prévia* de um *dever de cuidado*. Aquele que cria um *risco permitido* e omite o *salvamento* da vítima responderá pela *omissão de socorro*, mas não por *homicídio*.

6. Da equivalência entre dever de controle e dever de salvamento

Há quem defenda que o descumprimento do *dever de salvamento* não justifica a imputação do resultado pela *ingerência* porque nesses casos, ao contrário do

20. CP, art. 121, § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

que ocorre nas situações de *dever de controle,* o omitente não tem mais *domínio* do risco originalmente criado[21].

A nosso ver, e como já exposto, a omissão de *salvamento* por parte daquele que criou o *risco anterior* pode ser equiparada à comissão, desde que esse risco seja *não permitido* e que o contexto no qual o salvamento é exigido seja criado em decorrência dessa violação da norma de cuidado. Nesse caso, a situação jurídica do *omitente* é a mesma daquele que viola o *dever de controle,* porque a criação anterior do *risco* juridicamente desaprovado o coloca em uma posição *especial* diante do bem jurídico, uma posição de *garantia,* que justifica a imputação do resultado.

Nesses casos, no momento do *salvamento,* o *status* do ingerente é distinto de todos os demais possíveis intervenientes, porque ele é o responsável pela *criação do risco não permitido* que originou aquele contexto. Ele violou uma norma de cuidado voltada para evitar justamente a situação na qual o salvamento se fez necessário. A exposição do bem jurídico é diretamente ligada ao mau manejo da esfera de *organização* do omitente, não em um sentido apenas *causal,* mas também *normativo*, porque decorre da violação de preceitos de cuidado reconhecíveis juridicamente.

Por isso, o criador do risco anterior intolerável – ainda que na forma culposa – é um personagem *qualificado* diante de seus desdobramentos causais, em especial quando tem *capacidade* de evitar o resultado. E essa *qualificação* permite caracterizar a *omissão posterior* como *parte* da consumação, como etapa do *iter criminis,* ainda sob a capacidade de controle do agente.

Afastar a *imputação* em decorrência do *dever de salvamento* leva a situações político-criminalmente insustentáveis. Por essa posição, aquele que joga outro na piscina de forma imprudente e não o salva quando percebe que ele não sabe nadar, com a intenção de que haja afogamento, seria responsabilizado apenas por homicídio *culposo* com o aumento de pena previsto no § 4º do art. 121 do CP. Isso porque a omissão do *dever de salvar* seria *própria,* e não teria o condão de imputar o resultado típico na forma dolosa, mesmo que presente o conhecimento e a intenção de resultado no instante da omissão.

Não parece essa a melhor solução.

Ainda que o *risco inicial* seja imprudente, se a omissão posterior de *salvamento* for *dolosa,* haverá *dolo na omissão superveniente,* e o omitente responderá pelo

21. Por todos, SCHÜNEMANN, *Fundamentos,* passim; GRACIA MARTÍN, *La comisión, passim*. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión,* pp. 30 e 400. Para mais detalhes sobre cada posição, ver BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria,* p. 200 e ss.

resultado na forma dolosa. Isso ocorre justamente porque a *omissão* posterior tem relevo para a caracterização jurídica da conduta em seu conjunto. A omissão daquele que joga alguém na piscina – *omissão de salvamento* – é relevante e torna imputável o *resultado típico,* atraindo a forma subjetiva presente no momento da inatividade (ou seja, o dolo).

Alguém poderia dizer que, no caso exposto, o omitente viola um *dever de controle* e não de *salvamento* porque a água seria o *foco de perigo,* que continua existindo no instante em que se dá a omissão, de forma que o advento do *dolo* nesse momento seria relevante porque surgido quando o omitente ainda tinha *domínio* do risco criado. Tal postura não parece sustentável. No exemplo em questão, o *foco de perigo* que desencadeia o curso lesivo não é a água, e sim o corpo daquele que empurra a vítima na piscina. O *risco não permitido* não foi criado pela água, que já existia, mas pelo movimento corporal de jogar aquela pessoa, e sobre esse *foco de perigo* o *domínio* passou a ser irrelevante. Trata-se, portanto, de um contexto de *salvamento,* e a omissão aqui parece tão desvalorada quanto a *comissão* ou o descumprimento do *dever de controle.*

Em suma, aquele que cria um *risco não permitido* tem o dever de agir para fazer retornar o perigo aos níveis toleráveis – no campo do *controle* – ou de desencadear um processo de *salvamento,* sempre que seja capaz de fazê-lo. A omissão, em ambos os casos, tem o mesmo *desvalor* da *comissão,* imputando o resultado da mesma forma ao omitente/agente[22].

7. O PROBLEMA DO DOLO SUBSEQUENTE

A concepção aqui defendida – de incluir o *dever de salvamento* como dever de garante decorrente da ingerência – poderia ser criticada por admitir o *dolo subsequente*. No entanto, não há nela qualquer tolerância a tal figura dogmática.

O *dolo subsequente* se caracteriza pelo advento do dolo depois de praticada a conduta típica, ou de cessada qualquer possibilidade de intervenção do agente/omitente no curso causal que precede a *consumação* do delito. O surgimento do *dolo* durante a *execução* – que compreende o espaço no qual o agente pode exercer a *desistência voluntária* ou o *arrependimento eficaz* – revela um *dolo superveniente,* admissível dogmaticamente.

O dolo pode surgir desde o momento da atividade física em si até aquele em que o acontecimento ou não do resultado deixa de depender da vontade do

22. Nesse sentido, GLASER em DOPICO GÓMEZ-ALLER, Omisión, p. 84.

autor – a partir de quando seria possível falar em *dolo subsequente*[23]. Assim, aquele que cria um risco de morte de forma imprudente deixando veneno em uma vasilha não identificada na cozinha, e após a substância ser ingerida pela vítima deixa de socorrê-la com intenção de vê-la morta, responde por *homicídio doloso* porque essa *omissão de salvamento* atrai a imputação do resultado típico.

Não parece adequada aqui a crítica de que a punição da *omissão de salvamento dolosa* seria reprimir o *mero desejo,* a crueldade ou a insensibilidade do omitente, uma vez que não existe relação objetiva entre a omissão dolosa e o resultado. O dolo na omissão – assim como na comissão – não se constitui apenas da *vontade* de resultado, mas também da ciência do contexto de risco e dos elementos do tipo penal, para além do elemento *volitivo*.

Buján-Pérez indica que a decisão dolosa vem apoiada em um autêntico conhecimento sobre dados concorrentes no momento da realização do fato, e em uma bagagem intelectual prévia e imprescindível que proporciona ao sujeito as informações necessárias para sua tomada de decisão[24]. Ou seja, mais do que um *desejo,* o dolo omissivo vem carregado de uma *consciência* dos pressupostos fáticos do *dever de garantia* e da capacidade de interrupção do curso causal.

Essa *ciência* é reprovável quando direciona uma conduta específica, orientada a causar ou a não interromper o resultado. Evidente que nos crimes *comissivos* o *dolo* é mais perceptível, porque existe um direcionamento final do curso causal. A inexistência de uma *causalidade positiva* na *omissão* faz com que o dolo tenha um conteúdo distinto, referido não ao curso causal, mas à probabilidade quase certa de que a intervenção evitará o resultado. Mas isso não torna a conduta menos *desvalorada,* uma vez que a omissão é uma *condição negativa* do resultado[25].

Portanto, a proposta de imputar o resultado à *omissão* do *dever de salvamento* não implica na admissão do *dolo subsequente*. Resta, agora, analisar se tal ideia é compatível com o direito positivo.

23. Também negando o *dolo subsequente* nos casos de salvamento, LAMPE, em DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión,* p. 68.

24. MIR PUIG, *Derecho Penal*, p. 241 e ss., e ROXIN, *Derecho Penal*, p. 447, para quem, sem afastar a imprescindibilidade do elemento volitivo, fixa que a *magnitude do perigo conhecido e a circunstância de se o sujeito tinha, desde sua posição, algum motivo para se conformar com o resultado desempenham um papel mais importante* na fixação do injusto subjetivo.

25. Sobre o tema, BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria,* p. 215 e ss.

8. Da compatibilidade legislativa

Uma questão que merece ser enfrentada é a compatibilidade da interpretação aqui defendida com a legislação brasileira, a fim de evitar soluções político-criminais inadequadas, em especial diante de dispositivos que aumentam ou agravam a pena de crimes imprudentes quando verificada a *omissão de socorro* posterior por parte do omitente.

É o caso do artigo 121, § 4º,[26] e do artigo 302, § 1º do Código de Trânsito Brasileiro[27]. À primeira vista, parece que tais dispositivos apontam que a omissão de *salvar alguém* após uma conduta *culposa* apenas aumenta a pena do *crime culposo*, mas não o transforma em *doloso*. Se tais dispositivos indicam que aquele que cria um risco de forma *imprudente* de homicídio (CP, art. 121, § 4º) ou de homicídio *imprudente* na direção de veículo automotor (CTB, art. 302, § 1º, III) responde pelo crime *culposo agravado* no caso de *omissão de socorro* posterior, não parece – a uma primeira vista – haver espaço para concluir que a *omissão de salvamento* torna o resultado imputável a título doloso, como ora se pretende.

No entanto, outra interpretação é possível.

Os dispositivos mencionados agravam a pena do crime culposo quando existe uma *omissão de socorro* com *dolo* apenas de omitir o socorro, e não de *causar a morte*[28]. Aquele que anda em alta velocidade, atinge um pedestre e foge do local com a intenção de omitir o socorro, com a segurança de que o salvamento será realizado por outras pessoas (por exemplo, no caso de acidente em via movimentada, onde existem outros motoristas e pedestres aptos a salvar a vítima ou a chamar socorro), ou seja, com *culpa consciente,* responderá pelo resultado morte na forma *culposa,* agravada pela *omissão de socorro*. Isso porque, embora exista *dolo*

26. § 4º No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou *se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima*, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. Sendo doloso o homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos.

27. Lei 9.503/97, artigo 302, § 1º No homicídio culposo cometido na direção de veículo automotor, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) à metade, se o agente:

    III – *deixar de prestar socorro*, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à vítima do acidente.

28. Vale notar que no crime de *omissão de Socorro,* o elemento subjetivo se caracteriza apenas pela "*consciência e vontade de omitir socorro*" BARTOLI e PANZERI, Dos crimes, p.707.

de omissão de socorro, não há *dolo,* nem mesmo eventual, de contribuir com a morte, uma vez que existe a *certeza* – ainda que não lastreada na realidade – de que a vítima será salva.

Por outro lado, se esse mesmo motorista deixar de prestar socorro sabendo ou suspeitando que sua omissão será *condição negativa* do resultado morte haverá algo mais do que o *dolo* de *omissão de socorro:* haverá intenção ou assunção de risco do resultado *morte*. É o caso do motorista que deixa a vítima sem socorro, ciente de que está em uma estrada solitária e é pequena a probabilidade de qualquer salvação. Existe um *dolo (direto ou eventual) de resultado,* um *dolo* de afetação da vida, uma *vontade* ou *assunção de risco* concretizada em uma *conduta negativa* quando possível impedir o resultado[29]. Nesse caso, imputável o resultado na forma do *homicídio doloso* e não por *homicídio culposo* agravado pela *omissão de socorro,* valendo repetir que *apenas* quando houver uma criação prévia de um *risco não permitido*.

O mesmo ocorre nos casos de *abandono de incapaz* (CP, art. 133)[30]. A mãe que deixa um bebê na porta de terceiros, ou em um ponto de ônibus, para se livrar dele, comete a *omissão própria* descrita no art. 133 do CP, qualificada pela lesão corporal ou morte se tais resultados estiverem ligados à conduta inicial na forma preterdolosa. Nesses casos, a progenitora tem o *dolo* do abandono, mas não o *dolo* da morte ou da lesão. Porém, se essa mãe, horas depois, ouve um cão que se aproxima do bebê abandonado, e deixa de salvá-lo com intenção de que o animal mate a criança, responderá pela *morte* por *omissão imprópria,* na forma dolosa – desde que haja capacidade de evitar o resultado. Note-se que, nesse caso, a mãe *criou um risco não permitido* ao deixar a criança em local ermo e deixou de salvá-la com um *dolo* que surgiu apenas no instante da omissão.

Aqui a distinção entre delito culposo *aumentado* pela omissão de socorro e o crime *doloso* por *omissão imprópria* é meramente subjetiva, como o é em todos

29. A admissão do dolo eventual nessa hipótese é controversa. Há quem afaste por completo tal possibilidade, como TAVARES, *Teoria dos crimes omissivos,* p. 394, enquanto outros a entendem possível, como MAURACH, *Derecho Penal*, p. 268.

30. "Art. 133 – Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono:
Pena – detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º – Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º – Se resulta a morte:

Pena – reclusão, de quatro a doze anos."

os demais delitos. Os contornos *objetivos* dos comportamentos *dolosos e culposos* são os mesmos – em ambos há a violação de *deveres de cuidado* e criação do *risco não permitido* –, mas a relação do agente com o contexto, seja cognitiva, seja volitiva, será distinta e determinante para fazer incidir a norma penal.

9. Conclusão

A *ingerência* é a imputação do resultado típico à omissão quando o omitente *cria um risco anterior* (CP, art. 13, § 2º, "c"). Nesse contexto, existe para aquele que *criou o risco* um *dever de controle* e/ou um *dever de salvamento*.

O *dever de controle* impõe ao agente a manutenção do *risco inicial* nos patamares *permitidos* definidos pelas normas institucionais, pelas regras técnicas profissionais e pelo dever geral de cautela. A *omissão* de manter o risco dentro destes parâmetros ou de *restituí-lo* a estes níveis implica a responsabilidade pelo resultado a título de *omissão imprópria*.

O segundo é o *dever de salvamento,* cujo descumprimento permite que o resultado seja imputado a título de omissão desde que o *risco* originalmente criado seja *não permitido*. A criação de *riscos permitidos* não enseja a responsabilidade por omissão imprópria no contexto de *salvamento*[31].

Vale destacar, por fim, que o reconhecimento do descumprimento dos *deveres de controle* e de *salvamento* apenas *indicam objetivamente* a possibilidade de imputar o resultado ao omitente. A imputação integral ainda exigirá a constatação de que a *omissão seja condição negativa do resultado* e que este esteja dentro do *âmbito de abrangência* da norma de cuidado violada, elementos não abordados no presente artigo, mas que devem ser levados em consideração na construção da tipicidade da *ingerência*[32].

Referências

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. Conducta precedente y posición de garante en el Derecho Penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XXIII. Madrid: Ministerio de Justicia, 1970.

BÁRTOLI, Márcio; PANZERI, André. Parte especial – Título I. Dos crimes contra a pessoa. In: FRANCO, Alberto Silva. *Código Penal e sua interpretação:* doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2007.

31. Nesse sentido, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión,* p. 820.

32. Para um panorama completo, ver BOTTINI, *Crimes de omissão imprópria,* p. 213 e ss.

BATISTA GONZÁLEZ, Maria Paz. La responsabilidad penal de los órganos de la empresa. In: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Curso de Derecho Penal económico*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial:* en busca de la seguridad perdida. Barcelona: Paidós, 2008.

BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Ímpetus, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de omissão imprópria*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. Crimes econômicos e imputação objetiva. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antônio Marques. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal Español*. 6. ed., reimp. Madrid: Tecnos, 2004.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Crime comissivo por omissão. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 2, n. 7, 2001.

COSTA E SILVA, Antônio José da. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Commentado*. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1930. v. 1.

COSTA JR., Heitor. Teorias acerca da omissão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 587, set. 1984.

CUADRADO RUIZ, Maria Angeles. La posición de Garante. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 6, 2000.

DEMAJOROVIC, Jacques. *Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental:* perspectivas para a educação corporativa. São Paulo: USP, 2000.

DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión e Injerencia en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2006.

ESTELLITA, Heloísa. *Responsabilidade penal de dirigentes de empresas por omissão*. Estudo sobre a responsabilidade omissiva imprópria de dirigentes de sociedades anônimas, limitadas e encarregados de cumprimento por crimes praticados por membros da empresa. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Crimes omissivos no direito brasileiro. *Revista de Direito Penal e Criminologia,* Rio de Janeiro, n. 33, jan.-jun. 1982.

FREUND, George. Fundamentos de la imprudência punible. Una contribución desde la. In: AA.VV. *Delitos Culposos II*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

GARCÍA ARÁN, Mercedes; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal:* parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

GARCIA CAVERO, Percy. La posicion de garantia del empresário: a proposito del caso utopia. In: ALONSO ÁLAMO, Mercedes. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodriguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.

GIL, Alicia. *El delito imprudente:* fundamentos para la determinación de lo injusto imprudente en los delitos activos de resultado. Barcelona: Atelier, 2007.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. 2. ed. Montevidéu, Buenos Aires: B de F, 2013.

GRACIA MARTÍN, Luís. La comisión por omisión en el Derecho Penal español. *Revista Actualidad Penal*, Madrid, 1995.

GRECO, Luís. *Cumplicidade através de ações neutras*. A imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRECO, Luís. *Problemas de causalidade e imputação nos delitos omissivos impróprios*. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

GRECO, Luís. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JAKOBS, Günther. *Acción y omisión en Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado, 2000.

JAKOBS, Günther. *A imputação objetiva no direito penal*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Granada: Comares, 2003.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Los delitos de omisión*: fundamentos de los deberes de garantía. Madrid: Civitas, 2002.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Fundamento y límites del deber de garantía del* empresario. Madrid: L.H. Tiedemann, 1995.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte general I. 1. ed., 2. reimp. Madrid: Universitas, 2002.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. A concepção significativa da ação de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-fundamentais do delito. In: BUSATO, Paulo César. *Modernas tendências sobre o dolo em direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa*: Parte Especial. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ariel, 1962.

MEINI MENDEZ, Iván Fabio. *Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la Empresa por comportamientos omisivos*. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados. Lima: Pontifica Universidad Católica del Perú, 1999.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. 9. ed. Montevidéu, Buenos Aires: B de F, 2004.

NORONHA, E. Magalhaes. *Direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1981. v. 1.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Ingerência indevida:* os crimes comissivos por omissão e o controle pela punição do não fazer. Porto Alegre: Fabris, 2011.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. *Sociedad de riesgos y reforma penal*. Madrid: Poder Judicial, 1996.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Madrid: Civitas, 2014.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Fundamentos y Limites de los Delitos de Omisión Impropia*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General. 4. ed. totalmente reelaborada. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. Prevención de riesgos laborales y Derecho Penal. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, n. 64, 2001.

TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 15. São Paulo: Ed. RT, 1996.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

VON LISZT, Franz. *Tratado de direito penal Alemão*. Campinas: Russell, 2003. t. I.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*: Parte General. Tradução da 11. ed. alemã. Santiago: Jurídica de Chile, 1976.

WESSELS, Johannes. *Direito penal*: parte geral. Porto Alegre: Fabris, 1976.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Algumas notas sobre a omissão punível, de Luiz Régis Prado – *RT* 872/433-455 e *Doutrinas Essenciais de Direito Penal Econômico e da Empresa* 1/195-225 (DTR\2008\760);
- Omissão imprópria do empresário: o problema da delegação dos deveres de garantia nas estruturas empresariais complexas, de Sérgio Bruno Araújo Rebouças – *RBCCrim* 143/45-86 (DTR\2018\12743); e
- Responsabilidade do administrador de empresa por omissão imprópria, de Imme Roxin, Alaor Leite e Adriano Teixeira – *RBCCrim* 112/61-76 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2 (DTR\2015\1989).

Responsabilidade penal de Inteligência Artificial: uma análise sob a ótica do naturalismo biológico de John Searle

The criminal liability of Artificial Intelligence Entities: an analysis from the perspective of John Searle's biological naturalism

Sthéfano Bruno Santos Divino

Doutorando (2020) e Mestre (2019) em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Lavras – Unilavras (2017). Professor Substituto de Direito Privado Patrimonial da Universidade Federal de Lavras. Advogado. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-9037-0405
sthefanoadv@hotmail.com

Recebido em: 12.02.2020
Aprovado em: 11.05.2020
Última versão do autor: 13.05.2020

Áreas do Direito: Penal, Digital

Resumo: Traduz-se o problema de pesquisa do presente artigo no seguinte questionamento: caso uma Inteligência Artificial cometa um ilícito penal, poderá ela ser responsabilizada criminalmente? O primeiro tópico descreve o que é uma Inteligência Artificial (IA). O segundo tópico aborda as modalidades de responsabilidade criminal desses entes. Por fim, o último tópico traz uma descrição teórica sobre a ontologia da mente, adotando a corrente do naturalismo biológico. Diante do cenário em que máquinas não possuem mente ou fenômenos intencionais, propõe-se atribuir responsabilidade ao seu programador, desenvolvedor ou usuário final pelos atos cometidos por esses entes sob sua estrita vigilância. Ancora-se essa construção argumentativa jurídica-filosófica nos métodos dedutivo e de pesquisa integrada.

Palavras-chave: Inteligência Artificial – IA – Responsabilidade criminal – Ontologia da mente.

Abstract: The research problem of this article translates into the following question: if an Artificial Intelligence commits a criminal offense, can it be criminally liable? The first topic describes what is an Artificial Intelligence (AI). The second topic deals with the modalities of criminal responsibility of these entities. Finally, the last topic brings a theoretical description of the ontology of the mind, adopting the current of biological naturalism. Faced with the scenario in which machines do not have intentional minds or phenomena, it is proposed to attribute responsibility to its programmer, developer or end user for the acts committed by these entities under their strict supervision. This argumentative legal-philosophical construction is anchored in the deductive and integrated research methods.

Keywords: Artificial Intelligence – AI – Criminal liability – Mind's ontology.

Divino, Sthéfano Bruno Santos. Responsabilidade penal de Inteligência Artificial: uma análise sob a ótica do naturalismo biológico de John Searle.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 171. ano 28. p. 153-183. São Paulo: Ed. RT, set. 2020.

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é Inteligência Artificial (IA)?. 3. Inteligência Artificial e responsabilidade criminal. 4. Pressupostos ontológicos da mente: a responsabilidade criminal entre o funcionalismo computacional e naturalismo biológico. 5. Conclusões. Referências.

1. Introdução

No início da década de 1950, Isaac Asimov, criador de *Eu, Robô* e expoente da ficção científica ao lado de Philip K Dick, elaborou três leis para nortear a robótica. A primeira consiste na vedação de comportamentos ativos e omissivos para ferir um ser humano ou permitir que esse sofra algum mal. A segunda vincula o robô às ordens emanadas pelas pessoas, exceto nos casos em que essas contrariem a primeira lei. Por fim, a terceira garante a possibilidade de autopreservação da existência artificial, desde que essa proteção e legítima defesa não entrem em conflito com as leis antecedentes.[1]

Asimov pretendia regular a relação máquina-humano com essas três diretrizes. Sob os olhares das complexas e infinitas possibilidades das interações humanas (também com máquinas), as leis de Asimov são problemáticas. 1) O que aconteceria se uma pessoa ordenasse um robô a ferir uma pessoa para o seu bem? 2) Caso o robô esteja no âmbito policial e o superior responsável pela operação determinar a prisão de um sujeito e este resista, como deverá ele proceder sem infringir a primeira lei? 3) O que aconteceria ao robô atuante no âmbito cirúrgico-médico que tem um pedido do paciente para pausar sua operação e, logo em seguida, uma ordem do médico responsável para prosseguir o procedimento, por ser benéfico àquele, com a consequência de *desligá-lo* caso descumpra a ordem? Frisa-se que as leis supracitadas se referiam apenas a robôs. Inspirado nos ensaios de Alan Turing, matemático e um dos fundadores da ciência computacional, também responsável pela pergunta *can machines think?*[2] John McCarthy, em 1956, na conferência de Darthmouth, cunhou a noção e o conceito de Inteligência Artificial (IA).[3]

A realidade e as contradições da lei de Asimov, àquela época, estavam apenas no âmbito literário e fictício. Atualmente, a presença de entes inteligentes artificialmente, materializados ou não em um robô, é fato. A existência de dois métodos cognitivos computacionais possibilitou a criação e o contínuo desenvolvimento

1. ASIMOV, I. *Eu, Robô*. Trad. Luiz Horácio da Silva. São Paulo: Edibolso, 1976. p. 6.
2. TURING, A. M. Computing machinery and intelligence. *Mind*, v. 49, p. 433-460, 1950.
3. MCCARTHY, J. *What is artificial intelligence?* 2007. Disponível em: [www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf]. Acesso em: 26.09.2018.

de uma IA: o *machine learning*[4] e o *deep learning*[5]. Enquanto o primeiro traduz-se na habilidade de acumular experiências próprias de reiteradas tarefas utilizando um algoritmo para extrair aprendizado, descreve-se o segundo como método análogo de simulação do cérebro humano, o qual contextualizará situações fáticas postas e as transcenderá para além de sua programação inicial.

Tanto o *machine* quanto o *deep learning* estão em rápido desenvolvimento e utilização no cenário tecnológico contemporâneo. Um exemplo emblemático de entidade dotada de IA em um corpo robótico é o da Robô Sophia. Em 25 de outubro de 2017, a Inteligência Artificial criada por David Hanson foi o primeiro robô a adquirir cidadania, tornando-se cidadã da Arábia Saudita. [6] Além disso, Sophia também é capaz de simular comportamentos humanos, tais como senso de humor e sentimentos. Sua capacidade discursiva também impressiona. Sophia proferiu um breve discurso na ONU sobre assuntos humanitários, como a falta de acesso à Internet e a falta de energia elétrica em grande parte do mundo.[7]

Em conjunto com Sophia, algumas IA possuem um corpo diferente. É o caso da empresa de tecnologia Uber, que desenvolveu um sistema de IA capaz de conduzir, de forma automática, carros com passageiros.[8] Logo no início, o sistema precisou passar por ajustes. Múltiplas reclamações e relatos de leves colisões e desobediência de sinais de trânsito estavam a prejudicar a credibilidade do sistema da empresa.[9] Recentemente houve um incidente mais grave. Este aconteceu

4. GOLDBERG, D. E.; HOLLAND, J. H. Genetic algorithms and machine learning. *Machine Learning*, v. 3, p. 95-99, 1988.
5. ERKA, Paulius; GRIGIEN, Jurgita; SIRBIKYT, Gintar. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, v. 31, n. 3, p. 376-389, jun. 2015.
6. STONE, Z. Everything you need to know about Sophia, the world's first robot Citizen. *Forbes*, 07 nov. 2017. Disponível em: [www.forbes.com/sites/zarastone/2017/11/07/everything-you-need-to-know-about-sophia-the-worlds-first-robot-citizen/#7b50fe9146fa]. Acesso em: 29.11.2018.
7. UNITED NATIONS. *At UN, robot Sophia joins meeting on artificial intelligence and sustainable development*. United Nations, 11.10.2017. Disponível em: [https://news.un.org/en/story/2017/10/568292-un-robot-sophia-joins-meeting-artificial-intelligence-and-sustainable]. Acesso em: 29.11.2018.
8. JOHNSON, L; FITZSIMMONS, M. Uber self-driving cars: everything you need to know: An uneasy mix of innovation and controversy. *Techradar*, 25 mai. 2018. Disponível em: [www.techradar.com/news/uber-self-driving-cars]. Acesso em: 29.11.2018.
9. LEONG, Lewis. Uber's self-driving cars are running into problems – literally: Multiple reports of collisions and disobeying traffic signs. *Techradar*, 04 out. 2016. Disponível

em Tempe, no Estado do Arizona. Por volta das 22h de um domingo, o carro autômato da Uber atropelou uma pessoa que tentava atravessar a rua fora da faixa de pedestre. Apesar de ela ter sido levada ao hospital, não resistiu aos ferimentos.[10]

Um recente estudo denominado *Moral Machine*[11], feito pelo Massachusetts Institute of Technology (MIT), analisa decisões humanas em situações extremas envolvendo carros autônomos para incrementá-las no *machine learning* e no *deep learning*, para verificar como uma IA agiria diante da mesma situação. Apesar de existir apenas duas possibilidades, ambas com 100% de chance de morte de um número X de pessoas, a maioria das pessoas preferiu: 1) vidas humanas à vida animal; 2) salvar o maior número de vidas; e 3) priorizar pessoas jovens aos idosos.[12]

A presença de um ente dotado de inteligência artificial é crescente. Tal como no acidente envolvendo a empresa Uber, torna-se aparentemente fácil a atribuição de responsabilidade à empresa, por se tratar de relação consumo e risco de desenvolvimento. Contudo, figura-se o caso: robô Sophia comete um ilícito penal tipificado como homicídio, a quem se deve responsabilizar? A IA possui os requisitos *mentais* para agir autonomamente e realizar uma ação ou omissão tipificada? Nesse prisma exsurge o problema de pesquisa do presente artigo: caso uma Inteligência Artificial cometa um ilícito penal, poderá ela ser responsabilizada criminalmente?

Para satisfação do presente problema, o primeiro tópico tem como objetivo descrever o que é uma IA. Abordar-se-ão seus pressupostos e suas características elencadas por juristas e cientistas da computação. O segundo tópico traz os modelos de responsabilidade criminal para os atos cometidos por um ente inteligente artificialmente. Por fim, o último tópico tende a responder ao questionamento:

---

em: [www.techradar.com/news/car-tech/uber-s-self-driving-cars-are-running-into-problems-literally-1329937]. Acesso em: 29.11.2018.

10. HICKS, Michael. Uber suspends public self-driving tests after pedestrian struck and killed. *Techradar*, 19 mar. 2018. Disponível em: [www.techradar.com/news/uber-suspends-public-self-driving-tests-after-pedestrian-struck-and-killed]. Acesso em: 29.11.2018.
11. MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY. *Moral Machine*. Disponível em: [http://moralmachine.mit.edu]. Acesso em: 11.12.2018.
12. LEVENTHAL, J. In a crash, should self-driving cars save passengers or pedestrians? 2 million people weigh in. *PBS: News Hour*, out. 2018. Disponível em: [www.pbs.org/newshour/science/in-a-crash-should-self-driving-cars-save-passengers-or-pedestrians-2-million-people-weigh-in]. Acesso em: 11.12.2018.

pode uma IA, tal como foi definida, pensar? Contextualiza-se as diretrizes até então abordadas com a noção de responsabilidade criminal, para inferir que um ente inteligente artificialmente não possui os elementos necessários para o cometimento de um crime. Aos atos ilícitos cometidos por uma IA atribui responsabilidade ao seu programador, desenvolvedor ou todos aqueles envolvidos em sua criação e no seu uso final, verificando-se, contudo, o devido processo legal para tanto. Ancora-se essa construção argumentativa jurídica-filosófica nos métodos dedutivo e de pesquisa integrada.

2. O que é Inteligência Artificial (IA)?

O conceito de inteligência artificial nasce com o cientista e matemático John McCarthy, em 1956, na *Darthmouth College Artificial Intelligence Conference: the next fifty years*.[13] McCarthy postulou que uma IA pode ser definida como a ciência e a engenharia de fazer máquinas inteligentes, derivadas especialmente de programas computacionais inteligentes, relacionando-se à tarefa semelhante de usar computadores para compreender a inteligência humana, exceto que uma IA não se limita a métodos biologicamente observáveis.[14]

O conceito de *inteligência* em McCarthy é vinculado à noção tecnológica, descrevendo-a como "a parte computacional da capacidade de atingir objetivos no mundo. Diferentes tipos e graus de inteligência ocorrem em pessoas, muitos animais e algumas máquinas".[15] Apesar de McCarthy ser um cientista exato, com influências de Turing, o autor reconhece que ontologia da mente, em especial a noção de inteligência, apesar de atribuí-las a máquinas, ele as vincula de forma intrínseca

13. MOOR, James. The Darthmouth College Artificial Intelligence Conference: the next fifty years. *AI Magazine*, v. 27, n. 4, p. 87-91, 2006. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/d486/9863b5da0fa4ff5707fa972c6e1dc92474f6.pdf>. Acesso em: 05.12.2018.

14. Tradução livre: "É a ciência e engenharia de fazer máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes. Está relacionado com a tarefa semelhante de usar computadores para entender a inteligência humana, mas a IA não precisa limitar-se a métodos que são biologicamente observáveis". (MCCARTHY, j. *What is artificial intelligence?* 2007. Disponível em: [www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf]. Acesso em: 26.09.2018).

15. "Intelligence is the computational part of the ability to achieve goals in the world. Varying kinds and degrees of intelligence occur in people, many animals and some machines". (MCCARTHY, j. *What is artificial intelligence?* 2007. Disponível em: [www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf]. Acesso em: 26.09.2018).

com a noção de *inteligência humana*, tornando-se difícil a elaboração e a aceitação científica de um conceito independente e aquém dessa relação ontológica.

O alcance epistemológico do termo *inteligente* de McCarthy esconde uma amplitude descontrolada. Infere o autor que qualquer *coisa poderia* ter inteligência. Máquinas tão simples como termostatos têm crenças. John Searle o questionou: "que crenças tem o seu termostato?" McCarthy respondeu-lhe: o termostato tem três crenças – está demasiado quente aqui, está demasiado frio aqui e está bem aqui.[16]

Atribuir inteligência a um termostato não parece ser algo verdadeiro. É, no mínimo, confuso. McCarthy parece ter se inspirado no funcionalismo computacional de Turing. Neste, "os estados mentais são de fato estados funcionais, mas não de qualquer tipo. São, isso sim, estados lógicos de um computador e por isso são estados intrínsecos, pelo menos no nível da descrição do programa do computador".[17] A idealização de Turing foi e ainda é essencial para o desenvolvimento da ciência computacional cognitiva e serve de modelo de inspiração àqueles envolvidos na programação e no desenvolvimento de entes inteligentes artificialmente. Apesar de o próximo tópico ser destinado à abordagem da proposta de Turing, em síntese, para este autor, a mente é como um *software* processado em um *hardware* representado pelo cérebro.

Como extensivos desse pensamento surgem duas propostas filosóficas para explicar a ontologia de uma IA. A primeira é denominada IA fraca, *cautelosa*, ou *Weak AI*, postulando que uma máquina consegue apenas *simular* os fenômenos intencionais e o poder causal cerebral humano. A segunda é a IA forte, ou *Strong AI*, propondo que um ente artificialmente inteligente pode *reproduzir* estados e fenômenos mentais de forma idêntica às operações humanas. Mas, no que consiste a distinção entre *simulação* e *reprodução*? A *simulação* é algo não natural, refere-se literalmente ao *artificial*. A *reprodução,* por sua vez, é a possibilidade de *reproduzir* conteúdos mentais ontologicamente idênticos aos conteúdos cerebrais, dos seres dotados de cérebro. No primeiro caso, o computador atua como instrumento intermediador apto a realizar funções mentais. *Na reprodução o computador é a própria mente*.[18]

16. SEARLE, John R. *Mente, cérebro e ciência.* Trad. Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2017. p. 34.

17. SEARLE, John. *Consciência e linguagem*. Trad. Plinio Junqueira Smith. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 347.

18. Original: "I find it useful to distinguish what I will call "strong" AI from "weak" or "cautious" AI (Artificial Intelligence). According to weak AI, the principal value of the computer in the study of the mind is that it gives us a very powerful tool. For example, it

O conceito de *inteligência* de McCarthy parece não se inserir nem na noção fraca nem na noção forte de IA. Nas duas propostas filosóficas existe a necessidade de uma comparação e um sinal de equivalência dos fenômenos mentais cerebrais *humanos* àqueles processados por máquinas. Qual(is) processo(s) mental(is), *reproduzido(s)* ou *simulado(s)*, têm termostatos? Aparentemente, nenhum. Porém, entre os dois pressupostos filosóficos de IA, a *Weak AI* parece ser verificável e mais inteligível ao pressuposto *Strong AI*. Aqui adota-se o primeiro. Esclarece-se essa opção no próximo tópico, quando da abordagem ontológica da mente e se computadores, tal como foram definidos, podem pensar.

Inspirados no desenvolvimento dos entes inteligentes artificialmente e obstinados a compará-los a nós, autores postulam atributos para caracterizar e identificar uma IA. Hallevy, Yanisky-Ravid e Velez-Hernandez são exemplos que adotam a proposta filosófica *Strong AI*. Hallevy elenca cinco características de uma IA: 1) capacidade comunicativa; 2) conhecimento interno (de si mesma); 3) conhecimento externo (acerca do mundo); 4) comportamento determinado por objetivos (*goal driven behavior*); e 5) criatividade.[19] Shlomit Yanisky-Ravid e Luis Velez-Hernandez não se limitam a apenas cinco, mas descrevem

enables us to formulate and test hypotheses in a more rigorous and precise fashion. But according to strong AI, the computer is not merely a tool in the study of the mind; rather, the appropriately programmed computer really is a mind, in the sense that computers given the right programs can be literally said to understand and have other cognitive states. In strong AI, because the programmed computer has cognitive states, the programs are not mere tools that enable us to test psychological explanations; rather, the programs are themselves the explanation" (SEARLE, J. Minds, brains, and programs. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 3, n. 3, p. 417-424, 1980).

19. Original: "There are five attributes that one would expect an intelligent entity to have. The first is communication. One can communicate with an intelligent entity. The easier it is to communicate with an entity, the more intelligent the entity seems. One can communicate with a dog, but not about Einstein's theory of relativity. One can communicate with a little child about Einstein's theory, but it requires a discussion in terms that a child can comprehend. The second is internal knowledge. An intelligent entity is expected to have some knowledge about itself. The third is external knowledge. An intelligent entity is expected to know about the outside world, to learn about it, and utilize that information. The fourth is goal-driven behavior.14 An intelligent entity is expected to take action in order to achieve its goals. The fifth is creativity. An intelligent entity is expected to have some degree of creativity" (HALLEVY, G. The criminal liability of artificial intelligence entities – from science fiction to legal social control. *Akron Intellectual Property Journal*, v. 4, n. 2, p. 171-201, 2010. Disponível em: [https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=akronintellectualproperty]. Acesso em: 13.05.2020. p. 6).

dez elementos identificadores e caracterizadores de uma IA: 1) inovação; 2) autonomia[20]; 3) imprevisão; 4) independência; 5) racionalidade; 6) crescente capacidade de aprendizado; 7) eficiência; 8) precisão; 9) cumprimento dos objetivos; e 10) capacidade de livre arbítrio para escolhas.[21]

Independentemente da quantidade de características inseridas para identificar uma IA, que certamente variará de autor para autor, nenhum desses quinze itens citados parece levar em consideração a própria ontologia da IA. Um triângulo é um triângulo por ter três lados. Mas nem toda coisa que tem três lados é um triângulo. Essas características são consequências e reflexos da programação de um ente inteligente artificialmente. Sua ontologia, para nós, é a de um programa de computador. Uma Inteligência Artificial nada mais é que um complexo programa de computador. As supostas *habilidades* inferidas pelo *deep learning* ou pelo *machine learning* não alteram sua natureza. Uma IA pode *simular* uma fotossíntese, mas ela não será uma *planta*. Uma IA pode simular uma *digestão*, mas não será um *estômago*. Uma IA pode simular fenômenos mentais, mas não será, literalmente, *inteligente*. Porque enquanto simulação, ela não *reproduz*. Da mesma forma que uma *pessoa* incapaz continua sendo *pessoa,* mesmo sem sua capacidade de exercício de direitos, uma IA será um programa de computador, ainda que possua habilidades sobre-humanas.

Por fim, cabe diferenciar *IA* de *Robô*. Calo, Froomkin e Kerr postulam que robôs são compostos por

> "(1) algum tipo de sensor ou mecanismo de entrada, sem o qual não pode haver estímulo para reagir; (2) algum algoritmo de controle ou outro sistema que governará as respostas aos dados detectados, e (3) alguma habilidade de

20. "It means that, within certain limits, machines ought to be able to take "decisions" autonomously and independent of external (e.g., remote) control on how to proceed with a given task should new conditions arise unexpectedly" (NEELIE KROES. Robots and other cognitive systems: challenges and European responses. *Philosophy & Technology*, v. 24, 2011. p. 357. Disponível em: [https://doi.org/10.1007/s13347-011-0037-4]).

21. Original: "The AI systems of today can best be described as sharing a number of tem characteristics: they are (1) innovative, (2) autonomous, (3) unpredictable, (4) independent, (5) rationalintelligent, (6) evolving and capable of learning, (7) efficient, (8) accurate, (9) goal oriented, and (10) capable of processing free choice—all features that make these systems inherently intelligent (in this paper: the ten features)" (YANISKY-RAVID, S.; VELEZ-HERNANDEZ, L. A. Copyrightability of artworks produced by creative robots and originality: the formality-objective model. *Minnesota Jounal of Law, Science and Technology*, v. 19, n. 1, 2018. p. 7).

> responder de uma maneira que afete ou, pelo menos, seja perceptível pelo mundo fora do próprio robô."[22]

Richards e Smart elaboram sua definição de robô com substratos em um agente não biológico, tratando-o como agente autônomo oriundo de um sistema construído capaz de apresentar atividade física e mental, mas que não esteja vivo, no sentido estritamente biológico.[23]

O robô funciona como intermediário, ou melhor, como receptáculo entre a IA e o mundo. A robô Sophia, além de ser um ente dotado de IA, possui um receptáculo intermediário entre sua relação computacional e o mundo. Em síntese, o robô é o *corpo mecânico* físico. Toda IA pode vir a ser um robô, mas nem todo robô pode vir a ser uma IA. Existem programas de IA que são executados apenas em ambientes computacionais fechados, por meio de um *software* e de um *hardware* em determinado computador. Lado outro, não é possível atribuir IA apenas pelo fato de X ser robô, pois a pressuposta *inteligência* dependerá da programação de um complexo algoritmo para construí-la, bem como da interação entre *software* e *hardware* para executá-la em conjunto com a estrutura robótica.

A discussão, porém, transcende o aspecto doutrinário e acadêmico e adentra o campo legislativo. A Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))[24], em seu parágrafo primeiro, prefere não diferenciar *robô* de *IA*, tratando-os apenas como *robôs*. A legislação europeia também caracteriza esses entes como sendo eles dotados de: 1) aquisição de autonomia utilizando-se de sensores e/ou da troca de dados com o seu ambiente (interconetividade) e da troca e análise desses dados; 2) capacidade de autoaprendizagem com a experiência e com a interação – resultante dos métodos *machine* e *deep learning*; 3) um suporte físico mínimo – receptáculo para interagir com o mundo; 4) adaptação do seu comportamento e das suas ações ao ambiente – também resultado do *deep learning*; 5) e inexistência de vida no sentido biológico do termo.[25]

---

22. CALO, R.; FOOMKIN, A. M; KERR, I. *Robot law*. United Kingdom: Edward Elgar Pub, 2016. p. 1.
23. RICHARDS, N.; SMART, W. How should the law think about robots? In: CALO, R.; FOOMKIN, A. M; KERR, I. *Robot law*. United Kingdom: Edward Elgar Pub, 2016. p. 11.
24. UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P-8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT]. Acesso em: 26.09.2018.
25. UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017.

Para os fins desse programa, não há necessidade de diferenciação entre IA e Robô. Até porque, se assim o fizesse, abriria margens para outras discussões desnecessárias. Tanto o robô, com ou sem IA, quanto uma IA com ou sem um corpo robótico, serão considerados ferramentas para o cometimento de delitos. Portanto, cumprida a conceituação e descrição da ontologia de uma IA, parte-se para a análise dos modelos de sua responsabilidade criminal.

3. Inteligência Artificial e responsabilidade criminal

A presença de entes dotados de IA no cotidiano é algo que está por vir. A robô Sophia é apenas um caso dos diversos que estão sendo desenvolvidos para serem inseridos nas relações sociais. Como devemos proceder caso algum desses entes cometa um ilícito civil ou penal?[26] Qual lei aplicar em caso de um homicídio realizado por uma IA autônoma? É possível responsabilizá-los?

Gabriel Hallevy propõe três modelos de responsabilidade criminal aos entes dotados de IA: 1) *the perpetration-by-another liability model;* 2) *the natural-probable-consequence liability model;* 3) *and the direct liability model*.[27] Esses modelos podem ser aplicados individualmente, mas em determinadas situações requerem uma combinação coordenada entre si para efetivar a responsabilidade criminal.

Antes de abordar cada modelo com suas peculiaridades, o autor traça parâmetros gerais para impor responsabilidade criminal a alguém. Para isso, dois elementos devem existir. O primeiro é o elemento externo ou de fato, expresso na conduta criminal (*actus reus*). O segundo é o elemento interno ou mental, designado pelo conhecimento ou intenção *vis-à-vis* (em face) criminal (*mens rea*). Se um desses elementos estiver ausente, torna-se impossível a aplicação da responsabilidade criminal.[28]

O primeiro, o *actus reus*, designa ações ou omissões. A participação de outros elementos externos pode ocorrer, como no caso da obtenção de resultados

Disponível em: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT]. Acesso em: 26.09.2018.

26. MIT TECHNOLOGY REVIEW. *When an AI finally kills someone, who will be responsible?* Disponível em: [www.technologyreview.com/s/610459/when-an-ai-finally-kills-someone-who-will-be-responsible]. Acesso em: 16.12.2018.

27. HALLEVY, G. The criminal liability of artificial intelligence entities – from science fiction to legal social control. *Akron Intellectual Property Journal*, v. 4, n. 2, p. 171-201, 2010. Disponível em: [https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=akronintellectualproperty]. Acesso em: 13.05.2020. p. 4.

28. Ibidem, p. 8.

específicos para determinada conduta. O *mens rea* tem vários níveis de elementos mentais. O mais avançado é o *conhecimento,* que pode vir acompanhado por uma intenção prévia ou por uma intenção específica. Nos níveis mais baixos têm-se o que entendemos como *culpa stricto sensu*, englobando principalmente a negligência, a imprudência e a imperícia. Esses são os únicos critérios-base utilizados para atribuir responsabilidade penal a um ser humano. Uma entidade, como o ser humano, pode possuir outras capacidades, mas basta a presença do *actus reus* e do *mens rea* para responsabilizá-la criminalmente.[29] E exemplifica o autor que uma aranha pode ser capaz de agir, mas é incapaz de formular ou designar a exigência requerida pelo *mens rea*. Ante a ausência deste, a picada da aranha não pode ser criminalmente responsabilizada. No mesmo sentido, um papagaio é capaz de repetir palavras que ouve ou que lhe foram ensinadas, mas é incapaz de configurar o elemento interno do *mens rea* para o cometimento de delitos.[30]

Algumas observações devem ser tecidas quanto à classificação anteriormente elencada e adotada por Hallevy. Primeiramente, o conceito de negligência (*negligence*) e imprudência (*recklessness*) utilizado pelo sistema *common law* pode ser classificado como o que entendemos no direito brasileiro por *culpa* (*lato sensu*). Porém, em alguns casos a *recklessness* admite a modalidade de dolo eventual. Contudo, como o *actus reus* objetiva resultados específicos para determinada conduta, não se vê possibilidade de adequação e inserção da culpabilidade (elemento subjetivo da teoria tripartida do crime) em razão de ser a materialização da conduta física daquilo descrito pelo tipo penal. O que se poderia enquadrar, nesse caso, seria a correspondência fática entre o fato típico e ilícito dentro da categoria *actus reus*, vez que neste âmbito de análise dispensa-se os desígnios mentais e verificam-se apenas a capacidade de agir, ou seja, atuar conforme prescrição penal tipificada.

A segunda observação refere-se ao elemento interno ou mental (*mens rea*), cuja classificação não se enquadra como um perfeito análogo da tipicidade subjetiva do modelo criminal brasileiro. Enquanto no sistema penalista brasileiro o elemento subjetivo especial do tipo é dispensado em virtude de essa categoria exigir e integrar tipos objetivos condicionais ou fundamentados na ilicitude do fato, ainda que autonomamente e aquém da classificação de *dolo*, a *mens rea* é considerada como elemento basilar da tipificação no *common law*, requerendo, portanto, um mínimo de psiquismo do autor para a configuração típica. [31] Assim,

29. Ibidem, p. 9.

30. Ibidem, p. 10.

31. Para mais, ver em: VILCHES, Nicolás A. Oxman. *El elemento volitivo del dolo*: una investigación de derecho penal comparado y filosofía del linguaje. Tese (Doutorado) – Faculdade de

deve-se verificar como os modelos propostos por Hallevy utilizam esses elementos de tipificação.

Com relação ao *the perpetration-by-another liability model*, uma IA não possui atributos humanos. Tal ente é considerado *inocente* e, em suas diretrizes, uma máquina é uma máquina, e nunca será um humano. Porém, para Hallevy, não se pode ignorar as capacidades de uma IA. Nesse modelo, conforme o autor, essas capacidades, contudo, não geram indícios de *actus reus* e *mens rea*. Uma IA não pode, portanto, nesse modelo, ser autora de uma ofensa.

A essência do *the perpetration-by-another liability model* é a utilização de um intermediário para cometimento de um crime. Atribui-se responsabilidade de um ente X, que não possui *actus reus*, e *mens rea* a um responsável, tutor, curador ou representante legal, pelas condutas ilícitas advindas daquele ente. No caso de uma IA, quem é o *perpetrator-via-another* (o verdadeiro agente criminoso)? Podem ser dois: o primeiro é o programador responsável pelo desenvolvimento do *software*; o segundo é o usuário que controlará a IA. No primeiro caso, pode-se desenvolver um algoritmo para *programar* uma IA a cometer um crime. No segundo caso, o usuário pode determinar que um ente artificialmente inteligente cometa um delito penal. Em ambos os casos, atribui-se responsabilidade àquele que deu a ordem ou àquele que programou a IA, pois tal ente atua como instrumento apto ao cometimento de tais delitos.[32] Para o *the perpetration-by-another liability model* uma IA não possui capacidade mental ou qualquer outra capacidade humana. Aqui, não há diferenciação entre esses entes e um animal ou um pé-de-cabra. Quando um agente utiliza esse instrumento o faz como *meio* para cometimento de delitos. Assim também é a IA nessa linha teórica.

ČERKA et al. contesta esse cenário quando trazido para a lógica consumerista. Responsabilizar o programador ou o usuário final pelos atos autônomos cometidos por uma IA equivaleria a atribuir responsabilidade pelo fato do produto

---

Direito da Universidade de Valência, Valência, 2016. Disponível em: [http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/53770/oxman_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 13.05.2020; e OXMAN, Nicolás. El dolo como adscripción de conocimiento. *Polít. crim.*, Santiago, v. 14, n. 28, p. 441-467, dez. 2019. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992019000200441&lng=es&nrm=iso]. Acesso em: 13.05.2020.

32. HALLEVY, G. The criminal liability of artificial intelligence entities – from science fiction to legal social control. Akron Intellectual Property Journal, v. 4, n. 2, p. 171-201, 2010. Disponível em: [https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=akronintellectualproperty]..

de uma IA ao seu agente programador/desenvolvedor. Fato esse não aceito pelos autores. Segundo eles, se a IA estiver programada para ser executa em um avançado sistema cognitivo computacional como o *machine learning* ou o *deep learning*, torna-se inverificável e quase impossível provar *se* e *onde* houve erro *humano* em seu desenvolvimento/programação. Por isso, eles propõem a teoria do *deep pocket* como saída desse labirinto. Nos termos dessa teoria, caso uma pessoa se envolva em atividades perigosas que sejam lucrativas e úteis à sociedade, deve-se compensar os danos causados a ela de forma equivalente ao lucro obtido. Pressupõe-se responsabilidade pelos danos advindos das condutas de todos aqueles envolvidos na atividade de criação, programação, distribuição, execução ou qualquer contato com a IA, que fornecerão o serviço para a sociedade. Portanto, garante-se as atividades perigosas através da exigência de um seguro obrigatório na modalidade de *responsabilidade civil*.[33]

Com relação ao *the natural-probable-consequence liability model*, há uma distinção entre as ações para as quais uma IA inicialmente foi programada para fazer e, posteriormente, fez algo diverso e tipificado como ilícito, e as ações dos programadores que a desenvolveram para atividade X e, sem o seu conhecimento, a IA praticou Y. Aqui pode ser enquadrado o caso do acidente envolvendo os veículos autônomos da empresa Uber[34]. Inicialmente a multinacional desenvolveu

33. "Also in some cases it would be difficult to apply the product liability case, because AI is a self-learning system that learns from its experience and can take autonomous decisions. Thus, for the plaintiff it would be difficult to prove an AI product defect and especially that the defect existed when AI left its manufacturer's or developer's hands. It is hard to believe that it is possible to draw the line between damages resulting from the AI will, i.e. derived from self-decision, and damages resulting from product defect; unless we would equate the independent decision-making (which is a distinctive AI feature) with a defect. [...] [...] Liability without fault is based on the theory of risk. The theory is based on the fact that a person carries out activities that he or she cannot fully control; therefore, a requirement to comply with the safety regulations would not be reasonable, because even if the person acted safely, the actual risk of damage would still remain. In this case, it would be useful to employ the "deep pocket" theory which is common in the US. The "deep pocket" theory is that a person engaged in dangerous activities that are profitable and useful to society should compensate for damage caused to the society from the profit gained. Whether the producer or programmer, the person with a 'deep pocket' must guarantee his hazardous activities through the requirement of a compulsory insurance of his civil liability" (ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, v. 31, n. 3, p. 376-389, jun. 2015).

34. KINGSTON, John. Artificial Intelligence and legal liability. Conference: International Conference on Innovative Techniques and Applications of Artificial Intelligence. *Cornell*

um sistema para funcionar exclusivamente como transporte de passageiros no interior de seus veículos autônomos. Contudo, infelizmente, houve um acidente que levou uma pessoa ao óbito. Não foi a intenção da empresa *matar* alguém; a IA não *pretendeu* fazer isso. Nesse caso e nesse modelo não há *actus reus* e *mens rea* suficientes para caracterizar o ilícito penal. De acordo com esse modelo, uma pessoa pode ser responsabilizada criminalmente se o ilícito cometido é uma consequência natural e provável da conduta inicialmente praticada (*the natural-probable-consequence liability*).[35] A aplicação desse modelo assemelha-se à responsabilidade atribuída à coautoria de ilícitos penais, ainda que a participação tenha se dado de forma indireta, ou daquele que induziu ou instigou alguém a suicidar-se ou prestar auxílio para que o faça.

De certa forma, a *the natural-probable-consequence liability* parece ser aplicável nas situações em que uma IA cometeu um delito penal sem o conhecimento e participação de seu programador/usuário. Nesse modelo, exige-se que essas pessoas estejam atuando em um estado mental de negligência. É prescindível a participação ou o conhecimento dos responsáveis sobre qualquer comissão futura de um delito como resultado de sua atividade, mas são obrigados a saber que esse delito é uma consequência natural e provável se suas ações.[36]

Apesar de Hallevy inserir apenas a negligência no contexto do *the natural-probable-consequence liability,* a adoção da noção inteira de *culpa stricto sensu* é mais adequada. Por que não responsabilizar o programador ou o usuário de uma IA que atuou com imprudência ou imperícia e cometeu um ilícito penal? E isso se aplica tanto nos casos de ação quanto omissão de ambos os agentes envolvidos naquela situação jurídica. Portanto, programadores e desenvolvedores devem ter uma noção probabilística dos riscos que uma IA tem para o cometimento de crimes, podendo ser responsabilizados com base na culpa *stricto sensu* ainda que tal ente não fora programado para tanto.

Porém, o *natural-probable-consequence liability* apresenta uma particularidade em relação ao modelo anterior. Existem dois cenários. O primeiro se dá quando uma IA age de forma exclusivamente *inocente*, sem o conhecimento de que sua

University Library, fev. 2018. Disponível em: [https://arxiv.org/abs/1802.07782]. Acesso em: 16.12.2018.

35. HALLEVY, G. The criminal liability of artificial intelligence entities – from science fiction to legal social control. *Akron Intellectual Property Journal*, v. 4, n. 2, p. 171-201, 2010. Disponível em: [https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=akronintellectualproperty]. Acesso em: 13.05.2020. p. 15-17.

36. Ibidem, p. 17.

conduta é criminalmente punível. Sob tais circunstâncias a responsabilidade das ações desse ente é idêntica ao *the perpetration-by-another liability model*. Contudo, o segundo cenário acontece quando uma IA não age de forma *inocente*. Aqui, além da responsabilidade do programador/desenvolvedor subsidiada no *the natural-probable-consequence liability*, a IA também deve ser responsabilizada criminalmente pelas suas atitudes.[37]

Por fim, o terceiro e último modelo, o *The Direct Liability Model*, assume que uma IA é totalmente independente do seu programador ou do usuário final que a utiliza; ele foca no próprio ente inteligente artificialmente. Como a exigência para caracterizar um ilícito penal é apenas a detecção do *actus reus* e do *mens rea*, não importando outros elementos internos e externos, para Hallevy nada impede que esses elementos possam ser preenchidos por uma IA.

Segundo Hallevy, um algoritmo de IA pode possuir muitos recursos e qualificações muito superiores aos de um ser humano comum, mas tais características ou qualificações são indispensáveis para impor responsabilidade criminal. Quando uma pessoa física ou uma pessoa jurídica preenche os requisitos do elemento externo e do elemento interno, há a configuração da responsabilidade penal. Se uma entidade inteligente artificialmente for capaz de preencher e satisfazer esses requisitos, que para o autor ela realmente os cumpre, não há nada que impeça que a responsabilidade criminal seja imposta a esse ente.[38]

Com relação ao elemento *actus reus*, caso a robô Sophia cometa um homicídio é fácil a visualização do fato descrito no tipo penal. O desafio maior se dá na visualização do elemento interno, do *mens rea*. Conforme Hallevy, a atribuição do elemento mental difere de uma tecnologia de IA para outra. Em sua grande parte, as capacidades cognitivas da IA são irrelevantes para elaborar critérios à imposição de responsabilidade criminal a uma IA. Os únicos requisitos mentais, para o autor, são o conhecimento, a intenção, a negligência etc., conforme anteriormente abordado.[39]

Hallevy adota o conceito de conhecimento como a recepção e a compreensão sensorial de dados factuais.[40] Com a tecnologia do *machine learning* e do *deep learning*, a IA, segundo o autor, está muito bem equipada para essa recepção.

37. Ibidem, p. 20-21.
38. Ibidem. p. 22.
39. Ibidem, p. 23.
40. "Knowledge is defined as sensory reception of factual data and the understanding of that data" (Ibidem, p. 23).

Desde receptores sensoriais de visão, simuladores de vozes, contato físico, tatos etc., estão presentes nos entes inteligentes artificialmente, inclusive na robô Sophia. É através desses receptores que serão transmitidos dados para as unidades centrais de processamento que analisarão os dados através de processos. Para o autor, esses processos não são tão diferentes. Nos seres humanos ele se dá por meio dos cinco sentidos. Já no cenário cognitivo de uma IA são algoritmos avançados executados por um *software* em um *hardware* que tendem a simular os processos cerebrais humanos.[41]

Hallevy postula que determinados processos cerebrais não podem ser simulados por uma IA, tais como amor, carinho, ódio, inveja etc. Para o autor, isso se dá em virtude da limitação tecnológica. Contudo, tais sentimentos são dispensáveis para caracterização do *mens rea*. Pressupõe-se que basta o conhecimento de uma IA sobre um determinado crime, para que ela seja responsabilizada por suas atitudes. Essa constatação, contudo, não exclui a aplicação dos primeiros modelos. Tanto o programador quanto o usuário final deverão ser responsabilizados pelos atos cometidos por um ente artificialmente inteligente que encontre sob sua guarda, tutela ou curatela. Os modelos são correlacionais entre si.

De acordo com Hallevy, quando uma entidade de IA estabelece todos os elementos de uma infração específica, tanto externa quanto interna, inexistem justificativas para impedir a imposição de responsabilidade criminal a ela pelo cometimento do delito. A responsabilidade criminal de uma entidade de IA não substitui a responsabilidade criminal dos programadores ou dos usuários, se a responsabilidade criminal for imposta aos programadores e/ou usuários por qualquer outra forma legal, tal como a responsabilidade civil. A responsabilidade criminal não deve ser dividida, mas adicionada. Dessa forma, a responsabilidade criminal da entidade AI pode ser imposta ao ente além e em conjunto com a responsabilidade criminal do programador ou usuário humano.[42]

Frisa-se o termo *correlacionais*. Hallevy afirma que se pode aplicar o *The Direct Liability Model* sem que seja constatado *culpa stricto sensu*, *actus reus* e *mens rea* dos programadores ou do usuário final. Nesse caso, apenas a IA responderia criminalmente pelos atos ilícitos cometidos pelas suas condutas autônomas. Como elas supostamente adquirem conhecimento através de métodos cognitivos computacionais (*machine e deep learning*), os fatos transformados em dados objetivos e experiências são capazes de preencher o *mens rea*. Para o autor, isso

41. Ibidem, p. 24.

42. Ibidem, p. 29.

autorizaria, inclusive, uma IA defender sua existência perante as excludentes de ilicitude, como legítima defesa.[43]

Essa idealização possui seguidores. Eduardovich[44], por exemplo, verifica que a condição de autonomia de uma IA, possivelmente dotada de capacidades mentais quase (sobre)humanas, autorizaria o legislador ucraniano a inserir um capítulo próprio destinado à tutela tipificada de atos cometidos por essas entidades. Freitas, Andrade e Novais advogam uma flexibilização na estrutura dogmática da legislação penal, tal como atribuída à pessoa jurídica, para que certas premissas sejam destinadas à justificação da punição de entidades inteligentes autônomas.[45] Conforme esses autores, a questão não é mais "podemos fazer isso?" mas "deveríamos?", "por que?" e "como?". Mas essa posição está longe de ser dominante e incontestada. Abbot e Sarch[46] prescrevem ser inviável a criminalização das condutas dos entes inteligentes artificialmente em virtude da ausência de substrato científico para comprovar seus benefícios e malefícios, sendo a extensão da responsabilidade civil uma opção mais viável nesse momento. Essa

43. "Not only positive factual and mental elements might be attributed to AI entities. All relevant negative fault elements are attributable to AI entities. Most of these elements are expressed by the general defenses in criminal law; e.g., selfdefense, necessity, duress, intoxication, etc. For some of these defenses (justifications), there is no material difference between humans and AI entities, since they relate to a specific situation (in rem), regardless of the identity of the offender. For example, an AI entity serving under the local police force is given an order to arrest a person illegally. If the order is not manifestly illegal, the executer of the order is not criminally liable. In that case, there is no difference whether the executer is human or an AI entity" (Ibidem, p. 30).

44. EDUARDOVICH, R. Ol. Criminal liability of the artificial intelligence. *Problems of Legality*, n. 138, p. 132-141, set. 2017. Disponível em: [http://plaw.nlu.edu.ua/article/view/105661]. Acesso em: 13.05.2020: "The prospect of the AI being subjected to measures of criminal law and the emergence of a new section in the Criminal Code of Ukraine under a title XIV-2 "Criminal law measures in respect to electronic entities" are quite real".

45. FREITAS, P. M.; ANDRADE, F.; NOVAIS, p. *Criminal liability of autonomous agents*: from the unthinkable to the plausible. Disponível em: [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/34168/1/2014%20-%20LNCS%20Springer%20ACOIL%20FAN.pdf]. Acesso em: 13.05.2020.

46. ABBOTT, Ryan Benjamin; SARCH, Alex F. Punishing Artificial Intelligence: Legal Fiction or Science Fiction (February 1, 2019). *UC Davis Law Review*, v. 53, p. 323-384, 2019. Disponível em: [https://ssrn.com/abstract=3327485] ou [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3327485].

posição é referendada por Hughes e Williamson[47], Claussén-Karlsson[48] e Gless, Silverman e Weigend.[49]

A abordagem dos defensores da responsabilidade criminal de IA é prodiga de promessas. Aparentemente brilhante. Tenta unir a ficção científica a nossa realidade. Porém, o autor não apresenta o mínimo de rigor filosófico em sua dissertação. Aborda a mente como se fosse equivalente ao conhecimento. Trata os fenômenos intencionais como algo exclusivamente verificável no objetivo, atribuindo-os a uma máquina. Contudo, o autor não consegue responder às perguntas: o que *causa* uma mente? Como uma máquina, tal como foi definida, pode pensar? É correto atribuir *Inteligência* a um ser inanimado? Mas não é por menos. Essas construções surgem de um embate filosófico entre duas correntes que se propõem explicar a ontologia da mente: o funcionalismo e o naturalismo biológico. Serão elas abordadas nesse momento, seguindo com nossa conclusão sobre qual dos três modelos de responsabilidade criminal é o mais adequado à verdade e à realidade em que estamos.

4. Pressupostos ontológicos da mente: a responsabilidade criminal entre o funcionalismo computacional e naturalismo biológico

Lado aos avanços científicos trazidos pela física e pela astronomia, René Descartes, na seara cética[50] filosófica, inicia o debate sobre a natureza da mente, no

47. HUGHES, Bem; WILLIAMSON, Russell. When AI systems cause harm: the application of civil and criminal liability. *DigitalBusiness.Law*. 2018. Disponível em: [https://digitalbusiness.law/2019/11/when-ai-systems-cause-harm-the-application-of-civil-and-criminal-liability/#page=1]. Acesso em: 13.05.2020.

48. "The liability problem could supposedly be solved partially; either by introducing a civil law supervisory duty for the owner of the AI or by granting legal personhood for AI's and thus create AI criminal liability. None of these solutions are sufficiently correcting the liability problem, though. But, a supervisory duty for the owner would be the most suitable solution of these two. It has the possibility to qualify the defendant's behaviour as wrong when he or she breaches the civil law duty and the AI as a consequence causes (foreseeable) harm" (CLAUSSÉN-KARLSSON, M. *Artificial Intelligence and the external element of the crime: an analysis of the liability problem*. Disponível em: [www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1115160/FULLTEXT01.pdf]. Acesso em: 13.05.2020).

49. GLESS, S.; SILVERMAN, E.; WEIGEIND, T. If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability. *New Criminal Law Review*. Disponível em: [http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/AI/Gless.pdf]. Acesso em: 13.05.2020.

50. "[...] o ceticismo filosófico, no qual o ponto de vista objetivo corrói a si próprio com os mesmos procedimentos que usa para questionar a perspectiva pré-reflexiva da vida

início do século XVII.[51] A filosofia cartesiana propôs a noção dual-substancial para explicar a mente. Nesse eixo, a mente e o corpo são substâncias distintas em sua ontologia. Substância, para Descartes, é algo material ou imaterial capaz de existir de tal maneira que só tem necessidade de si própria para existir. Na relação mente-corpo cartesiana, cada substância conteria certos atributos: o da alma é o pensamento, e o do corpo é a extensão.[52] Espíritos vitais residentes na glândula pineal localizada no cérebro pressupõem a existência da mente. É aqui que, para Descartes, há a conexão e a interação entre alma (mente) e corpo. A glândula atua como uma ponte interligando o indivíduo e Deus.[53]

A filosofia cartesiana evidencia pelo menos alguns equívocos filosóficos. Em primeiro lugar, ela decai no subjetivismo com o pressuposto de que a matéria é algo que só pode ser inteligível por uma inferência dada a partir do que se sabe sobre a mente (espírito).[54] Em segundo lugar, até o estado científico atual, não há comprovações sobre a glândula pineal ser a essência da mente. Em terceiro lugar, como corpo e mente são substâncias ontologicamente distintas, eles poderiam existir de forma independente entre si, possibilitando a criação metafísica de corpos sem almas e de almas sem corpos.[55] Por fim, Descartes não

---

cotidiana quanto à percepção, ao desejo e à ação. O ceticismo é a dúvida radical sobre a possibilidade de chegar a qualquer tipo de conhecimento, liberdade ou verdade ética, dado que estamos contidos no mundo e é impossível criarmos a nós mesmos a partir do nada" (NAGEL, Thomas. *Visão a partir de lugar nenhum*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 7).

51. RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*: a filosofia moderna.. Trad. Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. v. 3. p. 91.

52. DESCARTES, René. *Princípios da filosofia*. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 46.

53. COTTINGHAM, J. Descartes: a filosofia da mente de Descartes. Trad. Jesus de Paula Assis. São Paulo: Editora UNESP, 1999. p. 33. DESCARTES, René. *Princípios da filosofia*. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 45.

54. "A finalidade dos estudos deve ser a orientação do espírito para emitir juízos sólidos e verdadeiros sobre tudo o que lhe depara. Os homens costumam, sempre que reconhecem alguma semelhança entre duas coisas, avaliar ambas, mesmo naquilo em que são diversas, mediante o que reconheceram numa delas como verdadeiro" (DESCARTES, René. *Regras para a direção do espírito*. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 11).

55. COTTINGHAM, J. Descartes: a filosofia da mente de Descartes. Trad. Jesus de Paula Assis. São Paulo: Editora UNESP, 1999. p. 35.

Russell nota que Santo Agostinho defendeu algo semelhante ao ideal de Descartes. A postura subjetivista de Santo Agostinho permitiu-o a antecipar a teoria kantiana do

consegue responder ao questionamento: como uma substância não física pode influenciar algo físico?

Das inúmeras correntes tendentes a superar o dualismo substancial cartesiano, duas delas são de importância ao presente estudo. A primeira é o funcionalismo, com suas raízes no artigo *Computing Machinery and Intelligence*[56], de Alan Turing. Essa corrente tem como filósofos marcantes Putnam e Dennett[57]. A segunda é o naturalismo biológico, elaborado por John Searle.

A corrente funcionalista "é a visão de que os estados mentais (eventos, propriedades, processos) não são idênticos aos estados cerebrais, nem são disposições de comportamento; os estados mentais são, antes, estados funcionais de um organismo".[58] Estados funcionais são aquilo que produz ou causa o comportamento de um organismo em condições específicas.[59] Ele é definido por aquilo que ele faz e suas relações com outros estados mentais.[60] Resume-se em um estado capaz de desempenhar um papel causal na particular organização comportamental de um *ser*.[61] Na concepção funcionalista, um estado mental é como uma função que recebe um estímulo de *input*, conjuntamente com outros estados mentais, e gera um produto que depende desse *input* e de tal conjunto.[62] "O estado mental toma um *input* e todo o estado mental do organismo gera um produto – e os produtos também podem ser mudanças no estado mental do organismo".[63] Em síntese, o funcionalismo pressupõe estados mentais como "estados internos genuínos do organismo, não apenas

---

tempo e o *cogito* cartesiano. RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*: a filosofia católica. Trad. Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. v. 2. p. 72. Em algumas passagens nos *Solilóquios* de Santo Agostinho, vê-se claramente essa postura. "[...] somos compostos de duas partes, isto é, de alma e de corpo, das quais a primeira parte – a alma – é melhor, e a pior parte é o corpo [...]. Será evidente a cada um de vós, que somos compostos de alma e corpo?" (SANTO AGOSTINHO. *Solilóquios e a vida feliz*. Trad. Adaury Fiorotti. São Paulo: Paulus, 1998. p. 42 e 124).

56. TURING, A. M. Computing machinery and intelligence. *Mind*, v. 49, p. 433-460, 1950.
57. DENNETT, Daniel C. *Brainstorms*. Cambridge: MIT Press, 1981.
58. SCHWRTZ, Stephen P. *Uma breve história da filosofia analítica*: de Russell a Rawls. Trad. Milton C. Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2017. p. 182.
59. Idem.
60. Idem.
61. Idem.
62. Ibidem, p. 183.
63. Idem.

redescrições de comportamento e disposições para o comportamento, como o são para os behavioristas".[64-65]

No funcionalismo, estados mentais são identificados por suas funções e não pelo modo como essas funções se realizam no cérebro.[66] Searle contesta essa corrente, afirmando-o inverificável e ininteligível, pois "estados mentais em questão são intrínsecos[67] e as funções são sempre relativas ao observador".[68] "Não existem dois tipos de fenômenos mentais, os intrínsecos e os relativos a um observador; existem, sim, atribuições de predicados mentais que não atribuem um fenômeno mental intrínseco ao sujeito da atribuição".[69] "A atribuição de uma função a um sistema ou a um elemento de um sistema é sempre feita em relação a um objetivo, um propósito ou uma finalidade, e as funções nunca são apenas causas; são causas dentro do contexto de uma teleologia".[70] Em outras palavras, como a interioridade é intrínseca aos estados mentais, os estados funcionais não a possuem, por serem vinculados exclusivamente ao observador. Portanto, não podem ser elementos de estados mentais.

64. "O behaviorismo filosófico alcançou o apogeu de sua influência durante as duas primeiras décadas após a Segunda Guerra Mundial. Ele foi motivado por pelo menos três tendências intelectuais. A primeira delas foi a reação contra o dualismo. A segunda foi a ideia do positivismo lógico de que o significado de uma sentença era, em última análise, uma questão de circunstâncias observáveis que tenderiam a verificar ou confirmar essa sentença. A terceira motivação foi a tese geral de que a maior parte dos problemas filosóficos, se não todos, seria o resultado de confusão linguística ou conceitual e deveriam ser resolvidos (ou dissolvidos) pela análise cuidadosa da linguagem na qual o problema foi expresso" (CHURCHLAND, Paul. *Matéria e consciência*: uma introdução contemporânea à filosofia da mente. São Paulo: Editora UNESP, 2004. p. 24 – e-book).
65. SCHWRTZ, Stephen P. *Uma breve história da filosofia analítica*: de Russell a Rawls. Trad. Milton C. Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2017. p. 183.
66. SEARLE, John. *Consciência e linguagem*. Trad. Plinio Junqueira Smith. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 345.
67. "Intrínsecos" quer dizer apenas que os estados e os eventos realmente existem na mente/cérebro dos agentes; a atribuição desses estados e eventos deve ser entendida literalmente, e não como força de expressão nem como síntese de uma afirmação que descreve um conjunto complexo de eventos e relações ocorrendo fora do agente" (SEARLE, John. *Consciência e linguagem*. Trad. Plinio Junqueira Smith. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 122-123).
68. Ibidem, p. 345.
69. Ibidem, p. 341.
70. Ibidem, p. 345.

Com a inserção de Putnam e Dennett, o funcionalismo adquiriu novas faces, aprimorando-se e transformando-se no que Searle denomina funcionalismo computacional, ou funcionalismo da máquina de Turing[71]. Aqui, diferenciando-se do funcionalismo clássico, insere-se uma teoria mais robusta e complexa, pressupondo que processos mentais são processos computacionais.[72] Segundo suas diretrizes estados mentais "são de fato estados funcionais, mas não de qualquer tipo. São, isso sim, estados lógicos de um computador e por isso são estados intrínsecos, pelo menos no nível da descrição do programa do computador".[73] Em uma singela comparação metafórica, mas representativa dessa corrente, a mente pode ser equiparada a um *software* enquanto o cérebro é um *hardware*. Aquela será executada neste.

Supostamente, pode-se verificar o funcionalismo de Turing utilizando-se um teste. Em primeiro lugar precisa-se de duas salas. Cada sala será ocupada com diferentes agentes: um humano e um computador. Agentes humanos elaboram e formulam questionamentos. Tais agentes interagem com os dois ocupantes das salas, fazendo-lhes perguntas. Tanto o agente humano quanto o computador devem conversar e proferir uma resposta escrita. Caso os agentes humanos responsáveis pelo contato entre os ocupantes da sala não puderem distinguir qual ocupante é o agente humano e qual ocupante é o agente computacional, este passará no teste. O pressuposto de Turing é que o computador será indistinguível de um agente humano se o seu *input* e o seu *output* fossem funcionalmente indistinguíveis de uma pessoa normal.[74]

---

71. "A Turing machine can be viewed as nothing more than a finite system of instructions to perform simple operations on strings of symbols which constitute the "input". The instructions are gathered into 'machine states', each of which is a finite sequence of instructions, and a master instruction, or state-switching function, which prescribes which sequence of instructions is to be followed given the input. Such a specification is obviously entirely neutral about how such operating and switching is to be accomplished, and hence a particular Turing machine can be 'realized' in very different ways: by a mechanical tape-reading device, by simulation on a digital computer, or by 'hand simulation', where the operations are performed by a person or persons following written instructions on 'state' cards" (DENNETT, Daniel C. *Brainstorms*. Cambridge: MIT Press, 1981. p. 257).
72. SEARLE, John. *Consciência e linguagem*. Trad. Plinio Junqueira Smith. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 347.
73. Idem, p. 347.
74. SCHWRTZ, Stephen P. *Uma breve história da filosofia analítica*: de Russell a Rawls. Trad. Milton C. Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2017. p. 187.

O teste de Turing apresenta um resquício de ininteligibilidade. Searle o encontra e pressupõe a criação do quarto chinês para evidenciá-lo. A situação hipotética é a seguinte: figura-se um quarto com um agente humano nele inserido. Tal agente encontra-se trancado nesse ambiente, onde há diversos cestos com símbolos chineses. Esse agente não entende nenhuma palavra em chinês, sequer sabe o que está escrito. Porém, é-lhe fornecido um manual com regras de manipulação na sua língua nata para produzir símbolos chineses, objetivando a criação de novas palavras.

Conforme Searle, suponha que, depois de um tempo, o sujeito seja tão eficaz e tão bom em seguir as instruções para manipular os símbolos chineses e os programadores sejam tão bons em escrever os programas que, se observado do ponto de vista externo, do ponto de vista de alguém fora da sala em que o sujeito está trancado, suas respostas às perguntas inicialmente efetuadas são absolutamente indistinguíveis das dos falantes de chinês nativo. Assim, apenas por olhar para as respostas do indivíduo, ninguém pode dizer que ele não entende e não fala uma palavra em chinês.[75]

A refutação de Searle consiste que a simples manipulação dos símbolos é algo puramente formal-sintático. Nada garante que o agente no interior do quarto saiba falar chinês. Ele apenas os manipula conforme as regras descritas no manual que lhe fora concedido. Tal como no teste de Turing, as respostas do computador podem ou não ser semelhantes às respostas humanas a depender do grau de dados inseridos na máquina. Aqui, atua-se exclusivamente no campo da sintaxe, e não da semântica. A diferença entre esses elementos está na *contextualização* do *significado* em um *background* específico. Conforme o naturalismo biológico de Searle, um computador digital, tal como foi definido, pode até compreender o *significado* e o *conceito* de *dor*; inclusive, provavelmente simulá-lo, tal como a *fotossíntese*; mas ele não tem acesso ao *conteúdo* da *dor* e ao *conteúdo* da *fotossíntese*. Uma máquina não *sente* raiva, não *aprende* chinês, e não sabe auferir a carga e o *significado semântico* das palavras aquém de sua programação sintática-formal. Assim, ainda que um ente inteligente artificialmente seja desenvolvido e

75. Original: "Suppose also that after a while I get so good at following the instructions for manipulating the Chinese symbols and the programmers get so good at writing the programs that from the external point of view that is, from the point of view of somebody outside the room in which I am locked -- my answers to the questions are absolutely indistinguishable from those of native Chinese speakers. Nobody just looking at my answers can tell that I don't speak a word of Chinese" (SEARLE, J. Minds, brains, and programs. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 3, n. 3, p. 417-424, 1980).

programado utilizando os métodos cognitivos computacionais do *deep learning* e *machine learning*, ele apenas simulará situações para as quais fora inicialmente construído, sem compreender o real *significado semântico* de suas atitudes.

A habilidade de programação humana e a *malícia* do indivíduo em manipular os símbolos obedecendo as regras não torna possível o aprendizado do chinês pela simples manipulação e obediência ao manual. Do ponto de vista de um observador externo, em virtude da realização de um programa formal de computador, esse alguém se comporta exatamente como se compreendesse chinês, mas sequer entende uma só palavra. Se o indivíduo não compreende o chinês, nenhum outro computador poderá compreendê-lo, pois nenhum computador digital, em razão da simples execução de um programa, tem algo que nós não tenhamos. Disso podemos extrair que computadores não possuem mente, não são inteligentes e atuam exclusivamente no âmbito formal sintático, manipulando dados objetivos para inserir-se no comunicar social.

Em síntese, as proposições elementares de Searle são:

1) cérebros causam mentes – os processos mentais que constituem a mente são causados por processo que ocorrem dentro do cérebro;

2) a sintaxe não é suficiente para a semântica – aqui existe a articulação e a distinção daquilo que é puramente formal e aquilo que tem conteúdo;

3) os programas de computador são inteiramente definidos pela sua estrutura formal ou sintática;

4) as mentes têm conteúdos mentais; especificamente, têm conteúdos semânticos.[76]

Searle, por fim, postula que nenhum programa de computador é, por si só, capaz e suficiente para dar uma mente a um sistema eletrônico. Os programas não podem ser considerados mentes. A maneira como as funções cerebrais *causam* mentes não pode ser apenas em virtude da ativação de um programa computacional. Tal comparação é, nos termos do naturalismo biológico, ininteligível. Tudo o mais que causou mentes deveria ter poderes causais, no mínimo, equivalentes ao do próprio cérebro. Dessa forma, para qualquer artefato que viesse a ser construído, que tivesse estados mentais equivalentes aos estados mentais humanos, a realização e execução através de um programa computacional não seria, por si só, suficiente. Tal artefato deveria possuir equivalentes poderes aos do cérebro humano.[77]

76. SEARLE, John R. *Mente, cérebro e ciência*. Trad. Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2017. p. 51-52.

77. Ibidem, p. 52-55.

A ontologia da mente, como fenômeno natural biológico, possui alguns elementos únicos. O primeiro é a *subjetividade*. Quaisquer relações teóricas que envolvam a noção e concepção de consciência necessitam explicar como um conjunto de processos neurobiológicos podem levar um sistema a um estado subjetivo de sensibilidade ou ciência. O segundo é a *unidade* da consciência. As experiências de um agente consciente se unificam em um único campo consciente, estendendo sua organização para além de simples instantes. O terceiro é a *intencionalidade,* um dos mais importantes elementos para o presente estudo. A intencionalidade é entendida como "aquela propriedade de muitos estados e eventos mentais pela qual estes são dirigidos para, ou acerca de, objetos e estados de coisas no mundo".[78] O quarto elemento reside na *distinção entre o centro e a periferia da consciência*. Aqui, excetuada a consciência patológica, em qualquer momento dado, tem-se o denominado por Searle como campo de consciência. Explica-se: em determinados momentos presta-se atenção a algumas coisas e a outras, não (no decorrer no texto, espera-se ter adquirido o interesse do leitor ao ponto que ele prestou pouca atenção na sensação das roupas utilizadas em seu corpo), mas a qualquer momento pode-se voltar atenção a elas (como o fez agora). O quinto elemento é a e*strutura gestalítica da experiência consciente*. Aqui, determinadas experiências se estruturam de forma peculiar além de estrutura do estímulo externo. Esse elemento é bastante utilizado em testes psicotécnicos, solicitando ao agente que diga se consegue visualizar determinada forma animalesca ou de outro objeto em determinada mancha ou borra de tinta. O sexto elemento é o *aspecto da familiaridade*: capacidade de uma mente não patológica assimilar experiências a um conjunto de categorias que lhe são mais ou menos familiares. O sétimo é a noção de *humor.* Aqui não se refere expressamente às situações de alegria ou euforia, mas o *humor* em caráter geral, capaz de abranger todas as experiências e sentimentos presentes. Por fim, a mente apresenta as *condições limitantes*. São elas pensamentos não patológicos de consciência capazes de dar ao agente intencional a sensação de "posicionamento". Dessa forma, o leitor sabe o lugar em que se encontra, que horas são, até o mesmo o ano em que está, ainda que não pense nisso de forma recorrente.[79]

Retornando aos ideais de Hallevy, tem-se que o conhecimento não é elemento suficiente para *causar* uma mente. Independentemente do estado tecnológico

78. SEARLE, John. *Intencionalidade*. Trad. Júlio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 1.

79. SEARLE, John. *Consciência e linguagem*. Trad. Plinio Junqueira Smith. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 8-14.

e da ciência computacional cognitiva, o que *causa* mente são cérebros. Cérebros em sua designação biológica. Pensamentos são *acerca de alguma coisa*, então as séries ou processos de pensamentos[80] devem ter um *significado*, que faz com que os pensamentos sejam a propósito dessas coisas.[81] Mentes possuem conteúdos semânticos. Transcendem a mera estrutura formal-sintática. Enquanto humanos compreendem o *significado* de *dor*, de *cometer um ilícito*, de *tirar a vida de alguém*, em um determinado *background*, como uma *legítima defesa*, máquinas atuam apenas na sintaxe. Uma IA não possui *mens rea* para configurar um ilícito penal. O *actus reus*, para ela, é apenas a conduta objetivamente realizada que, consequentemente, estava tipificada no Código Penal. Matar alguém não lhe traz nenhum conteúdo semântico de *desespero*, de *tristeza*. Matar alguém é a simples execução de um complexo algoritmo em seu *software* e *hardware*. Uma IA não possui intencionalidade. Uma Inteligência Artificial não possui *inteligência*. Essa pressupõe a existência de uma mente. E como mentes são produtos biológicos *causados pelo cérebro*, uma entidade artificial não é dotada de inteligência. Sua nomeação, inclusive, encontra-se em equívoco. Como dito anteriormente, programa de computador é a melhor designação para esses agentes.

O naturalismo biológico de Searle parece mais inteligível e verificável que o funcionalismo computacional de Turing e as diretrizes de Hallevy. Isso nos leva a adotar o *the perpetration-by-another liability model* como solução para os ilícitos penais cometidos por um programa de computador. Considerado *inocente*, a responsabilidade deverá recair sob aqueles que o programaram, desenvolveram ou o utilizaram para o cometimento de ilícitos. Trata-se de uma tutela obrigatória que o agente humano deverá ter sob esses entes. Além disso, não se pode equiparar uma máquina a uma pessoa com deficiência mental, seja ela absolutamente ou relativamente incapaz. A pessoa ainda é *pessoa*, ainda que acometida de tais infortúnios. Uma máquina sempre será uma máquina, ainda que seja um ente tecnologicamente mais desenvolvido e superior à robô Sophia. Dessa forma, a falsa inteligência acompanhada por uma falsa mente não pode servir como instrumento a obstaculizar a efetiva aplicação da tutela penal àquele que realmente externou o *mens rea* ou que faltou com *culpa stricto sensu* no dever de vigilância desses entes.

80. "Sequências temporais de estados intencionais sistematicamente relacionados uns aos outros, cuja inter-relação obedece alguns princípios racionais" (Idem).

81. SEARLE, John R. *Mente, cérebro e ciência*... cit., p. 42.

5. Conclusões

O desenvolvimento tecnológico traz consigo novas situações jurídicas. Aos profissionais do Direito, cautela. Não se deve reproduzir indistintamente algumas diretrizes sem sua respectiva reflexão. Esse é o caso do presente artigo. Apesar de o julgamento de uma IA parecer juridicamente viável, transcrevendo a ficção para a realidade, isso traria muitos problemas. Torna-se necessária uma reflexão filosófica elaborada para fundamentar o posicionamento do jurista. E foi isso que pretendemos aqui.

O questionamento que guiou o primeiro tópico foi *o que é uma Inteligência Artificial?* Tal abordagem fora feita nos ideais de McCarthy e de alguns juristas contemporâneos. No mais, abordou-se a noção de *Strong IA* e de *Weak IA*. Preferimos adotar o conceito de IA subsidiado em sua ontologia e nas diretrizes filosóficas da *Weak IA*. IA é, portanto, um programa de computador.

Posteriormente, o segundo tópico incumbiu de descrever os três modelos de responsabilidade criminal, com base nas diretrizes de Hallevy: 1) *the perpetration-by-another liability model;* 2) *the natural-probable-consequence liability model;* 3) *and the direct liability model.* Cada um com suas peculiaridades. O primeiro, e adotado por nós, considera a IA como instrumento para a prática de crimes, devendo atribuir a responsabilidade desses atos àqueles envolvidos em sua programação, desenvolvimento e uso. O segundo não exclui o primeiro, mas também considera a IA como ente criminalmente imputável, devendo ser a responsabilidade humana atribuída de forma subsidiária. Por fim, o terceiro modelo elenca a independência da conduta de uma IA dos seres humanos, podendo ser responsabilizada de forma exclusiva e independentemente da conduta humana.

Por fim, o último tópico traz o embate filosófico entre o funcionalismo computacional e o naturalismo biológico. O primeiro é ininteligível e inverificável na medida em que considera a mente como produto exclusivamente objetivo nas funções do observador. O segundo demonstra ser mais verídico em suas postulações por vincular a noção de mente como algo natural, *causado por cérebros*. Enquanto o funcionalismo atua apenas com programações formais sintáticas, a mente possui conteúdo semântico. Dentro desse conteúdo semântico localiza-se o *mens rea*. O elemento psicológico indispensável, em conjunto com o *actus reus*, para a configuração de um delito penal. Frisa-se que tal elemento é estritamente vinculado à subjetividade. Elemento esse não presente na programação de uma IA. Ela não possui subjetividade nem conteúdos intencionais. Por esse motivo, falta-lhe o *mens rea*. Deve-se adotar, portanto, o *the perpetration-by-another*

liability model para responsabilizar aqueles envolvidos em sua programação, desenvolvimento ou utilização.

Portanto, o problema de pesquisa incialmente proposto na pergunta *caso uma Inteligência Artificial cometa um ilícito penal, poderá ela ser responsabilizada criminalmente?*, encontra resposta. Observado o devido processo legal penal, o usuário final que deu a ordem, ou o programador e desenvolvedor responsável pelos desígnios do ente computacional deverão responder pelos seus *actus reus* cometidos. Essa discussão, contudo, está longe de terminar. Trata-se da primeira gota em um imenso oceano que está diante de nós. O que se pede, nesse momento, é o rigor filosófico nessa discussão. Aqui, aparentemente, os questionamentos levantados podem apresentar uma resposta no mínimo racional. Qualquer discussão que desconsidere essas diretrizes pode entrar em um campo solipsista e subjetivo, que nada tem para acrescentar a resolver os conflitos que estão por vir.

Referências

ABBOTT, Ryan Benjamin; SARCH, Alex F. Punishing Artificial Intelligence: Legal Fiction or Science Fiction (February 1, 2019). *UC Davis Law Review*, v. 53, p. 323-384, 2019. Disponível em:[https://ssrn.com/abstract=3327485] ou [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3327485].

ASIMOV, I. *Eu, Robô*. Trad. Luiz Horácio da Silva. São Paulo: Edibolso, 1976.

CALO, R.; FOOMKIN, A. M; KERR, I. *Robot Law*. United Kingdom: Edward Elgar Pub, 2016.

ČERKA, Paulius; GRIGIENĖ, Jurgita; SIRBIKYTĖ, Gintarė. Liability for damages caused by Artificial Intelligence. *Computer Law & Security Review*, v. 31, n. 3, p. 376-389, jun. 2015.

CHURCHLAND, Paul. *Matéria e consciência:* uma introdução contemporânea à filosofia da mente. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CLAUSSÉN-KARLSSON, M. *Artificial intelligence and the external element of the crime: an analysis of the liability problem*. Disponível em: [www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1115160/FULLTEXT01.pdf]. Acesso em: 13.05.2020.

COTTINGHAM. J. Descartes: a filosofia da mente de Descartes. Trad. Jesus de Paula Assis. São Paulo: Editora UNESP, 1999.

DENNETT, Daniel C. *Brainstorms*: Cambridge: MIT Press, 1981.

DESCARTES, René. *Princípios da filosofia*. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 2004.

DESCARTES, René. *Regras para a direção do espírito*. Trad. João Gama. Lisboa: Edições 70, 2004.

EDUARDOVICH, R. Ol. Criminal liability of the artificial intelligence. *Problems of Legality*, n. 138, p. 132-141, set. 2017. Disponível em: [http://plaw.nlu.edu.ua/article/view/105661]. Acesso em: 13.05.2020.

FREITAS, P. M.; ANDRADE, F.; NOVAIS, P. *Criminal liability of autonomous agents*: from the unthinkable to the plausible. Disponível em: [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/34168/1/2014%20-%20LNCS%20Springer%20ACOIL%20FAN.pdf]. Acesso em: 13.05.2020.

GOLDBERG, D. E.; HOLLAND, J. H. Genetic algorithms and machine learning. *Machine learning*, v. 3, p. 95-99, 1988.

GLESS, S.; SILVERMAN, E.; WEIGEIND, T. If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability. *New Criminal Law Review*. Disponível em: [http://euro.ecom.cmu.edu/program/law/08-732/AI/Gless.pdf]. Acesso em: 13.05.2020.

HALLEVY, G. The criminal liability of artificial intelligence entities – from science fiction to legal social control. *Akron Intellectual Property Journal*, v. 4, n. 2, p. 171-201, 2010. Disponível em: [https://ideaexchange.uakron.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1037&context=akronintellectualproperty]. Acesso em: 13.05.2020.

HICKS, Michael. Uber suspends public self-driving tests after pedestrian struck and killed. *Techradar*, 19 mar. 2018. Disponível em: [www.techradar.com/news/uber-suspends-public-self-driving-tests-after-pedestrian-struck-and-killed]. Acesso em: 29.11.2018.

HUGHES, Bem; WILLIAMSON, Russell. When AI systems cause harm: the application of civil and criminal liability. *DigitalBusiness.Law*. 2018. Disponível em: [https://digitalbusiness.law/2019/11/when-ai-systems-cause-harm-the-application-of-civil-and-criminal-liability/#page=1]. Acesso em: 13.05.2020.

JOHNSON, L; FITZSIMMONS, M. Uber self-driving cars: everything you need to know: An uneasy mix of innovation and controversy. *Techradar*, 25 mai. 2018. Disponível em: [www.techradar.com/news/uber-self-driving-cars]. Acesso em: 29.11.2018.

KINGSTON, John. Artificial Intelligence and legal liability. Conference: International Conference on Innovative Techniques and Applications of Artificial Intelligence. *Cornell University Library*, fev. 2018. Disponível em: [https://arxiv.org/abs/1802.07782]. Acesso em: 16.12.2018.

LEONG, Lewis. Uber's self-driving cars are running into problems – literally: Multiple reports of collisions and disobeying traffic signs. *Techradar*, 04 out. 2016. Disponível em: [www.techradar.com/news/car-tech/uber-s-self-driving-cars-are-running-into-problems-literally-1329937]. Acesso em: 29.11.2018.

LEVENTHAL, J. In a crash, should self-driving cars save passengers or pedestrians? 2 million people weigh in. *PBS: News Hour*, out. 2018. Disponível em: [www.pbs.org/newshour/science/in-a-crash-should-self-driving-cars-save-passengers-or-pedestrians-2-million-people-weigh-in]. Acesso em: 11.12.2018.

MASSACHUSETTS INSTITUTE OF TECHNOLOGY. *Moral Machine*. Disponível em: [http://moralmachine.mit.edu]. Acesso em: 11.12.2018.

MIT TECHNOLOGY REVIEW. *When an AI finally kills someone, who will be responsible?* Disponível em: [www.technologyreview.com/s/610459/when-an--ai-finally-kills-someone-who-will-be-responsible]. Acesso em: 16.12.2018.

MCCARTHY, J. *What is artificial intelligence*? 2007. Disponível em: [www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf]. Acesso em: 26.09.2018.

MOOR, James. The Darthmouth College Artificial Intelligence Conference: the next fifty years. *AI Magazine*, v. 27, n. 4, p. 87-91, 2006. Disponível em: [https://pdfs.semanticscholar.org/d486/9863b5da0fa4ff5707fa972c6e1dc92474f6.pdf>. Acesso em: 05.12.2018.

NAGEL, Thomas. *Visão a partir de lugar nenhum*. Trad. Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NEELIE KROES. Robots and other cognitive systems: challenges and European responses. *Philosophy & Technology*, v. 24, 2011. Disponível em: [https://doi.org/10.1007/s13347-011-0037-4].

OXMAN, Nicolás. El dolo como adscripción de conocimiento. *Polít. crim.*, Santiago, v. 14, n. 28, p. 441-467, dez. 2019. Disponível em: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992019000200441&lng=es&nrm=iso]. Acesso em: 13.05.2020.

RICHARDS, N.; SMART, W. How should the law think about robots? In: CALO, R.; FOOMKIN, A. M; KERR, I. *Robot law*. United Kingdom: Edward Elgar Pub, 2016.

RUSSELL, Bertrand. *História da filosofia ocidental*: a filosofia católica. Trad. Hugo Langone. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. v. 2 e 3.

SANTO AGOSTINHO. *Solilóquios e a vida feliz*. Trad. Adaury Fiorotti. São Paulo: Paulus, 1998.

SCHWRTZ, Stephen P. *Uma breve história da filosofia analítica*: de Russell a Rawls. Trad. Milton C. Mota. São Paulo: Edições Loyola, 2017.

SEARLE, John. *Consciência e linguagem*. Trad. Plinio Junqueira Smith. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

SEARLE, John. *Intencionalidade*. Trad. Júlio Fischer e Tomás Rosa Bueno. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SEARLE, John R. *Mente, cérebro e ciência*. Trad. Arthur Mourão. Lisboa: Edições 70, 2017.

SEARLE, J. Minds, brains, and programs. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 3, n. 3, p. 417-424, 1980.

STONE, Z. Everything you need to know about Sophia, the world's first robot Citizen. *Forbes*, 07 nov. 2017. Disponível em: [www.forbes.com/sites/zarastone/2017/11/07/everything-you-need-to-know-about-sophia-the-worlds-first-robot-citizen/#7b50fe9146fa]. Acesso em: 29.11.2018.

TURING, A. M. Computing machinery and intelligence. *Mind*, v. 49, p. 433-460, 1950.

UNIÃO EUROPEIA. *Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, com recomendações à Comissão de Direito Civil sobre Robótica (2015/2103(INL))*. 2017. Disponível em: [www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0051+0+DOC+XML+V0//PT]. Acesso em: 26.09.2018.

UNITED NATIONS. *At UN, robot Sophia joins meeting on artificial intelligence and sustainable development*. United Nations, 11.10.2017. Disponível em: [https://news.un.org/en/story/2017/10/568292-un-robot-sophia-joins-meeting-artificial-intelligence-and-sustainable]. Acesso em: 29.11.2018.

VILCHES, Nicolás A. Oxman. *El elemento volitivo del dolo*: una investigación de derecho penal comparado y filosofía del linguaje. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de Valência, Valência, 2016. Disponível em: [http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/53770/oxman_tesis.pdf?sequence=1&isAllowed=y]. Acesso em: 13.05.2020.

YANISKY-RAVID, S.; VELEZ-HERNANDEZ, L. A. Copyrightability of artworks produced by creative robots and originality: the formality-objective model. *Minnesota Jounal of Law, Science and Technology*, v. 19, n. 1, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Análise da viabilidade de criação de consciência na Inteligência Artificial, de Mariana Suzart Paschoas Ferreira e Vitor Eduardo Lacerda de Araújo – *RDTec* 4 (DTR\2019\37639);
- El futuro ya está aquí! Derecho e Inteligencia Artificial, de José Antonio Rodríguez García e Mar Moreno Rebato – *RT* 1016/217-250 (DTR\2020\7554); e
- Interfaces artificiais e interpretação judicial: o problema do uso da Inteligência Artificial e da metodologia fuzzy na aplicação do Direito, de Eduardo Cambi, Elidia Aparecida de Andrade Alves e Fernando de Brito Alves – *RT* 1010/245-273 (DTR\2019\42289).

Direito ao confronto e depoimento especial

Right of confrontation and protective measures of child and adolescent witnesses

Diogo Malan

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Processual Penal pela USP. Professor-Adjunto de Processo Penal da UERJ e da FND/UFRJ. Advogado.
ORCID: 0000-0001-7125-9894
diogomalan@uol.com.br

Flávio Mirza

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela UGF. Professor-Adjunto de Processo Penal da UERJ e da UCP
Advogado. ORCID: 0000-0002-7309-4285
flaviomirza@gmail.com

Recebido em: 29.10.2019
Aprovado em: 02.06.2020
Última dos autores: 09.06.2020

Áreas do Direito: Penal; Processual; Infância e Juventude

Resumo: A Lei 13.431/17 inovou no ordenamento jurídico brasileiro, estabelecendo procedimento probatório para oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência, perante autoridade policial ou judiciária (*depoimento especial*). Malgrado o legislador tenha buscado maior grau de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência (evitando assim sua vitimização secundária), ele desconsiderou o direito fundamental do acusado a confrontar as testemunhas contra si e seus corolários. A conclusão é que o procedimento em apreço possui cinco aspectos que causam restrições *desproporcionais* ao direto ao confronto do acusado, motivo pelo qual a Lei 13.431/17 deve ser interpretada conforme à Constituição.

Abstract: Federal Statute 13,431/17 innovated in the Brazilian legal system, by establishing an evidentiary proceeding for taking statements from child or adolescent victims or witnesses of violence, before police or judicial authority (*special testimony*). Despite the fact that the legislator sought a higher degree of protection of the fundamental rights of children and adolescent victims or witnesses of violence (thus avoiding their secondary victimization), he disregarded the accused person's fundamental right to confront the witnesses against him and its corollaries. The conclusion is that the proceeding in question has five aspects that cause disproportionate encroachments on the accused person's right of confrontation, which is why Federal Statute 13.431/17 must be interpreted according to the Constitution.

Malan, Diogo; Mirza, Flávio. Direito ao confronto e depoimento especial.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 171. ano 28. p. 187-224. São Paulo: Ed. RT, set. 2020.

Palavras-chave: Direito ao confronto – Depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas – Proporcionalidade Lei 13.431/17.

Keywords: Right of confrontation – Protective measures of children and adolescent victims or witnesses – Proportionality – Federal Statute 13.431/17.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito ao confronto. 3. Procedimento probatório do depoimento especial de criança ou adolescente vítima ou testemunha. 4. Proporcionalidade das restrições ao direito ao confronto causadas pelo depoimento especial. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. Introdução

O objetivo do presente texto é estudar a problemática das restrições ao direito ao confronto (*right of confrontation*) do acusado causadas pelo procedimento probatório do depoimento especial de criança ou adolescente vítima ou testemunha, previsto na Lei 13.431/17.

A justificativa é que se trata de inovação legislativa relativamente recente, portanto ainda carente, ao menos no campo do Direito Processual Penal, de construção teórica que proporcione aos intérpretes e aplicadores do Direito *standard* decisório adequado para solucionar os inúmeros problemas práticos que podem surgir ao ensejo da produção do sobredito depoimento especial.

Para tanto, este artigo será dividido em 3 partes.

Na primeira, far-se-á breve exposição sobre o direito ao confronto no sistema processual penal brasileiro, com ênfase na sua estrutura normativa e âmbito de proteção.

Na segunda, se buscará descortinar as origens históricas e características do procedimento probatório do depoimento especial de criança ou adolescente vítima ou testemunha, previsto na Lei 13.431/17.

Na derradeira, se almejará demonstrar as múltiplas e significativas *restrições* causadas pelo precitado depoimento especial ao direito ao confronto do acusado, buscando avaliar se essas restrições são *proporcionais* ou não.

A abordagem teórica é baseada no método *dedutivo*, mediante ampla coleta de material bibliográfico consistente em livros e artigos científicos, nacionais e estrangeiros, sobre direito ao confronto e depoimento especial, além de sentenças do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CADH) que guardem relação de pertinência temática com o objeto de estudo eleito.

Importante advertir que nesta investigação adotar-se-á enfoque *dogmático*, circunscrito à interpretação da Lei 13.431/17 na perspectiva da ponderação entre o direito fundamental do acusado a confrontar testemunhos incriminadores e os direitos fundamentais da criança ou adolescente vítima ou testemunha de crime.

Portanto, o recorte epistemológico eleito é excludente de questões multidisciplinares relativas ao sobredito diploma legal (v.g. as *falsas memórias* espontâneas e sugestivas de infantes e adolescentes; legitimidade ética da intervenção do psicólogo etc.).[1]

2. Direito ao confronto

As origens históricas do direito ao confronto, malgrado obscuras, ao que tudo indica, remontam às práticas judiciárias inglesas do Século XVII. [2]

Àquela época era relativamente comum que acusações por crimes graves – notadamente traição à Coroa – fossem feitas com base em declarações escritas, produzidas de forma inquisitiva, em substituição ao depoimento presencial da vítima e testemunhas de acusação durante o julgamento.

Como reação política às arbitrariedades, erros e injustiças causadas pelas sobreditas práticas persecutórias inquisitivas, os acusados de traição à Coroa começaram a gozar de garantias processuais mais robustas, movimento que culminou com a edição da Lei de Traição (*Treason Act*) de 1696. [3]

Tal diploma assegurou os acusados os direitos: (i) à vista e à obtenção de cópias dos depoimentos escritos de testemunhas, colhidos na fase de investigação preliminar; (ii) à entrevista com advogado (*advise with counsel*), uma vez

1. Nessas perspectivas, ver: ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal*: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013; ROSA, Alexandre Morais da. O depoimento sem dano e o advogado do diabo: a violência "branda" e o "quadro mental paranoico" (Cordero) no processo penal. In: POTTER, Luciane (Org.). *Depoimento sem dano*: uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 151-176.
2. Sobre o tema, ver: POLLITT, D. H. The right of confrontation: its history and modern dress. *Journal of Public Law*, v. 8, p. 381-413, 1959; SHAVIRO, Daniel. The confrontation clause today in light of its common law background. *Valparaiso University Law Review*, n. 26, p. 337-366, 1991.
3. SHAPIRO, Alexander. Political theory and the growth of defensive safeguards in criminal procedure: the origins of the Treason Trials Act of 1696. *Law and History Review*, n. 11, p. 215-255, 1993.

formalizada a acusação; (iii) à defesa plena (*full defense, by counsel*), abarcando os direitos a inquirir testemunhas e dirigir aos jurados argumentos sobre o mérito da causa, tendo a defesa direito à última palavra (*last word clause*); (iv) à prova defensiva, incluindo o compromisso legal das testemunhas de dizer a verdade e o seu comparecimento compulsório.[4]

Tal Lei de Traição veio à baila após a Revolução Gloriosa de 1688, por pressão do parlamento, que estava ciente da necessidade de se evitar práticas inquisitivas comuns durante o regime político anterior: acusações de *traição* feitas com o indisfarçável propósito de eliminar dissidentes políticos. [5]

Como tais acusações eram sempre feitas por advogados, com frequência pelo próprio Procurador-Geral da Coroa, percebeu-se no parlamento a injustiça e o desequilíbrio inerentes ao julgamento por crime de *traição*, à míngua de defesa técnica em favor dos acusados.

Nos Estados Unidos da América, a constitucionalização do direito ao confronto decorreu, aparentemente, de reação política dos colonos à legislação inglesa sobre comércio e navegação, que impunha pesada tributação e sérias restrições ao comércio feito pelas colônias. A resistência dos colonos a essa legislação se baseava não só na falta do seu consentimento (*no taxation without representation*), mas igualmente na forma pela qual ela era aplicada pelas autoridades inglesas.

Àquela época, eram encorajadas delações premiadas sobre violações à legislação aduaneira, mediante o pagamento de metade dos bens confiscados e de anonimato aos delatores. O julgamento era feito por tribunais marítimos (*admiralty courts*), nos quais não havia jurados e o julgamento se baseava em declarações escritas de testemunhas, ou em depoimentos colhidos a portas fechadas pelo juiz.

Assim, tais métodos inquisitivos na aplicação da legislação comercial e alfandegária pelos tribunais marítimos ingleses são o principal motivo que levou os colonos a incluírem o direito ao confronto na VI Emenda da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), integrante da Constituição norte-americana.

Essa Emenda prevê uma série de garantias processuais do acusado, entre as quais a seguinte: "em todas as persecuções penais o acusado terá o direito (…) a ser confrontado com as testemunhas contrárias a si" ("In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right (…) to be confronted with the witnesses against him").

4. LANGBEIN, John. *The origins of adversary criminal trial*. London: Oxford University Press, 2003. p. 86 e ss.

5. Ibidem, p. 78 e ss.

Por influência da cultura jurídica da família da *common law*, tal direito fundamental foi consagrado no sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos.[6]

Nesse sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prevê, em seu artigo 14.3.e, que toda pessoa acusada de delito tem direito à garantia mínima de "interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação". Já a Convenção Americana de Direitos Humanos assegura, em seu artigo 8.2.f, que tal pessoa tem direito a "inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos".

Assim, é lícito concluir que o direito ao confronto foi incorporado ao nosso catálogo de direitos fundamentais individuais, por força do artigo 5º, § 2º do texto magno.

No plano da legislação ordinária, o direito ao confronto ora está consagrado no artigo 111, II, da Lei 8.069/90, que assegura ao adolescente acusado de ato infracional as garantias da "igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa".

Para fins de conceito universal do direito ao confronto – enquanto componente indissociável de qualquer concepção civilizada de julgamento justo (*fair trial*)[7] – a expressão "testemunhas", contida nos sobreditos dispositivos convencionais, inclui *quaisquer pessoas que prestem declarações testemunhais incriminadoras*, pouco importa se *antes* ou *durante* o julgamento, e independentemente da sua qualificação jurídico-formal.

A ideia central, à luz das origens históricas e valores ético-políticos subjacentes ao direito ao confronto, é a seguinte: todo o saber testemunhal incriminador, passível de valoração pelo juiz na sentença, deve ser produzido de forma *pública*, *oral*, *na presença do julgador e do acusado* e *submetido à inquirição* deste último. Logo, as declarações de determinada testemunha não podem ser admitidas como elemento de prova contra o acusado, a não ser que tenham sido prestadas nas sobreditas condições.[8]

---

6. AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law*: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003. p. 88.
7. SKLANSKY, David Alan. Confrontation and fairness. *Texas Tech Law Review*, n. 45, p. 103-111, 2012.
8. FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the search for basic principles. *Georgetown Law Journal*, v. 86, p. 1.011-1.043, 1998; FRIEDMAN, Richard. "Face to face": rediscovering

Importa reconhecer que o direito ao confronto não se limita a assegurar a presença e a participação do acusado na inquirição daquelas testemunhas que efetivamente forem apresentadas durante a sessão de julgamento.

A bem da verdade, tal direito fundamental *impõe* que a produção de todo o saber testemunhal incriminador, passível de valoração pelo juiz na sentença, se dê durante o julgamento (ou, no mínimo, em audiência preliminar revestida das mesmas condições da audiência de julgamento), sob pena de inadmissibilidade do elemento probatório.

Para fins de incidência do direito ao confronto, deve ser considerada *testemunha de acusação* qualquer pessoa que preste *declaração testemunhal* incriminadora do acusado. Tal fonte de prova se qualifica como *testemunha de acusação*, independentemente: (i) do procedimento probatório instituído para a incorporação das suas declarações; (ii) da sua qualificação jurídico-formal (v.g. *ofendido*; *informante*; *corréu*; *declarante*; *testemunha*; *assistente de acusação*; *parte civil*; *perito* etc.) por determinado ordenamento jurídico.

O atual *leading case* sobre o direito ao confronto é *Crawford v. Washington*, julgado pela Suprema Corte norte-americana (SCOTUS) em 2004.[9]

Nesse caso, o acusado foi condenado por lesão corporal e tentativa de homicídio, por ter esfaqueado homem que teria tentado estuprar sua companheira. Durante o julgamento, foi exibida para os jurados a gravação de depoimento policial prestado pela companheira do acusado, como prova de que o acusado não teria agido em legítima defesa. A fonte pessoal dessa prova não estava disponível para depor durante o julgamento, em razão de regra de proibição de prova (*marital privilege*), da qual o acusado não abriu mão. O acusado então alegou que a exibição de gravação de testemunho policial prestado por pessoa ausente ao julgamento caracterizava violação ao seu direito ao confronto previsto na VI Emenda.

Nesse precedente, foi limitada a incidência do direito ao confronto direito às declarações de cariz *testemunhal*, embora a Corte tenha propositadamente postergado a definição conceitual precisa e exaustiva do que vem a ser uma declaração *testemunhal*. Não obstante, consta desse acórdão conceito *mínimo* de declaração *testemunhal*, que abarca declarações prestadas: (i) em audiências preliminares ao julgamento; (ii) perante júris de instrução (*grand juries*); (iii) em outros processos judiciais; (iv) em sede policial.

---

the right to confront prosecution witnesses. *The International Journal of Evidence and Proof*, n. 8, p. 01-30, 2004.

9. 541 U.S. 36 (2004).

Além disso, a SCOTUS decidiu que, se uma declaração testemunhal é apresentada para comprovar a veracidade de seu conteúdo, ela *não* pode ser admitida em juízo, a não ser que o acusado tenha a oportunidade de confrontar o autor dessa declaração.

Por derradeiro, foi decidido que, nas hipóteses em que o autor da declaração extrajudicial está indisponível para prestar depoimento durante o julgamento, tal declaração pode ser admitida em juízo, desde que o declarante naquela ocasião anterior tenha sido confrontado pelo acusado.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos entende que o direito ao confronto (artigo 6.3.d da Convenção Europeia de Direitos Humanos) é corolário específico do direito ao *julgamento justo* (*fair hearing*), devendo ser levado em consideração em qualquer julgamento sobre a *justiça global* dos procedimentos judiciários.

O dispositivo convencional em apreço consagra o princípio de que, antes que o acusado possa ser condenado, todas as provas incriminadoras normalmente devem ser produzidas na sua presença e em julgamento público, visando à argumentação em contraditório (*with a view to adversarial argument*).

Exceções podem ser admitidas, desde que elas não violem as garantias de defesa – que, como regra geral, exigem que o acusado tenha oportunidade *adequada* e *apropriada* para confrontar e inquirir a testemunha contra si, seja contemporaneamente ao depoimento, seja durante fase posterior dos procedimentos.

Tais exceções são admissíveis desde que preenchidas duas condições cumulativas: (i) existência de *fundada razão* para o não comparecimento da testemunha incriminadora ao julgamento; (ii) a inexistência de condenação baseada, de forma *exclusiva* ou *preponderante*, em testemunhos incriminadores que o acusado não teve oportunidade de confrontar, durante a investigação ou o julgamento (a chamada "sole or decisive rule").[10]

Quando a condenação estiver baseada exclusiva ou preponderantemente em declarações testemunhais incriminadoras não confrontadas pelo acusado, haverá violação ao artigo 6.3.d da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), a não ser que haja *suficientes fatores de contrapeso*, tais como garantias processuais fortes, que assegurem a justa e apropriada valoração da *confiabilidade* da prova.[11]

10. TEDH, caso Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido, sentença de 15 de dezembro de 2011, §§ 118-119.

11. TEDH, caso Al-Khawaja e Tahery vs. Reino Unido, sentença de 15 de dezembro de 2011, § 147. Tal exceção é criticável porque: (i) superestima tais *fatores de contrapeso*

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por sua vez, considera que o direito ao confronto (artigo 8.2.f da Convenção Americana de Direitos Humanos) materializa os princípios do *contraditório* e da *igualdade processual*, consagrando o direito de examinar testemunhas de acusação e defesa, sob as mesmas condições.

Não obstante, a CIDH entende ser possível a adoção de medidas de proteção com fundamento nos direitos convencionais da testemunha à vida, à integridade, à liberdade e à segurança.[12]

Nesse contexto, a Corte de San José adota os precitados *standards* do Tribunal Europeu, exigindo *fatores de contrapeso* que compensem as restrições causadas ao direito ao confronto, e que a condenação não esteja baseada exclusiva ou preponderantemente em provas não submetidas ao paradigma do direito ao confronto. Além disso, a CIDH recomenda extrema precaução na valoração judicial de provas dessa natureza (no caso concreto, testemunhas *anônimas*), a qual deve ser feita em conjunto com o restante do acervo probatório, as observações e objeções da defesa e conforme o sistema da *persuasão racional* (*sana crítica*).[13]

Quanto à sua estrutura normativa, o direito ao confronto é complexo, abarcando o direito fundamental do acusado: (i) à produção da prova testemunhal em audiência *pública*; (ii) a *presenciar* a produção da prova testemunhal; (iii) à produção da prova testemunhal *na presença* do julgador do mérito da causa; (iv) à imposição do compromisso legal de dizer a verdade às testemunhas; (v) a conhecer a *verdadeira* identidade das fontes de prova testemunhal; (vi) a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma *contemporânea* à produção da prova testemunhal. A esse rol parece razoável acrescentar o direito do acusado a se comunicar, de forma livre, reservada e ininterrupta, com o seu defensor técnico durante a inquirição das testemunhas.[14]

---

como meios supostamente idôneos para superar a injustiça de condenação baseada em prova não confrontada pelo acusado; (ii) abre perigoso precedente de restrição, que pode vir a ser estendido a outras garantias convencionais do acusado (BIRAL, Marianna. The right to examine or have examined witnesses as a minimum right for a fair trial. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 22, p. 331-350, 2014).

12. CIDH, caso Norín Catríman e outros vs. Chile, sentença de 29 de meio de 2014, §§ 241-243.
13. CIDH, caso Norín Catríman e outros vs. Chile, sentença de 29 de meio de 2014, §§ 246-247.
14. MAFFEI, Stefano. *The European right of confrontation in criminal proceedings*: absent, anonymous and vulnerable witnesses. Groningen: Europa Law Publishing, 2006. p. 23 e ss.; MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 74 e ss.

A publicidade dos atos de produção probatória testemunhal serve a dúplice propósito. Do ponto de vista *endoprocessual*, ela reduz os riscos de extração de declarações sob coação, além de servir como incentivo para a veracidade das testemunhas. Já na perspectiva *extraprocessual*, ela assegura a transparência da gestão probatória judicial, facilitando seu controle social e contribuindo para uma percepção social respeitosa acerca da legitimidade do sistema de administração da justiça criminal.

O direito de presença do acusado nos atos processuais se justifica pela ideia de que é mais fácil contar inverdade sobre alguém pelas costas do que face a face. Ademais, tal direito permite ao acusado identificar a aparência física das fontes de prova testemunhal, o que pode ser imprescindível para sua estratégia defensiva, dado que nem sempre o acusado tem a oportunidade de vislumbrar tais fontes antes da audiência de julgamento.

A presença do julgador do mérito nesses atos processuais também é imprescindível, na medida em que o juízo de valor sobre a credibilidade do testemunho é formado não só a partir do seu *conteúdo*, como também da observação do *comportamento* da fonte de prova.

A imposição do compromisso legal de dizer a verdade às testemunhas, malgrado não seja garantia absoluta de veracidade, desestimula depoimentos mendazes, máxime ante a sanção penal cominada pela vasta maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais ao agente que falseia a verdade ao prestar depoimento.

O direito a conhecer a *verdadeira* identidade das fontes de prova testemunhal é essencial tanto para a efetividade de seu exame cruzado quanto para a argumentação defensiva sobre a credibilidade dessas fontes, por ocasião da fase de valoração da prova testemunhal. Assim, o conhecimento sobre a real identidade das testemunhas faculta ao acusado arguir a sua falta de credibilidade.

O direito a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma *contemporânea* à produção da prova, talvez seja o consectário associado com maior frequência ao direito ao confronto, malgrado este último não se esgote nele. Quanto à *credibilidade* da fonte de prova, seu objetivo é demonstrar ao julgador do mérito que ela não é confiável por algum motivo. Por outro lado, quanto aos *fatos narrados*, o propósito da inquirição é mitigar os efeitos desfavoráveis do depoimento sobre o julgador, extraindo-se eventuais inconsistências ou contradições, forçando a testemunha a modificar seu relato, ou até mesmo a admitir a inverdade de suas declarações. Ademais disso, o exame por parte do acusado ainda se presta ao papel de tentar obter informações favoráveis a ele, não relatadas pela testemunha até então.

Essa dimensão não exige que o depoimento das testemunhas de acusação seja produzido via uma técnica processual específica (v.g. *cross-examination* etc.), podendo haver mediação do juiz (*sistema presidencialista*).

Não obstante, o direito ao confronto exige que sejam preenchidas algumas condições mínimas ao ensejo da produção da prova.[15]

Em primeiro lugar, o acusado deve ter oportunidade *efetiva* de introduzir, durante o ato processual, fatos inconsistentes com o relato da testemunha, ou insinuar nova versão dos fatos que seja mais favorável a ele. Não satisfaz tal condição o mero encaminhamento prévio de perguntas *por escrito* para a testemunha, na medida em que, nessas circunstâncias, o acusado não tem como modificar estrategicamente a sua linha de questionamento, conforme a dinâmica da evolução do testemunho.

Ademais, o acusado também deve ter oportunidade *efetiva* de questionar a credibilidade da testemunha, arguindo fatos atinentes a caráter ou a suspeição, podendo observar as reações da testemunha. Logo, idealmente o acusado deve ter a testemunha em seu campo visual durante todo o depoimento, a fim de poder apreender a atividade comunicativa dela, em seus três níveis: *verbal*, *paraverbal* (tom, ritmo, volume da voz e emprego da linguagem) e *não verbal*, que consiste na linguagem corporal com um todo, incluindo tanto os comportamentos *voluntários* (v.g. foco do olhar; gestual; expressões faciais etc.) quanto os *involuntários* (v.g. sudorese; gagueira; tremor etc.).[16]

Por fim, o acusado deve poder se comunicar, de forma livre, reservada e ininterrupta, com seu defensor técnico durante todo o ato processual de inquirição das testemunhas de acusação. Tal direito é importante porque podem ser prestadas declarações cuja falsidade ou incorreção só o acusado consegue detectar. Nesse caso, o acusado deve poder relatar de imediato tais falsidades ou incorreções ao seu defensor técnico, a fim de que este último tenha tempo hábil para explorá-las durante o exame cruzado da testemunha.

É lícito concluir que o direito ao confronto serve a variegados propósitos: garantir a veracidade dos testemunhos; prevenir comportamentos impróprios por parte do Estado e seus agentes, consubstanciados na utilização proposital de elementos probatórios de qualidade inferior (por vezes obtidos mediante coerção); e demonstrar respeito pelo cidadão acusado, no plano simbólico.

---

15. MAFFEI, Stefano. Op. cit., p. 28 e ss.

16. ORLANDI, Mariagrazia. *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità*: aspetti giuridici, sociolinguisti e di comunicazione. Milano: Giuffrè, 2007. p. 138. Nesse sentido, se aduz que o meio de prova testemunhal é estruturalmente *complexo*, abrangendo tanto a narrativa dos fatos quanto o comportamento pessoal do narrador. Assim, é necessária a participação pessoal do responsável pela inquirição da testemunha, para que ele possa aferir a credibilidade da fonte de prova (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 151-152).

Portanto, o direito ao confronto possui conteúdo normativo *tridimensional*: *processual*, *probatório* e *simbólico*.

Quanto à primeira dimensão, o propósito do legislador foi o de prevenir práticas autoritárias por parte do Estado, consubstanciadas na substituição da prova oral produzida em audiência por declarações testemunhais escritas, produzidas antes de julgamento e forma inquisitiva.

No que tange à dimensão *probatória*, é lícito deduzir que o direito ao confronto possui valor *heurístico* ou *gnoseológico*, servindo de instrumento para o esclarecimento dos fatos, ao propiciar potencial incremento da confiabilidade dos elementos de prova.

Em primeiro lugar, ele minimiza os riscos de que as declarações testemunhais incriminadoras sejam fruto de coação ou intimidação, devido à publicidade que cerca sua colheita.

Além disso, ele assegura ao acusado a oportunidade de explorar as deficiências das declarações das testemunhas incriminadoras. Assim, o fato de a testemunha prestar declarações em público, sob compromisso legal de dizer a verdade e na presença do acusado, contribui para desencorajar falsos testemunhos, ou aumentar as chances de sua detecção. Por derradeiro, ele facilita a observação direta, por parte do julgador, do comportamento e da linguagem corporal da testemunha, o que potencialmente contribui para a correção da valoração judicial do elemento probatório testemunhal.

Por fim, no que toca à dimensão *simbólica*, o direito ao confronto também serve a importante propósito, pois o encontro face a face entre testemunha de acusação e acusado pode ser considerado componente essencial do processo penal intrinsecamente *justo*.[17]

Nesse sentido, o direito ao confronto é indicativo de processo penal que incorpora o valor do respeito à dignidade do acusado, ao permitir sua participação *pessoal*, *igualitária* e *ativa* nos procedimentos judiciários que afetam seus interesses. Por conseguinte, tal tratamento do acusado reforça a percepção social acerca da justiça ínsita ao funcionamento de administração da justiça criminal.

Do ponto de vista moral, o direito ao confronto pode, ainda, ser caracterizado como corolário da responsabilidade moral das testemunhas, pois há valores culturais que consideram abominável e covarde a prática de formular acusações de forma anônima ou às escondidas.

17. MASSARO, Tony. The dignity value of face-to-face confrontations. *University of Florida Law Review*, n. 40, p. 863-918, 1988.

Expostos os consectários lógicos que integram a estrutura normativa do direito ao confronto, é possível afirmar que nosso sistema processual, de uma forma geral, é compatível com o paradigma do direito ao confronto.

De fato, nosso texto magno prevê o princípio da publicidade dos atos processuais em seus artigos 5º, LX e 93, IX.

O nosso Código de Processo Penal, por sua vez, reitera tal princípio em seu artigo 792, além de disciplinar no seu Título VII ("Da prova"), Capítulo VI ("Das testemunhas") o procedimento probatório do meio de prova testemunhal (artigo 202 e seguintes).

Trata-se, portanto, de meio de prova *típico* em nosso ordenamento jurídico, cujo procedimento é informado pelos demais corolários do direito ao confronto: (i) oralidade (artigo 204); (ii) presença do acusado (artigos 217 e 260) e de seu defensor técnico (artigo 261); (iii) presença do julgador do mérito da causa (artigo 212); (iv) imposição do compromisso legal de dizer a verdade às testemunhas (artigo 203); (v) conhecimento do acusado acerca da verdadeira identidade das fontes de prova testemunhal (artigos 203 e 205); (vi) inquirição das testemunhas adversas pelo defensor técnico do acusado, contemporaneamente à produção da prova testemunhal (artigo 212).

Por outro flanco, a principal deficiência do nosso Estatuto Processual Penal é omitir uma proibição expressa de a sentença penal se basear em declarações testemunhais incriminadoras, produzidas fora dessas circunstâncias do procedimento probatório testemunhal.

Em que pese tal omissão, a estruturação de procedimento probatório informado pelo paradigma do direito ao confronto tem por consequência natural a *inadmissibilidade* das declarações testemunhais produzidas sem o respeito a esse direito fundamental.[18]

Trata-se de corolário da cláusula do devido processo legal: "as regras que disciplinam a formação e a produção das provas integram a garantia do devido processo legal, e sua inobservância conduz à invalidade e à exclusão da prova".[19]

Se as declarações testemunhais incriminadoras produzidas fora do paradigma do direito ao confronto não podem ser valoradas pelo juiz na sentença, a solução preferível é sua *exclusão física* dos autos do processo judicial, a fim de se

18. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit., p. 169-170.

19. FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre a prova no processo penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 23-40, jan.-jul. 1976.

prevenir o risco de que o teor dessas declarações influencie, ainda que de forma inconsciente, o convencimento do juiz acerca dos fatos sob julgamento.

3. Procedimento probatório do depoimento especial de criança ou adolescente vítima ou testemunha

O recorte epistemológico efetuado exclui aprofundamento sobre questões tais como os fundamentos filosóficos da extensão às crianças e adolescentes da titularidade dos direitos fundamentais tradicionalmente reconhecidos a adultos.[20]

Para fins do presente estudo, basta *enunciar* que os direitos fundamentais de crianças e adolescentes são consagrados pelo sistema internacional de Direitos Humanos.

Com efeito, o artigo 39 da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) sobre Direitos da Criança de 1989 (Decreto 99.710/90) dispõe que os Estados devem adotar medidas apropriadas para fomentar a recuperação física e psicológica, além da reintegração social, de crianças vítimas de qualquer forma de negligência, exploração ou abuso, tortura ou qualquer forma de tratamento ou punição cruel ou desumana, ou conflitos armados, em ambiente que promova a saúde, autoestima e dignidade das crianças.[21]

Ademais disso, o Conselho Econômico e Social da ONU editou a Resolução 20/2005, contendo *Diretrizes sobre questões judiciais envolvendo crianças vítimas e testemunhas de crimes*.

Avulta a importância dos *princípios transversais* previstos em seu item III, de cumprimento obrigatório por profissionais e outros responsáveis pelo bem-estar de crianças vítimas e testemunhas de crimes, para assegurar a justiça: (i) *dignidade*: toda criança é ser humano único e valioso, sendo sua dignidade, necessidades, interesses e privacidade merecedores de respeito e proteção; (ii) *não discriminação*: direito à tratamento justo e igualitário, independentemente de raça, etnia, cor, gênero língua, religião, opinião, nacionalidade, origem, incapacidade, nascimento ou outro *status*; (iii) *melhor interesse*: direito à consideração prioritária do seu melhor interesse, embora os direitos do acusado devam ser protegidos; (iv) *proteção*: direito à vida e à proteção contra qualquer

20. Nessa perspectiva teórica, ver: DAILEY, Anne. Children's constitutional rights. *Minnesota Law Review*, n. 95, p. 2.099-2.179, 2011.

21. Sobre tal Convenção, ver: SILVA, José Afonso da. Direitos humanos da criança. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 5-13, 1999.

forma de sofrimento, abuso (físico, psicológico, mental ou emocional) ou negligência; (v) *desenvolvimento harmonioso*: direito à oportunidade de desenvolvimento harmonioso e a padrão de vida adequado ao crescimento físico, mental, espiritual, moral e social. Caso a criança tenha sido traumatizada, todas as medidas devem ser adotadas para assegurar seu desenvolvimento mental saudável; (vi) *direito à participação*: direito à liberdade de expressão, em suas próprias palavras, e a contribuir especialmente para decisões judiciais que afetem sua vida, mediante valoração judicial compatível com suas habilidades, idade, maturidade intelectual e desenvolvimento.

São destacáveis os itens XI (*Direito à proteção contra sofrimento durante o processo judicial*) e XIV (*Direito a medidas especiais de prevenção*) da Resolução em apreço.

O primeiro exige que os profissionais adotem medidas para prevenir sofrimento durante a investigação e o julgamento, a fim de assegurar o respeito ao melhor interesse e à dignidade de vítimas e testemunhas infantis.

Tais medidas incluem postura sensível, acolhedora e informativa dos profissionais, com planejamento e acompanhamento contínuo da criança durante sua participação; tramitação prioritária da investigação e do processo criminal; *uso de procedimentos especiais* (v.g. salas de audiências adaptadas; serviços interdisciplinares; pausas durante depoimentos; horários compatíveis com a idade e maturidade da criança; limitação quantitativa de depoimentos por gravações audiovisuais; separação física do acusado durante o depoimento; participação de peritos em Psicologia etc.).

O segundo, por outro flanco, prevê medidas especiais adicionais, cabíveis em casos de crianças vítimas ou testemunhas consideradas *especialmente vulneráveis* à vitimização secundária ou recorrente. Tais medidas devem ser abrangentes e customizadas, desenvolvidas e implementadas nos casos em que houver risco de vitimização adicional, levando em conta a natureza da vitimização (doméstica, sexual, institucional ou traficância), podendo incluir inciativas governamentais ou privadas.

No âmbito da União Europeia, interessa a Convenção do Conselho da Europa sobre a Proteção de Crianças contra Exploração e Abuso Sexual de 2007.

Seu Capítulo VII é chamado *Investigação, persecução e direito processual*. O artigo 30 estabelece os *princípios gerais*: (i) cada Estado deve adotar medidas necessárias para assegurar que investigações e processos criminais sejam conduzidos no melhor interesse e respeitando os direitos da criança; (ii) cada Estado deve adotar perspectiva protetora das vítimas, assegurando que as investigações e procedimentos criminais não agravem o trauma da criança, e que a resposta da justiça

criminal seja seguida de assistência; (iii) cada Estado deve garantir que as investigações e procedimentos recebam tratamento prioritário, sendo conduzidos sem atrasos injustificáveis; (iv) cada Estado deve certificar-se que as medidas protetivas previstas na Convenção *não prejudiquem o direito de defesa e as exigências de um julgamento justo e imparcial*, em conformidade com o artigo 6º da CEDH; (v) cada Estado deve adotar medidas necessárias, em conformidade com princípios fundamentais do seu direito interno, para assegurar efetiva investigação e persecução das infrações penais previstas na Convenção, inclusive operações encobertas e identificação de vítimas de pornografia infantil via análise de fotografias e gravações transmitidas por tecnologias de informação e comunicação.

São de especial interesse os seus artigos 35 (*depoimentos da criança*) e 36 (*procedimentos judiciais criminais*).

Aquele dispositivo preconiza que cada Estado deve tomar medidas necessárias para que os depoimentos da criança: (i) sejam tomados sem atraso injustificado, após a apresentação da notícia-crime; (ii) sejam colhidos em *recintos arquitetados ou adaptados para tal fim*; (iii) sejam feitos por profissionais treinados para tanto; (iv) sejam conduzidos pelas mesmas pessoas; (v) sejam limitados à quantidade *mínima* indispensável ao propósito dos procedimentos criminais; (vi) sejam acompanhados pelo responsável pela criança ou, quando apropriado, por adulto escolhido pela criança, a não ser que haja decisão judicial racional em sentido contrário.

Além disso, cada Estado deve adotar medidas necessárias para que todos os depoimentos da vítima possam ser gravados, e tais gravações possam ser admitidas como prova em procedimentos judiciais, de acordo com o direito interno.

Quando a vítima tiver idade incerta e houver razões para acreditar que ela é uma criança, as medidas protetivas anteriores serão aplicadas na pendência de verificação da sua idade.

O segundo dispositivo, por sua vez, reza que cada Estado deverá, respeitados os regramentos sobre a autonomia das profissões legais, adotar medidas para assegurar disponibilidade de treinamento sobre direitos das crianças e exploração e abuso de crianças para todos os envolvidos nos procedimentos.

Ademais, cada Estado deverá implementar medidas necessárias para garantir, de acordo com seu direito interno: (i) realização do depoimento *a portas fechadas*, por determinação judicial; (ii) uso de tecnologias de comunicação adequadas para a vítima prestar depoimento *sem estar presente na sala de audiências*.

Em sentido semelhante, a Diretiva 2012/29/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, estabelece diretrizes acerca dos *standards* mínimos sobre direitos, suporte e proteção de vítimas de crimes.

Seu Capítulo 4 é intitulado *Proteção de vítimas e reconhecimento de vítimas com necessidades especiais de proteção*. Para fins do presente estudo interessam especialmente seus artigos 23 (*Direito à proteção de vítimas com necessidades específicas durante procedimentos criminais*) e 24 (*Direito à proteção de vítimas infantis durante procedimentos criminais*).

O primeiro dispositivo impõe aos Estados, *sem prejuízo do direito de defesa*, e de acordo com a discricionariedade judicial, assegurar às vítimas com necessidades especiais de proteção – devido à sua particular vulnerabilidade à vitimização secundária ou repetitiva, intimidação ou retaliação – medidas de proteção previstas nesse dispositivo. A aplicação dessas medidas deve ser feita mediante *avaliação individual*, podendo ser afastada caso restrições operacionais ou práticas a inviabilize, ou houver necessidade urgente de entrevistar a vítima, sob pena de prejudicá-la ou a terceiro, ou prejudicar o curso dos procedimentos criminais.

As medidas protetivas em espécie são: (i) depoimentos de vítimas colhidos em recintos arquitetados ou adaptados para esse propósito; (ii) depoimentos de ofendidos amealhados por profissionais com treinamento específico; (iii) depoimentos de vítimas tomados pela mesma pessoa; (iv) depoimentos de vítimas de violência sexual, de gênero, ou em relações familiares conduzidos por Juiz, Promotor, ou pessoa do mesmo gênero da vítima, caso esta prefira e não haja prejuízo à tramitação processual; (v) *medidas para evitar contato visual entre vítimas e ofensores durante depoimentos por meios apropriados*, inclusive tecnologia da comunicação; (vi) *medidas para assegurar que as vítimas possam ser ouvidas nas salas de audiências sem estarem presentes*, especialmente pelo uso adequado da tecnologia da comunicação; (vii) medidas para evitar perguntas impertinentes sobre a vida pessoal da vítima; (viii) medidas para que o depoimento seja prestado em sigilo.

Já o dispositivo subsequente trata das vítimas infantis, prevendo medidas protetivas adicionais: (i) gravações audiovisuais de depoimentos durante investigações criminais e seu uso como elemento de prova em processos criminais: (ii) nomeação de *curador especial* durante investigações e processos criminais, quando os responsáveis pela vítima não puderem representá-la, em razão de conflito de interesses, ou a vítima estiver desacompanhada ou separada da sua família; (iii) direito da vítima à assistência jurídica, nos casos de conflitos de interesses com seus responsáveis.

Por fim, tal dispositivo prevê que, quando a idade da vítima for incerta e houver razões para crer que ela é uma criança, ela será presumida como tal.

Por sua vez, a Seção IV da Recomendação R(97)13 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa prevê procedimentos específicos de produção da prova aplicáveis às *testemunhas vulneráveis*, especialmente em casos de criminalidade intrafamiliar.

Tais procedimentos incluem: (i) dispensa imediata de assistência profissional à testemunha, quando ela efetuar notícia-crime, e entrevista da testemunha por equipe adequadamente treinada; (ii) tomada do depoimento da testemunha o mais cedo possível e de forma particularmente cuidadosa, respeitosa e meticulosa; (iii) proibição de repetição desse depoimento, que deve ser colhido por autoridade judicial, tendo a defesa "oportunidade suficiente para contestar esse testemunho"; (iv) gravação audiovisual do depoimento prestado na fase da investigação preliminar, caso apropriada, *para evitar confronto face a face e depoimentos repetitivos desnecessários, que possam causar trauma*. Durante o julgamento, tecnologias audiovisuais podem ser empregadas para se ouvir interessados, *sem encontro presencial*; (v) inquirição da testemunha atentamente supervisionada pelo Juiz. Quando o exame cruzado (especialmente em casos de violência sexual) puder produzir efeito traumático na testemunha, o Juiz pode adotar medidas adequadas para controlar a forma de inquirição; (vi) fato de o depoimento infantil não ser prestado sob compromisso não deve, por si só, ser considerado fundamento para sua inadmissão.[22]

No Brasil, a partir principalmente da segunda metade do Século XX, houve ruptura paradigmática: crianças e adolescentes deixaram de serem vistos como objetos da tutela estatal, passando à condição de sujeitos titulares de direitos fundamentais, submetidos a regime jurídico especial caracterizado pela *proteção integral* e *prioritária*.[23]

Nessa toada, o artigo 227 do texto magno (na redação da Emenda Constitucional 65/10) consagra os direitos fundamentais da criança e do adolescente 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 da proteção ante a negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Há dever estatal, social e familiar de assegurar à criança e ao adolescente, "com absoluta prioridade", a fruição dos sobreditos direitos fundamentais.

O artigo 3º da Lei 8.069/90, por seu turno, estende a crianças e adolescentes a titularidade dos direitos fundamentais intrínsecos à pessoa humana, ademais do regime jurídico de *proteção integral* conferido pela sobredita lei ordinária.

22. Sobre as variegadas medidas de proteção existentes no Direito Comparado, ver: ELLISON, Louise. *The adversarial process and the vulnerable witness*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 33 e ss.

23. LIMA, Renata Mantovani de e outros. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. *Revista de Políticas Públicas*, Brasília, v. 07, n. 02, p. 314-329, ago. 2017.

Já a Lei 13.431/17 instituiu sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, criando mecanismos para prevenir e reprimir tal violência, nos termos do artigo 227 do texto magno, da Convenção sobre os Direitos da Criança (Decreto 99.710/90), da Resolução 20/2005 do Conselho Econômico e Social da ONU e outras convenções internacionais, além de estabelecer medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência (artigo 1º).

Tal diploma assegura à criança e ao adolescente a fruição dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, assegurando-lhes proteção integral e oportunidades/facilidades para uma vida pacífica, preservando sua higidez física e mental e condições para seu livre e pleno desenvolvimento moral, intelectual e social, além de prever direitos *específicos* inerentes à condição de vítima ou testemunha (artigo 2º).[24]

São consideradas formas de *violência*, para efeito de incidência do diploma em apreço, a: (i) *física*; (ii) *psicológica*: inclui qualquer conduta discriminatória, depreciativa ou desrespeitosa, que possa comprometer o desenvolvimento psíquico ou emocional; alienação parental; exposição a crime violento contra familiar ou membro de rede de apoio; violência sexual; abuso sexual; exploração sexual comercial; tráfico de pessoas; e (iii) *institucional*: praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização (artigo 4º).

A legislação em comento é originária do Projeto de Lei 3.792/15, apresentado pela Deputada Maria do Rosário (PT/RS).

Sua exposição de motivos revela que tal *disegno di legge* é originário de Anteprojeto de Lei, da lavra de Grupo de Trabalho sobre o Marco Normativo da Escuta de Crianças e Adolescentes. Este foi composto por especialistas e teve como principal vetor de política legislativa proteger os direitos fundamentais de crianças e adolescentes expostos ao sistema de administração da justiça criminal, na qualidade de vítimas ou testemunhas de violência, evitando sua revitimização.[25]

---

24. O sistema de garantia de direitos introduzido pela legislação em análise pode ser aplicado, em caráter facultativo, a vítimas e a testemunhas de violência entre 18 e 21 anos (artigo 3º, parágrafo único, da Lei 13.431/17).

25. Tal Projeto de Lei foi resultado de articulação política entre a ONG Childhood Brasil, a Frente Parlamentar Mista de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e Adolescente, a UNICEF Brasil, a Associação Brasileira de Psicologia Jurídica e especialistas na matéria (PÖTTER, Luciane. A Lei n. 13.431/2017: a escuta protegida e os desafios da implantação do sistema de garantia de direitos para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. In: PÖTTER, Luciane (Org.). *A escuta protegida de crianças*

É lícito supor que o instituto do *depoimento especial* sofreu grande influência de seu antecedente histórico: o *depoimento sem dano*.

Esse foi instituído em 2003 pelo Juiz José Antônio Daltoé Cezar, no âmbito da 2ª Vara do Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre/RS, tendo como principal objetivo a proteção psicológica das vítimas infantis e adolescentes, evitando sua revitimização por sucessivos depoimentos, nas esferas *administrativa*, *policial* e *judicial*.

Com esse propósito, foi instituído procedimento probatório consistente na realização de incidente jurisdicional de produção antecipada da prova testemunhal, a fim de evitar que o trauma ínsito às sucessivas inquirições da criança ou adolescente cause um dano psicológico secundário maior do que o necessário.[26]

Tal incidente é realizado de forma simultânea em duas salas, interligadas por circuito audiovisual interno. Em recinto reservado, a vítima presta depoimento a psicóloga ou assistente social. Na sala de audiências, permanecem os demais sujeitos processuais. O Magistrado toma o depoimento por intermédio do profissional que se encontra com a vítima, evitando exposição desta última aos demais participantes do ato processual, notadamente ao acusado. Ademais, é efetuada gravação desse depoimento em mídia juntada aos autos, permitindo assim que as diversas instâncias do Poder Judiciário e as partes revejam o depoimento.

Segundo o seu artífice intelectual, o *depoimento sem dano* atende a três objetivos principais: (i) redução do dano causado à criança ou adolescente vítima ou testemunha, durante seu depoimento; (ii) garantia de respeito aos direitos fundamentais dessa criança ou adolescente; (iii) aperfeiçoamento do procedimento probatório.[27]

Após, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação 33/10, sugerindo aos Tribunais pátrios a adoção do chamado *depoimento especial*, pela

e adolescentes: os desafios da implantação da Lei n. 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 25-48).

26. CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano*: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 98 e ss. Em sede doutrinária já se defendia em 2001 a inquirição da criança por intermédio de profissional capacitado da área da Psicologia, por aplicação analógica do artigo 223 do Código de Processo Penal, em Câmara de Gesell (DOBKE, Veleda. *Abuso sexual: a inquirição das crianças: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001. p. 91 e ss.).

27. CEZAR, José Antônio Daltoé. Op. cit., p. 61-62.

"criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais".

Tal Recomendação inclui as seguintes diretrizes: (i) implementação de sistemas para transmissão audiovisual de depoimentos de crianças e adolescentes, em recinto separado da sala de audiências, com participação de profissional especializado; (ii) sistemas consistentes em equipamentos eletrônicos, tela de imagem, painel remoto de controle, mesa de gravação em CD e DVD para registro de áudio e imagem, cabeamento, controle manual para *zoom*, ar-condicionado para manutenção dos equipamentos eletrônicos e apoio técnico qualificado; (iii) recinto separado, para assegurar segurança, privacidade, conforto e condições de acolhimento ao depoente; (iv) capacitação dos participantes do ato processual para emprego do depoimento especial, usando a técnica da entrevista cognitiva; (v) primeira fase do depoimento especial (*acolhimento*) com prestação de esclarecimento ao depoente sobre o motivo e efeito de sua participação, enfatizando sua especial condição, preferencialmente com cartilha específica; (vi) capacitação dos órgãos auxiliares da Justiça para propiciar apoio, orientação e encaminhamento de assistência à saúde física e emocional do depoente e sua família, durante e após o ato processual; (vii) medidas que assegurem celeridade processual, reduzindo-se o lapso temporal entre a oferta da notícia-crime e a audiência de depoimento especial.

O maior problema do *depoimento sem dano* era a falta de procedimento probatório previsto em lei ordinária, tratando-se de prova *atípica* e *irritual* que ensejava violação ao cânone do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da Carta Constitucional).[28]

Tal problema foi superado com a edição da Lei 13.431/17.[29]

Para fins deste estudo, interessa o seu artigo 4º, § 1º, que dispõe o seguinte: "Para os efeitos desta Lei, a criança e adolescente serão ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial".

O Título III dessa legislação (*Da escuta especializada e do depoimento especial*) regulamenta o procedimento probatório do depoimento especial.

28. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005. p. 303-318.

29. Sobre tal diploma, ver: ZAVATTARO, Mayra dos Santos. *Depoimento especial*: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei n. 13.431/2017. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

De início, é feita diferenciação entre os conceitos de *escuta especializada* e *depoimento especial*.

O primeiro é procedimento de entrevista, sobre conjuntura de violência, com criança ou adolescente, feito por órgão (da Administração Pública ou não governamental) integrante da rede de proteção (nos termos do artigo 86 da Lei 8.069/90), limitando-se ao relato daquilo que for estritamente necessário à consecução da sua finalidade (artigo 7º).

O segundo, por sua vez, é procedimento de colheita do depoimento da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência, perante autoridade policial ou judiciária (artigo 8º).

Os dispositivos subsequentes trazem as seguintes diretrizes gerais: (i) proteção do depoente contra qualquer contato, ainda que visual, com o acusado ou pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento (artigo 9º); (ii) realização em recinto apropriado e acolhedor, que garanta a privacidade do depoente (artigo 10); (iii) realização do depoimento especial, "sempre que possível", por uma única vez, em sede de incidente jurisdicional de produção antecipada de prova, garantida a ampla defesa do investigado. Quando o depoente tiver menos de sete anos, ou em caso de violência sexual, tal incidente é obrigatório. Em regra, não haverá novo depoimento especial, exceto quando sua imprescindibilidade for justificada pela autoridade competente e houver concordância do depoente ou de seu representante legal (artigo 11).

O procedimento probatório do depoimento especial propriamente dito tem as seguintes características: (i) esclarecimento ao depoente, por profissionais especializados, sobre direitos e procedimentos adotados, vedada leitura de peças processuais; (ii) garantia de livre narrativa sobre situação de violência, facultada intervenção do profissional especializado via técnicas que permitam elucidação dos fatos; (iii) transmissão em tempo real do depoimento para a sala de audiência, resguardado seu sigilo; (iv) avaliação judicial, após manifestações das partes e assistentes técnicos, sobre a pertinência de perguntas complementares organizadas em bloco; (v) adaptação das perguntas à linguagem do depoente pelo profissional especializado; (vi) gravação audiovisual do depoimento; (vii) direito de prestar declarações diretamente ao Juiz; (viii) adoção de medidas necessárias à preservação da intimidade e privacidade do depoente; (ix) exclusão física do acusado da sala de audiência, caso o profissional especializado entenda que sua presença pode prejudicar o depoimento ou colocar o depoente em risco; (x) restrições judiciais à transmissão em tempo real do depoimento ou à gravação audiovisual do depoimento, caso haja risco à vida ou à integridade física do depoente; (xi) regulamentação do sigilo da mídia contendo gravação audiovisual

do depoimento, para garantir intimidade e privacidade do depoente; (x) tramitação em segredo de justiça (artigo 12).[30]

4. Proporcionalidade das restrições ao direito ao confronto causadas pelo depoimento especial

Não há dúvidas de que o procedimento probatório do depoimento especial causa *consideráveis* restrições a variegados direitos integrantes da sobredita estrutura normativa do direito ao confronto.

No que concerne à aplicação do procedimento probatório em apreço às crianças e adolescentes vítimas e testemunhas, trata-se de providência *obrigatória*, havendo discricionariedade judicial somente quanto às vítimas e testemunhas entre dezoito e vinte e um anos (artigo 3º, parágrafo único, da Lei 13.431/17).

Ao que tudo indica, o legislador criou espécie de *presunção absoluta (juris et de jure) de vulnerabilidade* das vítimas e testemunhas menores de dezoito anos, a autorizar restrições consideráveis ao direito ao confronto do acusado.

Quanto ao direito fundamental do acusado à produção da prova testemunhal em audiência *pública*, o regime de *segredo de justiça* na audiência de depoimento especial (artigo 12, § 6º, da Lei 13.431/17) – reforçado pelo sigilo na transmissão

30. A legislação em comento foi regulamentada pelo Decreto 9.603/18, cuja Seção III traz alguns aspectos adicionais do depoimento especial, notadamente: (i) respeito à opção do depoente de não falar sobre a violência sofrida; (ii) gravação do depoimento especial em equipamento que assegure qualidade audiovisual; (iii) sala de depoimento especial de cariz reservado, silencioso, com decoração acolhedora e simples, e adequado ao desenvolvimento do depoente; (iv) possibilidade de sala para a observação da sala de depoimento especial, ou equipamento tecnológico que permita acompanhamento do ato e contribuição por outros profissionais (da segurança pública e da justiça); (v) regulação por protocolo de oitiva; (vi) necessidade de capacitação das autoridades responsáveis pela condução do depoimento especial; (vii) vedação de perguntas que possam induzir relato; (viii) proibição de perguntas que violem a dignidade do depoente ou possam caracterizar violência institucional; (ix) condução do depoimento pelo profissional especializado de forma livre, sem interrupções, assegurada sua autonomia profissional e respeito aos códigos de ética e normas profissionais; (x) formulação de perguntas pelos integrantes da sala de observação, após conclusão do depoimento; (xi) adaptação das perguntas à linguagem e nível de desenvolvimento cognitivo e emocional do depoente; (xii) respeito às pausas prolongadas, aos silêncios e aos tempos de que o depoente necessitar; (xiii) registro na íntegra do depoimento; (xiv) remarcação do depoimento caso ocorram problemas técnicos impeditivos, ou bloqueios emocionais, que impeçam sua conclusão (artigos 22 a 26).

do depoimento especial para a sala de audiência (artigo 12, III, da Lei 13.431/17) e pela tutela da intimidade e privacidade do depoente (artigo 12, § 2º, da Lei 13.431/17) – implica realização da audiência *a portas fechadas*.

No que tange ao direito fundamental do acusado a *presenciar* a produção da prova testemunhal, a proteção do depoente contra "qualquer contato, ainda que visual" com o acusado (artigo 9º da Lei 13.431/17), viabilizada pela transmissão em tempo real do depoimento para a sala de audiência (artigo 12, III, da Lei 13.431/17), implica *segregação física* entre depoente e acusado, figurando aquele como *testemunha remota* (que depõe por videoconferência).[31]

Não obstante, o legislador foi além, prevendo duas hipóteses que ensejam restrições ainda mais intensas ao direito ao confronto.

A primeira é a previsão de que o depoimento especial "*sempre* que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial", sendo tal produção antecipada *obrigatória* quando o depoente tiver menos de sete anos ou em caso de violência sexual (artigo 11 da Lei 13.431/17).

A segunda se dá quando o acusado for excluído da sala de audiência, pelo fato de o profissional especializado entender que sua presença "pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco" (artigo 12, § 3º, da Lei 13.431/17).

Assim, nessa segunda hipótese o direito ao confronto sofre *duas restrições cumulativas*: uma pela separação física entre depoente (que fica na sala de depoimento especial) e acusado (que em regra fica na sala de audiência), e outra pela exclusão do acusado da sala de audiência.

Questão fulcral é saber se tais restrições são *proporcionais* ou não.

De início, cabe salientar que o grande paradoxo do Direito Processual Penal é a convivência entre suas duas finalidades precípuas e antitéticas: *eficácia* na realização da justiça e *proteção* dos direitos fundamentais do acusado.

Diante da impossibilidade de integral harmonia entre elas, logrou-se atingir na maioria dos Estados Democráticos de Direito aquilo que Jorge de Figueiredo Dias denomina de *concordância prática* dessas finalidades em conflito, "de modo que de cada uma se salve, em cada situação, o máximo conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais".[32]

31. MALAN, Diogo Rudge. Op. cit., p. 170 e ss.

32. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo Código de Processo Penal. *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 369, p. 5-23, 1987.

Assim, tal conflito entre o direito fundamental do acusado ao confronto e os direitos fundamentais da criança ou adolescente que depõe em juízo deve ser solucionado conforme os *standards* da *proporcionalidade*, cujo conteúdo condiciona quaisquer medidas processuais penais que restrinjam direitos fundamentais.

Tal postulado abrange dois pressupostos, um formal (*legalidade*) e outro material (*justificação teleológica*).

O primeiro impõe que a medida restritiva de direitos fundamentais esteja prevista em *lei*. Embora não assegure que a medida em tela tenha conteúdo determinado, a legalidade garante a previsibilidade e a legitimidade democrática da atuação do Estado.

O segundo exige que toda atuação restritiva de direitos fundamentais tenha finalidade *legítima*, do ponto de vista constitucional, e socialmente relevante.

Ademais, a medida em apreço precisa satisfazer requisitos *extrínsecos* (com relação ao conteúdo dela em abstrato) e *intrínsecos* (relacionados ao conteúdo dela no caso concreto).

Os requisitos extrínsecos englobam a *judicialidade* (reserva jurisdicional quanto à decretação da medida) e a *motivação* do decreto judicial.

Os requisitos intrínsecos abrangem a *idoneidade*, a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido estrito*. Por força da idoneidade, a medida deve ser apta à consecução dos seus objetivos. A necessidade impõe sejam cotejadas todas as medidas idôneas e escolhida a menos restritiva dos direitos fundamentais individuais. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito demanda ponderação entre os interesses envolvidos, para verificar se o grau de restrição ao direito fundamental individual guarda relação *razoável* ou *proporcional* com os interesses estatais tutelados pela medida.[33]

Segundo Robert Alexy, há relação de *primazia prima facie* de direitos fundamentais individuais sobre interesses públicos: aqueles têm peso inicial superior, motivo pelo qual há ônus argumentativo maior – consubstanciado em *razões fortíssimas* – para que o interesse público possa prevalecer sobre direito fundamental individual, em sede de ponderação.[34]

Nada obstante, na aferição da proporcionalidade de restrições causadas ao direito ao confronto pelo procedimento probatório do depoimento especial, deve

33. GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990. p. 69 e ss.

34. ALEXY, Robert. Derechos individuales y bienes colectivos. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1994. p. 179-208.

ser considerado que a criança ou adolescente vítima ou testemunha, à semelhança do acusado, é titular de *direitos fundamentais individuais*, assim reconhecidos pela Declaração de Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abusos de Poder (aprovada pela Resolução 40/34 da Assembleia Geral da ONU, de 29 de novembro de 1985) e pela doutrina.[35]

Por um lado, o direito fundamental do acusado ao confronto tende a induzir testemunhos mais verazes, devido à maior dificuldade em se mentir face a face com a pessoa implicada na mentira e à presença de auditório, onde sempre pode haver alguém pronto a revelar fatos que desmintam o teor inverídico do testemunho.

Por outro flanco, a tutela dos direitos fundamentais da criança ou adolescente vítima ou testemunha igualmente contribui para a reconstrução histórica mais correta dos fatos sobre julgamento, também se revestindo de interesse público relevante e indisponível.

Dessarte, a criança ou adolescente vítima ou testemunha, especialmente de crime sexual, em regra se enquadra no conceito de *testemunha vulnerável*: aquela que, devido às suas próprias condições pessoais ou à natureza da infração penal praticada, pode ser intimidada com facilidade, tornando-se incapaz de prestar declarações com liberdade, caso ela seja inquirida na presença física do acusado.[36]

Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) vem decidindo que o procedimento probatório criminal pode incluir medidas para não colocar em risco injustificado direitos fundamentais (à vida, à liberdade, à segurança etc.) de vítimas e testemunhas, *desde que* tais medidas protetivas possam ser reconciliadas com o exercício dos direitos da defesa.[37]

No caso AM *vs.* Itália, o TEDH apreciou condenação por abuso sexual de menor baseada exclusivamente na leitura em audiência de testemunhos extrajudiciais escritos prestados, sem presença nem participação do acusado, pelos pais da vítima e psicóloga infantil, via cartas rogatórias cumpridas nos Estados Unidos da América. No seu pedido de cooperação jurídica internacional, o Ministério Público italiano recomendou que nenhum Advogado deveria participar da tomada desses depoimentos por autoridades norte-americanas.

35. FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 21 e ss.

36. MAFFEI, Stefano. Op. cit., p. 52 e ss.; MALAN, Diogo Rudge. Op. cit., p. 185 e ss.

37. LONATI, Simone. Il diritto dell'accusato a "interrogare o far interrogare" le fonti di prova a caricoTorino: Giappichelli, 2008. p. 252 e ss.

A Corte de Estrasburgo reconheceu que a admissibilidade probatória é matéria a ser regulada principalmente pela legislação doméstica e, como regra geral, cabe aos Tribunais nacionais valorar o resultado da prova. O papel do TEDH não é reexaminar decisões pontuais sobre a admissão judicial de declarações testemunhais, e sim aferir se o procedimento criminal *como um todo* (inclusive a admissão probatória) foi *justo*.

A Corte reconheceu violação ao artigo 6.3.d da CEDH porque, em regra, toda prova testemunhal incriminadora deve ser produzida em audiência pública, na presença do acusado, e *com vistas à argumentação em contraditório* ("with a view to adversarial argument"). Assim, o acusado deve ter oportunidade *adequada* e *apropriada* para confrontar e questionar a testemunha contra si, seja durante a produção da prova, seja em fase posterior do procedimento.[38]

Já o caso PS *vs.* Alemanha versou sobre condenação por abuso sexual de menina de oito anos baseada exclusivamente em testemunhos indiretos (*hearsay*), prestados pela mãe da vítima e por policial que havia tomado o depoimento da ofendida. O Tribunal local decidiu não ouvir a vítima para proteger seu desenvolvimento pessoal, pois sua genitora informou que ela havia reprimido suas lembranças sobre o ocorrido, e sofreria intensamente caso fosse lembrada dele.

O TEDH reconheceu violação ao artigo 6.3.d da CEDH, reiterando que como regra toda prova deve ser produzida em audiência pública, na presença do acusado, e *com vistas à argumentação em contraditório*. Assim, o acusado deve ter oportunidade *adequada* e *apropriada* para confrontar e questionar a testemunha contra si, seja durante a produção da prova, seja em fase posterior do procedimento.

Não obstante, a Corte de Estrasburgo também entende que os interesses da defesa devem ser ponderados com os direitos fundamentais da vítima ou testemunha à vida, à liberdade e à segurança, além de outros direitos protegidos pelo artigo 8º da CEDH.

As restrições violam o direito ao confronto especialmente quando a condenação estiver baseada, de modo *exclusivo* ou *decisivo*, em declarações testemunhais prestadas por quem o acusado não teve oportunidade de confrontar, seja na fase da investigação preliminar, seja durante o julgamento.[39]

No caso SN *vs.* Suécia, por sua vez, o TEDH entendeu não restar caracterizada violação ao artigo 6.3.d da CEDH. Tratou-se de condenação por abuso sexual de menino de 10 anos baseada na exibição de gravação audiovisual de depoimento

38. TEDH, caso AM *vs.* Itália, sentença de 14 de março de 2000, §§ 24-28.

39. TEDH, caso PS *vs.* Alemanha, sentença de 04.09.2002, §§ 21-24.

policial da vítima, na leitura pública da transcrição de outro depoimento policial do ofendido e em testemunhos derivativos (*hearsay*) prestados pela genitora e professora da vítima.

O investigado foi notificado sobre as suspeitas contra si durante a fase da investigação preliminar, recebeu cópia do relatório policial, teve defensor técnico nomeado e oportunidade de apresentar considerações e requerer novo depoimento da vítima. Um segundo depoimento policial da vítima foi tomado a pedido do defensor técnico, que combinou de antemão os pontos a serem indagados e concordou em não estar presente ao ato. Após, o defensor técnico recebeu transcrição da gravação desse novo depoimento.

A Corte de Estrasburgo afirmou que o uso de declarações testemunhais extrajudiciais, por si só, não é inconsistente com o direito ao confronto (artigo 6.3.d da CEDH), desde que os direitos de defesa sejam respeitados. Além disso, foi decidido que o artigo 6º da CEDH não confere um direito *absoluto* ao comparecimento de testemunhas ao julgamento, cabendo aos Tribunais nacionais decidirem se é necessário ou aconselhável ouvir determinada testemunha.

Procedimentos especiais protetivos da vítima de abuso sexual podem ser adotados, desde que eles possam ser reconciliados com o exercício adequado e efetivo dos direitos de defesa, inclusive via *medidas compensatórias* ("*counterbalance measures*").

No caso concreto, o TEDH decidiu que o não comparecimento da vítima ao julgamento foi compensado pelo fato de o defensor técnico do acusado ter: (i) requerido a tomada de novo depoimento extrajudicial da vítima; (ii) concordado com a forma de condução dessa entrevista; (iii) aquiescido com sua própria ausência durante o ato; (iv) renunciado ao seu direito à gravação audiovisual desse depoimento; (v) encaminhado perguntas que foram feitas pela polícia à vítima.

Ademais disso, segundo a Corte de Estrasburgo o artigo 6.3.d da CEDH não exige que, em casos de procedimentos especiais protetivos de vítimas, as perguntas sejam feitas *diretamente* pelo acusado ou seu defensor técnico, via exame cruzado ou outros meios, desde que o acusado tenha oportunidade efetiva de questionar o conteúdo do relato da testemunha e sua credibilidade.

Tais casos excepcionais devem ser reexaminados pelo TEDH com *extremo cuidado*, devendo o procedimento extrajudicial de entrevista da criança satisfazer "*rigorosos standards procedimentais e de conteúdo*" ("high standards with regard to procedure and content").[40]

40. TEDH, caso SN *vs.* Suécia, sentença de 02 de outubro de 2002, §§ 43-54.

A Suprema Corte estadunidense (SCOTUS), por sua vez, ao julgar o caso *Coy v. Iowa*,examinou alegações de violações ao direito ao confronto e à presunção de inocência, feitas por acusado de abusar sexualmente de duas adolescentes de 13 anos.

Antes do testemunho das vítimas, foi colocada tela na sala de audiências para que o acusado não pudesse vê-las. O recurso do acusado foi fundamentado nos argumentos de que essa tela violou o seu direito a confrontar face a face suas acusadoras, e o fez parecer culpado precocemente.

A SCOTUS reconheceu que a tela interposta entre vítimas adolescentes e acusado inviabilizou o confronto face a face e pode ter influenciado o resultado do julgamento, ensejando violação à VI Emenda. A Suprema Corte reconheceu que, se por um lado o confronto face a face com o acusado pode constranger a vítima veraz, por outro flanco ele pode confundir e desmascarar o acusador falso ou revelar criança ensaiada por adulto malévolo.

Por fim, a SCOTUS redarguiu que um Tribunal não pode restringir o direito ao confronto com base em lei *genérica*, e no caso concreto o Tribunal não forneceu uma *razão específica* para o uso da tela na sala de audiência.[41]

Ao julgar o caso *Maryland v. Craig*, a Suprema Corte admitiu, por diferença de um voto, exceção ao direito ao confronto.

Nesse caso, as vítimas de abuso sexual eram quatro crianças (de quatro, cinco e seis anos) que foram examinadas por terapeutas, os quais concluíram que, caso as vítimas prestassem depoimento na presença física da acusada, teriam grave sofrimento emocional, que poderia impedi-las de se comunicar razoavelmente na sala de audiência.

Assim, o Tribunal decidiu adotar procedimento pelo qual as vítimas prestaram seus depoimentos fora da sala de audiência, via circuito unidirecional de videoconferência. No mesmo recinto das crianças ficaram acusador e defensor técnico, que puderam fazer seus exames direto e cruzado. Na sala de audiências ficaram juiz, jurados e acusada. Durante tal depoimento, a acusada pôde se comunicar com seu defensor técnico via comunicação eletrônica.

Nesse ensejo, a SCOTUS entendeu que a função precípua do direito ao confronto é assegurar a *confiabilidade* da prova contra o acusado, ao submetê-la a teste rigoroso durante procedimento adversarial perante o julgador.

Tal função é atingida pela combinação dos seguintes elementos do direito ao confronto: *presença física*, *juramento*, *exame cruzado* e *observação do comportamento*

41. 487 U.S. 1012 (1988).

pelo julgador. Malgrado se tenha reconhecido que o confronto face a face "forma o núcleo dos valores tutelados pela cláusula" ("forms the core of the Clause's values"), ele não é elemento indispensável do direito ao confronto.

Assim, o contato visual entre vítima e acusado pode ser restringido, desde que sejam preservados os demais elementos, isso seja necessário para avançar importante política pública, e a credibilidade do testemunho seja assegurada por outros meios. No caso concreto, se entendeu que a política pública de evitar a traumatização de criança vítima de abuso sexual é importante o suficiente para justificar procedimento probatório especial, desde que haja comprovação da sua *necessidade*.

A necessidade do procedimento especial para a proteção do bem-estar da criança deve ser aferida *casuisticamente*, com base em prova de que depor em contato visual com o acusado (e não genericamente em sala de audiência) causaria trauma, em grau suficiente para impedir a vítima de se comunicar razoavelmente.[42]

Resta saber se exatamente como o sobredito precedente *Crawford v. Washington*, que é posterior a *Coy v. Iowa* e *Maryland v. Craig*, repercutirá na interpretação da Suprema Corte sobre o direito do acusado a confrontar os testemunhos infantis. Por exemplo, se declarações prestadas por crianças a interrogadores especializados (v.g. policiais, psicólogos etc.) ou outros profissionais (v.g. médicos, professores etc.) têm natureza *testemunhal*, para fins de incidência do direito ao confronto. [43]

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por sua vez, ao julgar o caso VRP, VPC e outros *vs*. Nicarágua, reconheceu violação a diversos direitos convencionais de vítima infantil de abuso sexual, em razão do descumprimento dos deveres estatais de: (i) diligência reforçada na persecução penal do delito: (ii) proteção da ofendida contra a vitimização secundária; (iii) atuação com perspectiva de gênero e infância; (iv) adoção de medidas protetivas dos direitos da vítima durante os procedimentos de investigação preliminar e julgamento criminal.

A vítima e sua genitora alegaram uma série de irregularidades durante a persecução penal do acusado: comportamento antiético e parcial do perito médico incumbido de examinar a vítima; negligência por parte do representante do Ministério Público; suspeita de pagamento de propinas a jurados; omissão da Juíza em proteger a dignidade da vítima e sua genitora etc.

42. 110 S. Ct. 3157 (1990).

43. SCALLEN, Eileen. Coping with Crawford: confrontation of children and other challenging witnesses. *William Mitchell Law Review*, v. 35, n. 4, p. 1558-1609, 2009.

A CIDH reconheceu, com base no artigo 9º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de 1994, que os Estados têm o dever de instituir procedimentos especiais de proteção a crianças e adolescentes, com base em seu interesse superior e direito à participação condizente com suas capacidades em constante evolução, conforme idade, maturidade e nível de compreensão, sem discriminações.

A Corte de San José advertiu que crianças e adolescentes vítimas, especialmente de violência sexual, podem sofrer nova vitimização durante sua participação no processo criminal. Assim, tal participação deve evitar a revitimização e se limitar àqueles atos processuais penais estritamente necessários.

Nesses atos que exigem participação da criança ou adolescente, os Estados devem assegurar ambiente acolhedor, seguro e adequado à idade do participante, além de responsáveis pela tomada do depoimento devidamente capacitados para uso de linguagem adequada, propiciando confiança, privacidade etc.

A CIDH estima que nesses casos a declaração da criança ou adolescente deve ser feita por intermédio de profissional devidamente capacitado, permitindo-se que o depoente possa se expressar livremente, não devendo ser inquirido diretamente pelo Tribunal ou pelas partes.

Como exemplos de boas práticas adotadas pelos Estados nesse sentido, são citados a Câmara de Gesell, circuitos televisivos fechados (CCTV) etc. Tais depoimentos devem ser registrados, a fim de se evitar a repetição do ato.[44]

Como se vê, na jurisprudência internacional de Direitos Humanos e da SCOTUS há nítida preocupação em ponderar os interesses conflitantes representados pelo direito fundamental do acusado ao confronto e pelos direitos fundamentais da criança ou adolescente vítima ou testemunha.

Não obstante, a exposição de motivos do Projeto de Lei 3.792/15 revela que o *único* vetor de política legislativa que levou à criação do procedimento especial foi a proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, evitando sua revitimização.

Vale dizer: na contramão da jurisprudência internacional de Direitos Humanos e da SCOTUS, a Lei 13.431/17 tratou os direitos fundamentais de crianças e adolescentes como se fossem *absolutos*, menosprezando os relevantes valores sociais inerentes ao direito fundamental do acusado ao confronto.

Esse *viés* de política criminal se manifesta em pelo menos cinco aspectos do depoimento especial.

44. CIDH, caso VRP, VPC e outros *vs.* Nicarágua, sentença de 8 de março de 2018, §§ 150-168.

A uma, na natureza *obrigatória* do depoimento especial para *quaisquer* crianças ou adolescentes ouvidos sobre situação de violência (artigo 4º, § 1º, da Lei 13.431/17), criando-se *presunção absoluta (juris et de jure) de vulnerabilidade* de todas as vítimas e testemunhas menores de dezoito anos envolvidas em crimes violentos.

Ocorre que o procedimento probatório testemunhal regulado pelos artigos 202 e seguintes do Código de Processo Penal é *regra* a ser excepcionada só *se* houver decisão judicial *fundamentada* no sentido da *necessidade* do depoimento especial no caso concreto, com base em *prova pericial* da *especial vulnerabilidade* da vítima ou testemunha infantil ou adolescente, caso ela viesse a depor face a face com o acusado.

O próprio arcabouço normativo internacional impõe ponderação entre os respectivos direitos fundamentais da vítima ou testemunha infante ou adolescente e do acusado.

Vejam-se, bem a propósito, o item 31(b) da Resolução 20/2005 do Conselho Econômico e Social da ONU[45] e o artigo 30(4) da Convenção do Conselho da Europa sobre a Proteção de Crianças contra Exploração e Abuso Sexual. [46]

Ademais disso, o artigo 22 da Diretiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia impõe avaliação *individualizada* sobre as necessidades *específicas* de proteção, devido à *especial vulnerabilidade* do ofendido à vitimização secundária ou repetitiva, intimidação e retaliação. Tal avaliação deve levar em conta as características *pessoais* da vítima, a *natureza* e as *circunstâncias* do crime. Malgrado tal Diretiva institua presunção de necessidade de medidas protetivas para vítimas infantis, para determinar *se* e em *qual extensão* tais vítimas se beneficiariam de medidas protetivas especiais deve haver avaliação *individualizada*, com base nos critérios anteriores.

A duas, no regime de *segredo de justiça* na audiência de depoimento especial (artigo 12, § 6º, da Lei 13.431/17) – reforçado pelo sigilo na transmissão do

45. Tal dispositivo prevê a proteção de crianças vítimas e testemunhas contra serem examinadas diretamente pelo acusado, com contato visual e no mesmo recinto, "se compatível com o sistema legal e com devido respeito aos direitos da defesa" ("if compatible with the legal system and with due respect for the rights of the defence").

46. Esse artigo dispõe que cada Estado deve garantir que as medidas protetivas de crianças vítimas e testemunhas "não prejudiquem os direitos de defesa e os requisitos de um julgamento equitativo e imparcial, em conformidade com o artigo 6º da Convenção Europeia de Direitos Humanos" ("are not prejudicial to the rights of the defence and the requirements of a fair and impartial trial, in conformity with Article 6 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms").

depoimento especial para a sala de audiência (artigo 12, III, da Lei 13.431/17) e pela tutela da intimidade e privacidade do depoente (artigo 12, § 2º, da Lei 13.431/17).

Acontece que a regra geral da *publicidade* dos atos processuais penais (artigo 93, IX, do texto magno) é importante elemento do direito ao confronto, reduzindo riscos de produção de declarações testemunhais sob coação ou sugestão, e incentivando a *veracidade* de vítimas e testemunhas. Além disso, a publicidade assegura a *transparência* da gestão probatória, facilitando seu controle social e contribuindo para percepção social respeitosa acerca da legitimidade do sistema de administração da justiça criminal.

A três, na *segregação física* entre depoente e acusado, causada pela proteção contra "qualquer contato, ainda que visual" com o acusado (artigo 9º da Lei 13.431/17), e viabilizada pela transmissão em tempo real do depoimento para a sala de audiência (artigo 12, III, da Lei 13.431/17).

Nada obstante, o direito de presença do acusado possui importante função *epistêmica*, pois é mais fácil contar inverdades sobre alguém pelas costas do que face a face. Assim, a presença física do acusado – no campo visual e no mesmo recinto – pode causar pressão psicológica benéfica sobre a vítima ou a testemunha, confundindo e desmascarando acusador falso ou revelando criança ou adolescente ensaiados por um adulto.

A quatro, no depoimento especial realizado, "sempre que possível", por uma única vez, "em sede de produção antecipada de prova judicial", providência *obrigatória* em se tratando de depoente com menos de sete anos ou em caso de violência de cariz sexual (artigo 11 da Lei 13.431/17).

Malgrado o legislador tenha buscado instituir a *regra* da produção do depoimento especial via incidente jurisdicional de produção antecipada de prova (artigo 381 do Código de Processo Civil), trata-se de medida *excepcional* que está sempre sujeita aos requisitos do *fumus boni juris* (relevância da prova) e *periculum in mora* (risco de desparecimento da fonte pessoal de prova). [47]

Do ponto de vista lógico-sistemático, a produção antecipada da prova testemunhal é medida de cariz *cautelar*, circunscrita a situações *excepcionais* nas quais há risco de ausência da testemunha por enfermidade ou velhice, sendo a produção da prova considerada *urgente* (artigos 225 e 366 da codificação processual

47. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.200. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 246-297.

penal) por decisão judicial "concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo" (enunciado sumular 455 do Superior Tribunal de Justiça).

Isso porque, nessa fase da investigação preliminar, o investigado em regra não pode exercer o direito ao confronto nos mesmos moldes do julgamento, pois nem sequer foi identificado, ou não exerceu o direito à livre nomeação de defensor técnico da sua confiança. Nessa conjuntura, o exame cruzado é *burocrático* e *formal*, porquanto feito por Defensor Público ou dativo que desconhece o investigado, sua versão dos fatos, suas eventuais contraprovas defensivas etc.

Logo, tal incidente jurisdicional de produção antecipada de prova enseja considerável restrição ao direito do acusado a inquirir as fontes de prova testemunhal desfavoráveis, de forma contemporânea à produção da prova testemunhal.

A cinco, na expulsão do acusado da sala de audiência, pelo fato de o profissional especializado entender que a sua presença "pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco" (artigo 12, § 3º, da Lei 13.431/17).

Nesse caso, o direito ao confronto sofre duas restrições *cumulativas*: a primeira pela *segregação física* entre depoente e acusado que caracteriza o procedimento probatório do depoimento especial, e a segunda pela exclusão do acusado da sala de audiência.

Tal hipótese não encontra previsão no marco normativo convencional e da União Europeia, sendo *desproporcional*, porquanto *desnecessária*: a separação física entre depoente e acusado que caracteriza o depoimento especial já cumpre o objetivo de evitar a vitimização secundária, não havendo nenhuma justificativa para sua *cumulação* com a expulsão do acusado da sala de audiência.

5. Conclusão

Ante o exposto, é lícito concluir que a Lei 13.431/17 teve como *único* vetor de política legislativa a necessidade de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, evitando assim sua vitimização secundária.

Vale dizer: o diploma legal em digressão tratou os direitos fundamentais de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas como *absolutos*, desconsiderando os importantes valores sociais inerentes ao direito fundamental do acusado a confrontar as testemunhas contra si.

Esse *viés* de política criminal se manifesta em pelo menos cinco aspectos do depoimento especial: (i) na natureza *obrigatória* do depoimento especial para

quaisquer crianças ou adolescentes ouvidos sobre situação de violência, criando-se *presunção absoluta (juris et de jure) de vulnerabilidade*; (ii) no regime jurídico de *segredo de justiça* na audiência de depoimento especial; (iii) na *segregação física* entre depoente e acusado; (iv) na *regra* da realização do depoimento especial por uma única vez, via incidente jurisdicional de produção antecipada de prova; (v) na *expulsão* do acusado da sala de audiência, caso o profissional especializado entenda que sua presença física pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em risco.

Tais aspectos são de discutível *proporcionalidade*, à luz do direito fundamental do acusado a confrontar as testemunhas incriminadoras, que tem relevante função *epistêmica*: induzir testemunhos mais verazes, devido à maior dificuldade em se mentir face a face com a pessoa implicada na mentira e à presença de auditório, onde sempre pode haver alguém pronto a revelar fatos que desmintam o teor inverídico do testemunho.

Assim, o confronto face a face sempre implica algum *trauma* para a testemunha de acusação, o que vai ao encontro do interesse público relevante na correta valoração da prova testemunhal. Logo, procedimentos especiais que impliquem remoção da testemunha da sala de audiência devem ser objeto de cuidadosa reflexão, por importarem transigência com tal interesse público relevante. [48]

Além disso, considerar que a dificuldade encontrada pela vítima ou testemunha em depor face a face com o acusado é relevante o suficiente para autorizar restrições excessivas ao direito ao confronto acarreta risco de se condicionar o direito ao confronto às características, idiossincrasias, sensibilidades etc. de certas categorias de vítimas.

Ao se aceitar tal ponderação de interesses, se abre perigoso precedente para crescentes restrições ao direito ao confronto, sempre que o legislador entender que o trauma ao depor de certas vítimas é maior do que a média. Nesse contexto, restrição inicialmente concebida para testemunhas infantis e adolescentes pode ser paulatinamente estendida para crimes sexuais contra adultos, delitos praticados com violência ou grave ameaça, crimes cometidos em concurso de agentes, por organizações criminosas etc. [49]

Não se pode ignorar o risco de o discurso de defesa dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes vítimas e testemunhas servir como pretexto para

48. SCHWALB, Brian. Child abuse trials and the confrontation of traumatized witnesses: defining "confrontation" in order to protect both children and defendants. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n. 26, p. 185-217, 1991.

49. MASSARO, Tony. Op. cit., p. 915 e ss.

tutela do interesse estatal na *eficiência da persecução penal*, assegurando-se condenações às custas do sacrifício do direito ao confronto. [50]

Logo, a Lei 13.431/17 deve ser objeto de filtragem hermenêutico-constitucional, a fim de assegurar a *proporcionalidade* das restrições causadas ao direito ao confronto do acusado.

Nessa toada, o emprego casuístico do procedimento probatório do depoimento especial deve ser pautado por critério de *estrita necessidade*, desde que presentes dois requisitos cumulativos: (i) comprovação do caráter *imprescindível* do depoimento da criança ou adolescente vítima ou testemunha; (ii) prova pericial da *especial vulnerabilidade* da vítima ou testemunha à vitimização secundária ou repetitiva, intimidação ou retaliação, capaz de impedi-la de declarar com liberdade.

Quanto a esse último aspecto, é digno de ressalva que tal trauma potencial deve: (i) ser aferido de forma *casuística*, não podendo ser presumido; (ii) ser *provável*; (iii) ser em grau suficiente para *impedir* a livre declaração da testemunha; (iv) decorrer do ato de depor *face a face com o acusado*.

Ademais disso, o depoimento especial em regra deve ser prestado durante o julgamento do acusado, só podendo ser produzido via incidente jurisdicional de produção antecipada de prova se estiverem presentes os requisitos cumulativos do *fumus boni juris* (relevância da prova) e *periculum in mora* (risco de desparecimento da fonte pessoal de prova).

Por derradeiro, a expulsão do acusado durante o depoimento especial deve ser substituída por medidas menos restritivas ao direito ao confronto e que atingem o mesmo objetivo. Por exemplo: a inquirição da vítima ou testemunha pelo defensor técnico, o foco da câmara na sala de audiência em pessoa diversa do acusado, a transmissão unidirecional da imagem da sala do depoimento especial para a sala de audiência etc.

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. Derechos individuales y bienes colectivos. *El concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge Seña. Barcelona: Gedisa, 1994.

AMODIO, Ennio. *Processo penale, diritto europeo e common law*: dal rito inquisitorio al giusto processo. Milano: Giuffrè, 2003.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal:* a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

50. SCHWALB, Brian. Op. cit., p. 194 e ss.

BIRAL, Marianna. The right to examine or have examined witnesses as a minimum right for a fair trial. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, n. 22, p. 331-350, 2014.

CEZAR, José Antônio Daltoé. *Depoimento sem dano:* uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DAILEY, Anne. Children's constitutional rights. *Minnesota Law Review*, n. 95, p. 2099-2179, 2011.

DOBKE, Veleda. *Abuso sexual:* a inquirição das crianças: Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lenz Editor, 2001.

ELLISON, Louise. *The adversarial process and the vulnerable witness*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O novo Código de Processo Penal: *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 369, p. 5-23, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Notas sobre a prova no processo penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 23-40, jan.-jul. 1976.

FRIEDMAN, Richard. "Face to face": rediscovering the right to confront prosecution witnesses. *The International Journal of Evidence and Proof*, n. 8, p. 1-30, 2004.

FRIEDMAN, Richard. Confrontation: the search for basic principles. *Georgetown Law Journal*, v. 86, p. 1011-1043, 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas – Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal*: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos sobre o processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Org.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ Editora, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GONZALEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

LANGBEIN, John. *The origins of adversary criminal trial*. London: Oxford University Press, 2003.

LIMA, Renata Mantovani de e outros. A evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente: Da insignificância jurídica e social ao reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. *Revista de Políticas Públicas*, Brasília, v. 07, n. 02, p. 314-329, ago. 2017.

LONATI, Simone. *Il diritto dell'accusato a "interrogare o far interrogare" le fonti di prova a carico*. Torino: Giappichelli, 2008.

MAFFEI, Stefano. *The European right of confrontation in criminal proceedings:* absent, anonymous and vulnerable witnesses. Groningen: Europa Law Publishing, 2006.

MALAN, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MASSARO, Tony. The dignity value of face-to-face confrontations. *University of Florida Law Review*, n. 40, p. 863-918, 1988.

ORLANDI, Mariagrazia. *La nuova cultura del giusto processo nella ricerca della verità:* aspetti giuridici, sociolinguisti e di comunicazione. Milano: Giuffrè, 2007.

POLLITT, D. H. The right of confrontation: its history and modern dress. *Journal of Public Law*, v. 8, p. 381-413, 1959.

PÖTTER, Luciane. A Lei n. 13.431/2017: a escuta protegida e os desafios da implantação do sistema de garantia de direitos para crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência. In: PÖTTER, Luciane (Org.). *A escuta protegida de crianças e adolescentes:* os desafios da implantação da Lei nº 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. O depoimento sem dano e o advogado do diabo: a violência "branda" e o "quadro mental paranoico" (Cordero) no processo penal. In: POTTER, Luciane (Org.). *Depoimento sem dano:* uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCALLEN, Eileen. Coping with Crawford: confrontation of children and other challenging witnesses. *William Mitchell Law Review*, n. 35, p. 1558-1609, 2009.

SCHWALB, Brian. Child abuse trials and the confrontation of traumatized witnesses: Defining "confrontation" in order to protect both children and defendants. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, n. 26, p. 185-217, 1991.

SHAPIRO, Alexander. Political theory and the growth of defensive safeguards in criminal procedure: the origins of the Treason Trials Act of 1696. *Law and History Review*, n. 11, p. 215-255, 1993.

SHAVIRO, Daniel. The confrontation clause today in light of its common law background. *Valparaiso University Law Review*, Valparaiso, n. 26, p. 337-366, 1991.

SILVA, José Afonso da. Direitos humanos da criança. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 5-13, 1999.

SKLANSKY, David Alan. Confrontation and fairness. *Texas Tech Law Review*, n. 45, p. 103-111, 2012.

ZAVATTARO, Mayra dos Santos. *Depoimento especial*: aspectos jurídicos e psicológicos de acordo com a Lei n. 13.431/2017. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Leitura crítica e interdisciplinar do depoimento especial na Lei 13.431/2017, de André Nicolitt e Ana Cláudia da Silva Junqueira Burd – *RBCCrim* 160/261-294 (DTR\2019\40704); e
- Protocolos de oitiva especial de criança segundo a recomendação 33 do Conselho Nacional de Justiça e a Lei 13.431, de 5 de abril de 2017, de Antonio Jorge Pereira Júnior, Marília Bitencourt Calou Rebouças e Marynna Laís Quirino Pereira – *RT* 993/403-420 (DTR\2018\17933).

A secularização da inquisitoriedade no processo penal vista pela imagem da audiência de instrução e julgamento

The secularization of the inquisition on the criminal process seen through the image of the audience of instruction and judgment

Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de Morais

Doutora e Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do PPGD da PUC Minas e do PPGD da UFOP. Coordenadora adjunta de programas profissionais da área do Direito. Pesquisadora de Produtividade CNPq. Professora visitante da Università di Firenze (Itália). Advogada.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2377-6026
barros.flaviane@gmail.com

Marcus Vinícius Pimenta

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (bolsista da CAPES). Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2017). Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra (2014). Advogado.
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9871-2791
marcuspimenta@ymail.com

Recebido em: 17.06.2019
Aprovado em: 02.06.2020
Última versão dos autores: 16.06.2020

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: O artigo utiliza a imagem da audiência de instrução e julgamento brasileira para demonstrar o jogo de poder que opera em sua realização. Denuncia-se a estética inquisitorial que fortalece a desigualdade dos sujeitos processuais na audiência. Busca-se questionar quem se beneficia com tal desigualdade e como a estética ajuda a manter acusados presos à margem do sistema de garantias processuais. O estudo se organiza com base no marco teórico do processo como garantia, e os estudos da estética se pautam

Abstract: The article uses the image of the Brazilian audience of instruction and judgment to demonstrate the game of power that operates in its accomplishment. Is denounce the inquisitorial aesthetic that strengthens the inequality of the procedural subjects in the audience. It seeks to question who benefits from such inequality and how aesthetics helps keep accused prisoners outside the system of procedural guarantees. The study is organized based on the theoretical framework of the process as a guarantee, and

Morais, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; Pimenta, Marcus Vinícius. A secularização da inquisitoriedade no processo penal vista pela imagem da audiência de instrução e julgamento. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 171. ano 28. p. 225-249. São Paulo: Ed. RT, set. 2020.

por uma tentativa de buscar, por meio de uma análise da percepção humana, a correção de rumos para os problemas históricos, mas ainda atuais do processo penal. Explicitando as relações simbólicas de poder na realização da audiência, será defendido que a estética da audiência de instrução e julgamento atual é resultado da secularização de táticas inquisitórias de controle de grupos determinados, e é uma engrenagem fundamental para o sistema penal da sociedade que tem o capitalismo como religião (com apoio nas propostas de Benjamin); que não obedece mais ao deus católico, mas sim, ao deus mercado.

Palavras-chave: Audiência – Processo penal – Secularização – Inquisitoriedade – Imagem da justiça.

the studies of aesthetics are based on an attempt to search, through an analysis of human perception, the correction of directions for the historical, but still current, problems of the criminal process. Making the symbolic power relations in the conduct of the audience explicit, it will be argued that the aesthetics of the current instruction and judgment audience is a result of the secularization of inquisitorial tactics of control of determined groups and is a fundamental gear in the penal system of society that has the capitalism as religion (supported by Benjamin's proposals); who no longer obeys the catholic god, but, rather, the market god.

Keywords: Audience – Criminal proceedings – Secularization – Inquisition – Image of justice.

Sumário: 1. Introdução. 2. Prólogo. 3. Episódio. 3.1. Início de desenlace. 4. Êxodo. 5. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Segundo Martine Joly, *imago*, em latim – que é a raiz etimológica do vocábulo "imagem" em idiomas neolatinos como o francês e o português –, tem como um dos significados a máscara mortuária utilizada em funerais da Roma antiga (JOLY, 2010, p. 18-19). Essa noção da imagem, associada ao rito e ao sagrado, é a buscada neste ensaio para a análise do exercício do poder na audiência de instrução e julgamento do processo penal brasileiro.

Existe um mascaramento da neoinquisitoriedade brasileira (PIMENTA, 2019) (MARINHO MARQUES, 2014, p. 26) em que a fase de debate acaba se tornando uma repetição da fase de investigação (LOPES JR., 2015, p. 154) – mormente em função da dissonância cognitiva.[1]

1. "A dissonância cognitiva – existência de relações discordantes entre cognições – faz com que o ser humano busque reduzir o desconforto psicológico provocado pela possibilidade de alteração da sua primeira opinião (primeira hipótese) sobre a relação entre dois – ou mais – elementos de cognição. Por causa da sequência dos atos do procedimento, os elementos de cognição produzidos na investigação preliminar serão os primeiros que o juiz terá contato (por serem produzidos antes dos demais atos do procedimento

O presente ensaio pretende tornar explícita a estética inquisitória e a desigualdade entre os sujeitos do processo penal no ato da audiência de instrução e julgamento. Além da demonstração dos problemas que essa desigualdade provoca, a análise estética ora proposta proporcionará a visibilidade de relações estratégicas de dominação – até então ignoradas pela maior parte da literatura jurídica – e o questionamento sobre a compatibilidade da atual forma de realização dessa audiência com o devido processo legal e a democracia.[2] Somado a isso, é objetivo da presente pesquisa tratar dos efeitos concretos do ato da audiência e, também, da responsabilidade do jurista no massacre penal (ZAFFARONI, 2012, p. 465-466).

Demonstrada a inquisitoriedade da audiência, será investigado o porquê de táticas inquisitórias terem sido secularizadas por Estados laicos, como o brasileiro, e será formulada a hipótese de que é o poder do capitalismo como religião (BENJAMIN, 2013) que mantém a inquisitoriedade e, consequentemente, a desigualdade entre as partes no processo penal.

O desenvolvimento da pesquisa será realizado partindo da noção de que existe um poder simbólico (BOURDIEU, 2005) que opera estrategicamente pela estética na justiça penal (AMODIO, 2016). Num primeiro momento, será feita a descrição do cenário estético da audiência de instrução e julgamento. Em seguida, será analisada qual dinâmica de poder orienta o ato da audiência, qual a proveniência dessa dinâmica e o que a fez emergir. Finalmente, será tratado o porquê de a audiência ainda ser inquisitória e estimular a desigualdade entre os sujeitos

ou mesmo por estarem anexados à acusação e, portanto, se situarem em espaço anterior às demais peças dos autos do processo, sendo lidos frequentemente primeiro) e conduzirão o julgador a criar hipóteses sobre os fatos, e a entrar em dissonância cognitiva, antes de seu contato com a prova produzida em contraditório. [...] Para não sofrer o desconforto psicológico resultante da dissonância cognitiva, na fase judicial, o julgador busca a confirmação de sua hipótese construída com base na investigação preliminar; por isso, ele analisa de forma seletiva a informação, aceitando elementos consonantes com sua escolha e evitando elementos dissonantes; o que implica no desprezo do juiz para com as provas e para com a argumentação defensiva que vão contra sua primeira hipótese sobre o caso penal." (PIMENTA, 2019, p. 140).

2. Pois, como defende Nadja Hermann: "A emergência da estética aponta que as forças da imaginação, da sensibilidade e das emoções teriam maior efetividade para o agir do que a formulação de princípios abstratos e do que qualquer fundamentação teórica da moral" e "O estético, ao trazer a interpretação da vida, gera novos modos de integração ética. No entanto, é preciso advertir que não é intenção [...] propor a estética como um metaparadigma, mas como uma necessária auto-correção de entendimentos bastante limitados de razão e moral." Assim, a análise estética proporciona um estranhamento do ser que permite a sua transcendência (HERMANN, 2005, p. 13-14, 30).

do processo penal, aprofundando-se na pesquisa da hipótese formulada de que a sociedade que tem o capitalismo como religião secularizou táticas inquisitórias para a dominação de grupos determinados.

Em função de o presente artigo utilizar a análise da estética como metodologia e, simultaneamente, tratar do sistema penal (que é envolto de vários conflitos e ainda é muito influenciado pela "presença do divino" – características fundamentais da tragédia grega [BARCELLONA, 2007, p. 141]), propositadamente este trabalho será organizado com uma estrutura próxima à da tragédia (ARISTÓTELES, 1994, p. 111, 119, 128) (apesar de não ser admitida, aqui, qualquer hipótese de destino). Assim, os tradicionais capítulos serão substituídos pelas partes da tragédia: o início, meio e fim serão articulados em prólogo (item 2), dois episódios (itens 3 e 3.1) e no êxodo (item 4); os corais serão suprimidos.[3]

2. Prólogo

O templo da justiça é, nas palavras de Garapon, "uma espécie de mundo temporário no centro do mundo habitual, especialmente construído com vista à função nele exercida" (1999, p. 34). O tribunal é sempre imponente, sua arquitetura se destaca. Seu prédio é alto, sua porta está sempre acima do nível da rua. Aqueles que quiserem entrar – ou forem coagidos – devem passar pelo crivo do segurança da autoridade. Há uma hierarquização estrategicamente criada para demonstrar o poder do Judiciário. Esse monumento que estimula o estranhamento de muitos pode ter uma forma opressiva tal que chega a parecer uma Igreja (GARAPON, 1999, p. 34-47).[4]

Nesse lugar ocorre a audiência de instrução e julgamento. Se na inquisição hispânica o emblema era composto pela cruz ao centro, o ramo de oliveira à direita e uma espada à esquerda – com a cruz significando o sacrifício expiatório do Cordeiro de Deus, o ramo de oliveira significando a misericórdia e a espada o castigo (BETHENCOURT, 2000, p. 82) –; no cenário brasileiro o ramo de oliveira desapareceu e restou apenas a espada nas mãos de uma estátua vendada, presente em todos os tribunais,[5] e a cruz expiatória em todas as salas de audiência.

3. O "nó" será apresentado no prólogo e primeiro episódio (itens 2 e 3); o "desenlace" será iniciado no segundo episódio (item 3.1); todo o texto tratará da presença do divino. Vide: Aristóteles (1994, p. 128).

4. A arquitetura do tribunal é espacialmente forjada para materializar o espaço da "justiça vertical" (AMODIO, 2016, p. 51).

5. Que será especialmente analisada no fim deste artigo.

Em sua disposição geográfica, acima está a cruz, no centro o juiz, à sua direita o acusador, à sua frente está o advogado de defesa, por último, no ponto mais distante do juiz, está o acusado. Todos estão de terno (ou de toga), menos o acusado, que está de uniforme vermelho do presídio ou de roupa comum.[6] Durante a instrução, o acusado, em regra, não fala, como não é iniciado no rito, seu advogado é quem fala por ele; no último ato probatório, com o cenário já formado, é possível a fala no interrogatório. No interrogatório é frequente o estímulo do juiz e do acusador para que o acusado confesse – há atenuação da pena... – e qualquer fala anterior à sua parece ter mais credibilidade; a todo tempo o acusado é energicamente confrontado com o que a vítima e outros disseram, e basta ver as sentenças para enxergar qual fala tem mais peso.

Sem entender a ordem do discurso, o rito da audiência permanece para o acusado como algo da órbita do sagrado. Todo aquele teatro lhe é ao mesmo tempo demasiadamente intenso e estranho (AMODIO, 2016, p. 5, 95).

3. Episódio

A partir daí, qual dinâmica do poder – poder entendido como relação de força (FOUCAULT, 2015, p. 274) – orienta o ritual? Qual a sua proveniência? Por que há essa estética na audiência de instrução e julgamento? Para a compreensão dessas questões são necessários alguns esclarecimentos.

O primeiro é que essa estética que coloca o réu como um inferior que não tem acesso às premissas do jogo é uma estética inquisitória – esse réu que é *res* e profano (que não acessa à ordem sagrada) não é inédito na dinâmica de poder do julgamento. No *Malleus Maleficarum*, os inquisidores Kramer e Sprenger orientavam que os cabelos da investigada "bruxa" deveriam ser raspados, suas roupas despidas e em seguida ela deveria ser amarrada (KRAMER; SPRENGER, [1484]/1991, p. 431-432, 437); e um dos pontos centrais da inquisitoriedade é que apenas o inquisidor pode acessar às premissas sagradas e, consequentemente, dar as conclusões: o acesso à ordem do discurso é restrito (FOUCAULT, 2001, p. 222) (PIMENTA, 2019). Dessa forma, sujeitar o réu a uma posição inferior não é algo inédito na dinâmica de poder do julgamento – e note-se que ainda hoje é raspada forçadamente a cabeça do réu, que o réu preso é mantido de uniforme vermelho (não está nu, mas está com uma aparência outra àquela que ele queria), e que a amarra permanece, feita pela algema. Somado a isso, tal como réu profano da

6. Vide Amodio (2016, p. 13). Em Minas Gerais, por determinação da Subsecretaria de Administração Prisional (SUAPI), o uniforme dos encarcerados é vermelho.

inquisição, ao réu profano atual é negado o acesso às premissas do jogo de poder ali existente: ele não acessa à ordem do discurso jurídico e permanece estranho e tenso no cenário processual (AMODIO, 2016, p. 5, 24).

O segundo é que essas técnicas de dominação foram construídas por causa das relações de poder externas ao próprio saber: foram as relações políticas de poder no século XIII que levaram à emergência da inquisitoriedade – por detrás estava o conflito da Igreja católica com o Sacro Império Romano-Germânico e com aqueles que tinham uma visão de Deus não católica. Para ter mais recursos e vencer o conflito, a Igreja buscou financiamento no confisco dos bens dos hereges. A razão para a emergência do saber inquisitório foi a necessidade católica de aumentar seus recursos e seu poder (FOUCAULT, 2013, p. 69-76) (PIMENTA, 2019, p. 64-79). Assim, existe uma articulação estratégica entre poder e saber em que o poder cria o saber, e esse saber vincula e orienta o poder (FOUCAULT, 2008, p. 27). Logo, da mesma forma, se hoje as práticas levam à estética da audiência acima desenhada, isso certamente é resultante de uma dinâmica de poder que se beneficia do saber jurídico regente do discurso judicial; dito de outro modo, existem relações de poder que fazem com que o direito ordene que a audiência seja como é.

Num terceiro ponto, deve ser entendido que há o exercício do poder pela estética, especialmente o poder simbólico, que é um "poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem." (BOURDIEU, 2005, p. 7-8). Em outras palavras, esse exercício de poder pela estética pode se disfarçar, e pode até ser eventualmente confundido com uma estética moral: há, por exemplo, uma estética moral intrincada na estética inquisitória e, como mostra Franco Cordero, na estética moral há uma coincidência do belo, do verdadeiro e do bom (CORDERO, 1967, p. 5). Essa coincidência do belo, do verdadeiro e do bom na estética inquisitória, por razões óbvias, é vinculada ao catolicismo. Desde Plotino,[7] como se lê nas Enéadas I, "o bem e o belo para a alma consistem em assemelhar-se a deus" (2006, p. 313). Plotino foi um neoplatônico, em Platão o bem não é uma essência, é um critério do que é melhor, e um critério que não é divino (PLATÃO, 2001, p. 308-309); no neoplatonismo que uniu Platão a Deus, Plotino vinculou o bem a Deus; assim como o belo, que deixa de ser um prazer benéfico[8] e passa a ser a semelhança com Deus. Santo Agostinho foi um seguidor de Plotino – por sinal, o bispo não lia em

7. Nascido no século III, no Egito que pertencia ao Império Romano, Plotino foi um neoplatônico que defendeu a teologia negativa (apofática); sobre o autor, vide: Baracat Júnior (2006).

8. Como Platão defendeu no diálogo Hípias maior (PLATÃO, 2016, p. 270).

grego, por isso, tudo o que leu de Platão foram as traduções para o latim dos neoplatônicos (AGOSTINHO, 1996, p. 183) (PESSANHA, 1996, p. 06) – e, com o bispo de Hipona, a patrística uniu o bem, o verdadeiro e o bom em Deus. Com Plotino e Agostinho, a própria verdade é vinculada a uma estética moral (nada de surpreendente, então, de a imagem da audiência que produz as provas da "verdade" ser vinculada a alguma finalidade moral ou divina). Posto isso, deve se enxergar a noção de que, para o catolicismo, desde o pecado original, há uma transmissão da culpa de geração em geração – que "*o animal humano nasce culpado*" (BOFF, 1993, p. 9-10) (CORDERO, 2000, p. 22); e que o herege deve expiar sua culpa pela tormenta e pelo sacrifício – o procedimento inquisitório tem uma função terapêutica e a pena é uma medicina que o restaura do pecado (CORDERO, 1986, p. 47). Assim, após toda essa explanação, torna-se possível perceber o malabarismo religioso disfarçado de moral da propaganda inquisitória, que não confessa que a sua finalidade é a dominação do diferente e que a sua motivação é o aumento de seu poder. Ou seja, percebe-se que o exercício de poder pela estética pode se disfarçar em outras propagandas – não é por coincidência que, como nota Mark Miller em introdução à obra de Edward Bernays,[9] foi o papa Gregório XV que em 1622 forjou o termo "propaganda"[10] para combater o aumento de protestantes no Novo Mundo e em todos os lugares com a *Congregatio de propaganda fide* (MILLER, 2005, p. 9). O que deve ser destacado é que a dominação pela estética não é necessariamente confessada nas razões oficiais do saber, e que ela pode ser exercida por um poder simbólico praticado por pessoas que nem sequer percebem os efeitos concretos da realização do saber que orienta suas ações.

Com tudo isso, se for analisada a estética da audiência de instrução e julgamento brasileira acima referida (com cruzes, espadas divinas e togas), não resta dúvida que sua estética é proveniente da estética moral católica que busca a expiação do mal e a aproximação do belo, do verdadeiro e do bom em Deus. Não é por acaso que num ambiente que busca a retribuição e a prevenção especial e geral negativa pela pena, a audiência seja um cenário inquisitório.[11]

9. Sobrinho de Freud e o maior propagandista de todos os tempos.

10. Como conceitua Bernays, a propaganda é um esforço consistente e duradouro de criar e moldar eventos de forma a influenciar as relações do público com uma empresa, um grupo ou uma ideia (BERNAYS, 2005, p. 52).

11. Funções essas absolutamente incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, que não é "uma espécie de *Ersatz* da justiça divina" que buscaria uma sanção retributiva do pecado desvinculada com a finalidade de proteção eficiente dos bens jurídicos (FIGUEIREDO DIAS, 2007, p. 48); que, considerado o pluralismo e a autonomia individual, e

O que resta ver é a qual deus serve a audiência de instrução e julgamento e todo o restante do sistema penal.

3.1. Início de desenlace

Na Poética, Aristóteles fala que "Em toda tragédia há o nó e o desenlace" (ARISTÓTELES, 1994, p. 128); apresentado o nó, será iniciado um desenlace da tragédia penal – claro que será apenas iniciado, vez que a tragédia está longe do fim.

De início, afirma-se que a audiência é a ponta do *iceberg*. Ela é uma peça em um mecanismo complexo operado pelas agências que compõem o sistema penal.[12] E para compreender o porquê de ela ser como é, é necessário conhecer tanto o mecanismo quanto a quem ele serve.

No século XVIII existiu uma mudança social significativa: a emergência da sociedade industrial e consolidação do poder nas mãos dos donos da produção. Essa mudança na dinâmica do poder provocou a mudança do sistema punitivo: ele foi reforjado para atender às intenções dessa nova classe; e a expiação, ao invés de se impor mais intensamente no corpo, passou a ser imposta mais intensamente na vontade, nas disposições (FOUCAULT, 2008, p. 18). De fato, como pioneiramente demonstrou Foucault, a mudança na punição foi principalmente uma mudança da "economia" do poder de castigar: ao invés da punição de alguns indivíduos em cerimônias longas com suplícios demorados e espetaculosos após um procedimento de arbitrariedades pelos acusadores e juízes, passou-se para uma punição generalizada, controlada numa gestão de eficiência no castigo, numa punição mais constante e distribuída vinculada a um sistema legal que diminuía em alguma medida os excessos na punição e na indulgência e, concomitantemente, estabelecia uma ampliação de atuação com meios mais eficientes para um aumento de controle e de quantidade de punições (FOUCAULT, 2008, p. 68-70, 76).

Com uma nova economia da pena, mais calculada; dirigida à disposição do sujeito; operada sobre o tempo da existência do indivíduo; que é colocado como

considerada a total ineficácia da pena em "melhorar" alguém, deve ser oposto a tudo o que representa a prevenção especial (FERRAJOLI, 2010, p. 253); e que, por ter a dignidade do homem como fundamento primordial (CF, art. 1º, III), deve sempre respeitar o indivíduo como um fim em si, e não como um instrumento para a intimidação dos demais, tal como na chamada prevenção geral (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2011, p. 120).

12. O sistema penal é o conjunto de agências que operam o poder punitivo (ZAFFARONI, 2012, p. 418); sejam elas específicas (judiciais, policiais, penitenciárias, de reprodução ideológica, internacionais) ou sejam elas não específicas (como as agências políticas e de comunicação social).

exemplo para que os outros não desviem do padrão estabelecido – ou seja, como objeto de um serviço para todos (um "bem" social); há o resultado de a pena não ser a mera afirmação do poder soberano, mas a reativação de um código de conduta estabelecido pelo conjunto de proprietários autores da nova legislação. Enfim, há toda uma mudança de narrativa que retira o espaço de o criminoso poder ser um herói que foi contra o poder opressor do rei: no novo discurso, a propaganda é que o desviante age contra o código de conduta proclamado universal (FOUCAULT, 2008, p. 87-94) – mesmo que ninguém tenha assinado contrato social algum e que uma minoria burguesa tenha criado esse novo sistema punitivo para aumentar o seu poder.

Afastando das razões oficiais e percebendo os efeitos reais desse novo (e ainda muito presente) sistema punitivo, fica claro que ele foi feito para prender os pobres, os ociosos e aqueles que buscaram dinheiro fora do sistema econômico autorizado. Nos Estados Unidos, no final dos anos 1990, segundo Loïc Wacquant: "seis penitenciários em cada 10 são negros ou latinos; menos da metade tinha emprego em tempo integral no momento de ser posta atrás das grades e dois terços provinham de uma renda inferior à metade do 'limite da pobreza'."; além disso, ao contrário do discurso midiático, as prisões americanas não estão cheias de criminosos condenados por crimes violentos, "mas de vulgares condenados pelo direito comum por negócios com drogas, furto, roubo, ou simples atentados à ordem pública, em geral oriundos das parcelas precarizadas da classe trabalhadora" (WACQUANT, 2001, p. 83). O causador disso é o mesmo sistema punitivo, acima descrito, que perdura desde o século XVIII, e que tem sempre os mesmos alvos. No Brasil – não por coincidência –, mais de 60% dos condenados são pretos e pardos, 75% não têm instrução ou têm apenas o ensino fundamental, e mais de 70% das condenações são por furtos, roubos, tráfico de drogas, homicídios (frequentemente ligados ao tráfico), latrocínio, receptação e estelionato (CNJ, 2019) – crimes cometidos, na imensa maioria, por pessoas pobres e em situação de vulnerabilidade social ou envolvidas em uma estrutura social de poder paralelo.

Na lição de Baratta, ao invés de uma punição contra ofensas a direitos fundamentais e lei igual para todos, o direito penal defende os direitos de uma classe da sociedade, e na situação de punição por ofensas a direitos tanto dessa classe quanto de outras, a punição é desigual e fragmentária. A lei não é igual para todos; e a punição não é necessariamente aplicada às infrações de maior grau de ofensividade: há uma punição desigual direcionada a determinadas pessoas, não às condutas mais gravosas (BARATTA, 2011, p. 162). Exemplificativamente, basta ver quem são os autores e quais as punições dos crimes ambientais e tributários, e compará-las com quem são os autores e qual a punição pelos furtos; e não se defende que a punição dos crimes ambientais e tributários sejam maiores ou mais frequentes,

afinal qualquer pessoa que já tenha entrado em uma penitenciária sabe que ali não tem como melhorar alguém e que o que lá ocorre, de fato, são apenas duas grandes mudanças no condenado: ele aprende a ficar preso e a cometer mais crimes[13] – e, assim, o problema, que é muito mais complexo do que é possível tratar neste breve ensaio, é não tanto o crime (que ninguém em sã consciência pode querer ver aumentar), mas a resposta seletiva e criminógena da pena privativa de liberdade que atinge predominantemente os mesmos marginalizados.

Deve ficar claro o que esse sistema penal produz – e deve também ficar claro quem se beneficia dele. Esse sistema punitivo, que desde sempre pune os pobres, os ociosos e aqueles que buscaram dinheiro fora daquilo autorizado pelos que controlam o sistema econômico, é funcional a uma sociedade industrial (e, igualmente, à pós-industrial) que tem o acúmulo de capital como a sua finalidade. Como afirmou Foucault, o sistema penal não é simplesmente uma parte da sociedade, ele é o símbolo de um modelo de dominação ideológica,[14] é o retrato da sociedade moderna (FOUCAULT, 2008, p. 254) – uma sociedade que, na feliz expressão de Benjamin, é uma sociedade do "capitalismo como religião" (BENJAMIN, 2013).

No capitalismo, o acúmulo de capital é um fim em si mesmo (WEBER, 2004, p. 46) e "O capitalismo deve ser visto como uma religião, isto é, o capitalismo está essencialmente a serviço da resolução das mesmas preocupações, aflições e inquietações a que outrora as assim chamadas religiões quiseram oferecer resposta." (BENJAMIN, 2013, p. 21). Nesse capitalismo como religião alguns traços se destacam: é uma religião sem dogmas; seu culto é permanente; e não é expiatório ou redentor, mas culpabilizador:

> "Faz parte da essência desse movimento religioso que é o capitalismo aguentar até o fim, até a culpabilização final e total de Deus, até que seja alcançado o estado de desespero universal, no qual ainda se deposita alguma *esperança*. Nisto reside o aspecto historicamente inaudito do capitalismo: a religião não é mais reforma do ser, mas seu esfacelamento. Ela é a expansão do desespero ao estado religioso universal, do qual se esperaria a salvação. A transcendência de Deus ruiu." (BENJAMIN, 2013, p. 22).

13. "Uma rica literatura, confortada por uma secular e dolorosa experiência, demonstrou, com efeito, que não existem penas corretivas ou que tenham caráter terapêutico, e que o cárcere, em particular, é um lugar criminógeno de educação e solicitação ao crime." (FERRAJOLI, 2010, p. 253). Partindo disso, é assumida neste ensaio uma postura contrária à da esquerda punitiva, brilhantemente denunciada por Maria Lúcia Karam (1996).

14. Ideologia é "toda crença usada para o controle dos comportamentos coletivos, entendendo-se o termo crença [...], em seu significado mais amplo, como noção de compromisso de conduta, que pode ter ou não validade objetiva." (ABBAGNANO, 2007. p. 533).

O primeiro traço mencionado é o mais importante: o capitalismo é uma religião de culto permanente, mas sem dogma.[15] Os dogmas são bloqueios, não são criticáveis, dado que de impossível falseamento, mas são demarcações que, para o bem ou para o mal, estabelecem um início e um fim, são marcos, barreiras ao pensamento e às ações (CORDERO, 1972, p. 24). Em função de o capitalismo não ter dogmas, tudo vale para a sua finalidade infinita de acúmulo de capital. Ao perceber esse ponto, fica um pouco mais claro do porquê de numa sociedade religiosamente capitalista,[16] o sistema punitivo castigar sem qualquer pudor todos aqueles que tentam burlar o sistema econômico estabelecido pelos donos da produção (contemporaneamente os banqueiros, rentistas, fundos de pensão etc.): nessa sociedade em que o culto não é só aos domingos, mas a todo instante da existência e de forma ininterrupta, o pecado agora não é mais não ser católico, mas é não comungar do capitalismo como religião e não obedecer ao deus mercado. Eis aí o senhor do sistema penal: ainda oculto, invisível, mas onipresente, é o mercado – mais especificamente, aquela minoria que controla o mercado – que estrategicamente criou o moderno sistema penal que exclui e estigmatiza o diferente que não quer obedecer ou ser adestrado. O efeito deste sistema que se foca em marginalizados (principalmente pretos e pobres), mormente num país que teve mais de 350 anos de escravidão, é constranger a todos a não se rebelarem e aceitarem se adequar ao sistema econômico, mesmo que isso signifique fazer algum trabalho que aquele que controla o mercado não gostaria de fazer.

O sistema penal atual é funcional a uma sociedade que comunga do capitalismo como religião, em que tudo vale para o acúmulo infinito de capital. Prender pretos e pobres para ameaçar seus familiares a aceitarem subempregos em

15. Ou, como único dogma, tem o acúmulo de capital como um fim em si.

16. Movida pela memória e expectativa de consumo (AGAMBEN, 2007, p. 72). Curiosíssimo, e sem qualquer coincidência, é que fé significa crédito: "A economia de hoje está baseada na ideia da fé e do dever, do crédito e do débito. São dois conceitos que provêm do mundo da fé. 'Fé', em grego, se chama 'pistis'. Há uma história muito bonita. Um historiador da religião, professor em Jerusalém, estava trabalhando sobre o conceito de fé ('pistis'). Pretendia entender o que é. Um dia estava em Atenas, levantou os olhos e viu escritas as palavras: 'Banco de pisteos'. Banco da Fé, leu, mas na realidade o que estava escrito era Banco de Crédito. Foi sua iluminação: fé significa crédito. É o crédito que se outorga à palavra de Deus. E, para nós, é o débito para com Deus. É muito esclarecedor: a economia e a ética estão baseadas nos mesmos conceitos: débito e crédito. Porque, o que é o dinheiro senão um crédito? Sobretudo depois que Richard Nixon separou o dólar do padrão ouro. O que resta nas notas é um puro crédito sem conteúdo. Temos crédito em um débito que não está garantido por nada." (AGAMBEN, 2019).

condições degradantes, enquanto alguns poucos enriquecem e fazem do Brasil a sociedade com a maior concentração de renda do mundo entre o 1% mais rico (BORGES, 2019) é algo coerente com essa religião sem dogma. Essa imagem aterrorizadora do sistema penal, que se materializa não apenas na audiência, mas também nas delegacias e nas prisões, é absolutamente conforme à razão pela qual foi criada no século XVIII e se mantém ainda hoje: a expansão de poder nas mãos dos donos da sociedade que ambicionavam (e ambicionam) o acúmulo infinito de capital como um fim em si mesmo – e não a vida digna do sujeito.[17]

Retomando especificamente a estética da audiência de instrução e julgamento,[18] torna-se possível, agora, começar a compreender que ela é uma engrenagem fundamental num sofisticado mecanismo de controle social pelos que criaram a punição do que é diferente do que o sistema econômico gostaria que ele fosse. Partindo disso, pode-se afirmar que, na audiência, o réu é colocado como uma coisa que não acessa à ordem do discurso para atender a uma estratégia do sistema punitivo criado pelos que controlam o mercado e que visam dominar o réu por ser diferente do *homo oeconomicus*, que deveria aceitar qualquer trabalho, por qualquer valor, e obedecer ao padrão de conduta do capitalismo como religião – sem a audiência de instrução e julgamento (que ainda é o centro de produção da prova no processo penal) com a estética que tem, não existiria a punição da maioria de marginalizados que estão nas penitenciárias e, assim, não existiria também a ameaça de prisão a seus familiares que os forçam a aceitarem subempregos em condições degradantes e a não desviarem do padrão de conduta estrategicamente ordenado pelos donos da produção do século XVIII e mantido pelos atuais donos da sociedade pós-industrial (FOUCAULT, 2008).

Frente a isso tudo ainda cabem mais dois pontos.

O primeiro é a responsabilidade do jurista nesse massacre penal-capitalista-religioso. Decisão alguma se constrói sozinha, esse massacre tem autor,

17. Em que o sujeito é o fim em si; segundo Kant: "No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um *preço venal*; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de *afeição ou de sentimento (Affektionspreis)*; aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é *dignidade*." (KANT, 2007, p. 77, destaques do original).

18. Explicitada no item 2 deste artigo, *supra*.

mais precisamente, autores. Zaffaroni, analisando esse sistema penal, procura inspiração em Friedrich Spee e funda uma criminologia cautelar. Poeta jesuíta do século XVII, Spee não negava o poder das bruxas, apenas constatava que entre as queimadas nunca apareceu uma única bruxa sequer e que, assim, deveria existir uma *prudentia*, uma *cautio criminalis* com a questão. Spee se afastava das abstrações teóricas e constatava o fato concreto. Zaffaroni, inspirado em Spee, propõe uma cautela com a questão penal: não é que a pena não tenha função alguma, mas é que as funções oficialmente declaradas não são as efetivadas, e o que é efetivado é uma manipulação do medo estrategicamente orientada pelos que exercem o poder econômico e midiático para o próprio aumento desse poder (ZAFFARONI, 2012, p. 462-535). Com isso, é dever do jurista se conscientizar do que de fato ele tem feito, ao menos, que seja um pouco mais cauteloso.

O segundo ponto precisa de um introito. Nem sempre a imagem da justiça foi representada de forma vendada, como demonstra a *Giustizia*, de Raffaello (de 1520, figura 1); a Justiça na *Allegoria del Buon Governo*, de Ambrogio Lorenzetti (de 1340, figura 2); e a *Justizia*, de Luca Giordano (de 1684-1686, figura 3):

Figura 1 – *Giustizia*, de Raffaello



Localização atual: Sala di Constantino, Museu do Vaticano.

Figura 2 – Justiça na *Allegoria del Buon Governo*, de Ambrogio Lorenzetti



Localização atual: Palazzo Pubblico, Siena.

Figura 3 – *Justizia*, de Luca Giordano



Localização autal: Palazzo Medici Riccardi, Firenze.

É no renascimento que a imagem da Justiça começa a ser representada vendada. Segundo Resnik e Curtis (1987, p. 1740, 1755-1756), a primeira ilustração da Justiça vendada de que se tem notícia foi a de Albrecht Direr, em *Ship of Fools* (1494), de Sebastian Brant (figura 4):

Figura 4 – Ilustração de Albrecht Direr, em *Ship of Fools*



É um bobo quem venda a Justiça. Na sátira de Sebastian Brant que inspirou Albrecht Direr, a Justiça é vendada por aqueles que anseiam que ela nunca veja a verdade – e por detrás da ambição dos que a vendam está o desejo de riqueza (BRANT, [1494]/1874, p. 48-52).

Ainda segundo Resnik e Curtis (1987, p. 1757), depois da ilustração de *Ship of Fools*, uma das principais representações da Justiça vendada no mesmo período é a *Iustitia*, de Pieter Bruegel (de 1559, figura 5):

Figura 5 – *Iustitia*, de Pieter Bruegel



Localização atual do desenho preparatório: Bibliothèque Royale, Bruxelas (a gravura final não está em exibição)

Nessa representação, a Justiça, acima dos demais, está envolta a várias formas de punição, como o enforcamento, a queimação, a flagelação e a decapitação; na sua frente está um homem sendo torturado por estiramento enquanto um líquido é enfiado à força em sua garganta por um funil; homens armados a protegem, enquanto ela, com espada na mão, não enxerga o que acontece por estar vendada (RESNIK; CURTIS, 1987, p. 1757).

Na representação de Albrecht Direr (figura 4), a Justiça não consegue ver a verdade; na análise da representação de Pieter Bruegel (figura 5), fica a pergunta feita por Resnik e Curtis: "Ela está vendada para não ver as muitas feridas impostas em seu nome?" (1987, p. 1757, tradução nossa[19]). Seja como for, os mesmos autores lembram Robert Cover, que notou que a Justiça não está cega, ela está vendada; e que, assim, isso sugere uma autorrestrição, um ato voluntário de escolher não enxergar: a Justiça poderia retirar a venda, mas ela não quer ver o que faz (RESNIK; CURTIS, 1987, p. 1728).

Algo que a Justiça poderia ver se mudasse de postura e passasse a enxergar é a relação direta entre a economia e o sistema penal, e que os países com

19. "Is she blindfolded not to see the many injuries imposes in her name?".

mais igualdade de renda do mundo, a Noruega, a Austrália, a Suíça e a Holanda, têm, respectivamente, 63, 169, 81 e 61 presos a cada 100.000 habitantes (UNDP, 2019) (ICPR, 2019a); enquanto o Brasil – como dito, o país que mais concentra renda no mundo (BORGES, 2019) – tem 334 presos a cada 100.000 habitantes, resultando em 714.899 presos e na terceira maior população carcerária do planeta, atrás apenas dos Estados Unidos e da China; e na frente de países como a Rússia e a Índia – sendo que essa última tem seis vezes e meia mais habitantes do que o Brasil (ICPR, 2019b). Assim – talvez – passaria a existir menos pessoas crentes da propaganda da impunidade. Além disso, se retirasse a venda e enxergasse, a Justiça perceberia o tanto que tem sido antidemocrática e excludente, além de finalmente aceitar que o sistema punitivo brasileiro é altamente eficiente, talvez não para a melhora de alguém, mas certamente para a função de dominação daquele diferente do *homo oeconomicus* idealizado pelos controladores das sociedades industrial e pós-industrial.[20] O problema é a dor que isso iria causar nos agentes do sistema penal. Nas palavras de Zaffaroni, ao analisar a fala de Jesus Cristo "Perdoai-os Senhor, eles não sabem o que fazem":

> "As palavras de Jesus devem ser entendidas no sentido de uma profunda compreensão psicológica: o massacrador não sabe por que odeia e nem sequer o que odeia; ele responde a uma canalização de vingança por uma violência difusa cuja origem desconhece. Ademais [...], uma vez tomado, o caminho do massacre não tem retorno. O massacrador não pode reconhecer seu crime porque toda sua estrutura psíquica viria abaixo, ele acabaria se suicidando ou imergindo na escuridão da psicose. Mais do que um *excesso de amor*, essas palavras são uma *amostra de sabedoria*, de penetração psicológica no inconsciente dos massacradores." (ZAFFARONI, 2012, p. 465-466, destaques do original).

Talvez aí esteja a resposta de porque a Justiça ainda não retirou a venda. Contudo, quem sabe existam seres humanos agentes do sistema penal que, após enxergar, tenham a coragem de verdade? Uma coragem de enxergar a si mesmo, e de "dizer a verdade sem nada dissimular e a despeito dos perigos que isso comporta" (FOUCAULT, 2014, p. 297-298)?

Neste ponto do estudo já se enxerga qual poder orienta o ritual, qual a sua proveniência, e porque o processo penal tem uma estética de dominação inquisitória. Ou seja, se sabe que o poder dos que controlam o mercado é que orienta o ritual; que sua proveniência é a ambição dos que concentram a renda em aumentar o seu poder e em sujeitar os familiares dos presos a subempregos, sob a

20. Para aprofundar na análise do *homo oeconomicus*, vide Foucault (2008).

ameaça de prisão; e se sabe que as muito eficientes técnicas inquisitórias de tratar o réu como *res* e profano que não acessa à ordem do discurso ainda estão muito presentes no processo penal.

Ficou claro que os agentes públicos do sistema penal em sua liturgia (que significa "prestação pública" em sua raiz etimológica grega *leitourgia* [AGAMBEN, 2013, p. 07]), sem saber por que odeiam ou quem odeiam (ZAFFARONI, 2012, p. 465-466),[21] cumprem uma função estratégica na economia da sociedade atual que comunga do capitalismo como religião. Vendados ou não, de má-fé ou não ("Aceitemos que má-fé seja mentir a si mesmo [...]" [SARTRE, 2007, p. 92]); parte dos ministros da liturgia ainda não conseguem ver os efeitos concretos de seus atos e o massacre continua – sendo certo que não são todos e que existem atores jurídicos que (ao contrário dos massacradores) têm um profundo respeito pelos demais seres humanos e pelo Estado Democrático de Direito.

É, novamente, importante ressaltar que tudo o que aqui foi dito não é algo exclusivo do século XIII ou do século XVIII.

No ano de 2012, no julgamento da Reclamação nº 12.011, ajuizada pelo juiz Ali Mazloum (da 7ª Vara Criminal da Justiça Federal em São Paulo), foi requerido ao Supremo Tribunal Federal que declarasse inconstitucional[22] o art. 18, inciso I, alínea *a*, da Lei Complementar nº 75, de 1993, que diz: "Art. 18. São prerrogativas dos membros do Ministério Público da União: I – institucionais: a) sentar-se no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem;".[23]

---

21. Lembra-se que, não por acaso, Inocêncio III, o principal autor do saber inquisitório, tem como sua *magnum opus* (não jurídica) "*De miseria condicionis humane*" (DEI SEGNI, [1195]/1978).

22. O pedido da reclamação, item 4, expressamente suscita a inconstitucionalidade do art. 18, inciso I, alínea *a*, da Lei Complementar nº 75, de 1993; contudo, a matéria pode provocar questões novas na situação das ações penais privadas, em que a função do ministério público não é de parte, e, ao invés da inconstitucionalidade, a interpretação conforme pode ser mais adequada.

23. Sobre o erro do assento do acusador ser ao lado daquele destinado ao julgador, afirmou Carnelutti: "Quando se diz que as partes estão perante o juiz para serem julgadas, já se subentende que o juiz não é uma delas. De fato, os juristas dizem que o juiz está super partes, isto é, ele está acima e as partes e o acusado abaixo. O acusado está sob grades, o juiz sobre a cátedra; do mesmo modo, o defensor está abaixo do juiz, sob a sua autoridade, mas o Ministério Público, como parte, contrariando a tudo, colocado ao seu lado. Isto é um erro que acabará por se corrigir, com uma maior compreensão da mecânica do processo" (CARNELUTTI, 2016, p. 47).

O juiz Ali Mazloum havia determinado que a defesa deveria sentar-se no mesmo plano do Ministério Público em função da paridade de armas no processo penal.[24] Afinal, na acusatoriedade o provimento é construído por sujeitos de direito que argumentam conforme um conjunto de regras que demarca o lugar da acusação e da defesa em posição de igualdade (BARROS, 2009, p. 10-22) (MIRANDA COUTINHO, 2010, p. 6).

Contudo, a Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, monocraticamente indeferiu medida cautelar liminar requerida pelo reclamante afirmando "não haver no caso perigo de demora comprovado, pois o assento do representante do Ministério Público em posição privilegiada é costume praticado e aceito há muito tempo". Veja-se, o costume foi apontado pela ministra como fundamento para descumprir a igualdade entre as partes no processo penal (Constituição Federal, art. 5º, *caput* e inciso LV).

A decisão não foi da Cúria Romana do século XIII, ou do Tribunal francês do século XVIII, foi de uma ministra do Supremo Tribunal Federal brasileiro do século XXI.

E esse posicionamento não é isolado. No Rio de Janeiro, magistrados conscientes da importância da igualdade entre as partes no processo penal determinaram a remoção do assento da acusação do lado do juiz e sua colocação ao lado da defesa, no mesmo patamar, nas sessões do Tribunal do Júri. Como resultado, o Ministério Público combateu tal alteração e o Superior Tribunal de Justiça determinou que o acusador deve estar à direita do julgador (RMS 19.981/RJ).

Rubens Casara sintetiza o problema:

> "A disposição cênica da sala de audiência é uma forma de comunicação que é recebida, consciente e, por vezes, inconscientemente, pelas partes, pelo juiz e pela população. A proximidade física de uma das partes com o juiz, ambos presentando o Estado, gera no imaginário popular a impressão de promiscuidade

24. Constituição Federal: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;". Lei Complementar nº 80, de 1994: "Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: § 7º Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público."; "Art. 44. São prerrogativas dos membros da Defensoria Pública da União: XIII – ter o mesmo tratamento reservado aos magistrados e demais titulares dos cargos das funções essenciais à justiça;".

> funcional, de contaminação da imparcialidade, não raro confirmado por conversas ao pé-do-ouvido entre o acusador e o julgador. Tal fenômeno é refletido em várias pesquisas, cujos resultados são conhecidos, nas quais resta demonstrado que as pessoas não conhecem as verdadeiras funções do Poder Judiciário e do Ministério Público na justiça criminal. 'O juiz me acusou' e o 'promotor me julgou' são frases cotidianamente percebidas e que acabam por contribuir para distanciar ainda mais as agências estatais da população." (CASARA, 2005, p. 6).[25]

O que se destaca é que não existe acaso na arquitetura da audiência – nem ingenuidade sobre seus efeitos.

A secularização (ou seja, o uso político de conceitos teológicos, como foi "a transcendência de Deus como paradigma do poder soberano" que manteve o exercício do poder e fez "transmutar a monarquia celeste em monarquia terrena" [AGAMBEN, 2007, p. 68]) de táticas para tratar o acusado como um inferior, e tentativas inconstitucionais de fazer o mesmo com sua defesa, não é nada nova no processo penal (como já se demonstrou neste artigo). O que se quer deixar claro é que a estética do processo penal é funcional ao exercício do poder simbólico e explícito por pessoas determinadas. Não há acaso algum na decisão da ministra, ou na inconstitucional Lei Complementar do Ministério Público, ou em marginalizados serem a grande maioria daqueles que são presos. Tanto o uso de algemas, quanto o uniforme do presídio na audiência, assim como os crucifixos pregados, as imagens da Justiça vendada, os prédios suntuosos com sua arquitetura que demonstra o poder, a passagem pela segurança, as togas ou ternos, os lugares, posições, momentos de fala, o tratamento à defesa, tudo é feito na audiência de instrução e julgamento para atender ao seu propósito de dominação do réu[26] – ainda perdura a inquisitoriedade que faz com que o réu seja uma coisa estranha à ordem do discurso; o que foi estratégico à inquisição católica e foi secularizado pelo Estado brasileiro e por outros Estados laicos.[27]

E o pior de tudo é que não é diferente no restante do processo penal. Basta ver a jurisprudência defensiva, a negativa em analisar *habeas corpus*, a prisão antes do trânsito em julgado, a relativização de provas ilícitas *etc*.

---

25. No mesmo sentido: Nicolitt (2014, p. 125-126).

26. Em todo o artigo, o vocábulo "réu" foi utilizado propositadamente pela sua associação com o vocábulo *res* latino.

27. A expressão é mesmo secularização, que indica uma manutenção da dominação, e não profanação, que indica uma mudança na dinâmica do poder – que ainda está por vir no processo penal brasileiro. Sobre a diferença entre e secularização e profanação, vide Agamben (2007, p. 68).

Fica a pergunta (ainda sem resposta) de quando os massacradores vão ter coragem de retirar a venda.

4. Êxodo

Apesar de a propaganda[28] ser no sentido de que é necessária a expiação do herege para que ele seja salvo; no fim, destaca-se a confissão feita no *Directoriom Inquisitorum* (manual dos inquisidores escrito em 1376) por Nicolau Eymerich de que no fundo "a finalidade mais importante do processo e da condenação à morte não é salvar a alma do acusado, mas buscar o bem comum e intimidar o povo (*ut alii terreantur*)." (1993, p. 122). E que, assim, "com todo o terror", o ritual inquisitório é movido, em verdade, pela vontade de poder.[29]

Esse saber inquisitório que permite o exercício da dominação pelos que ministram a liturgia é habilmente utilizado (quer seus praticantes ignorem isso ou não) pelos agentes do sistema punitivo; também na modernidade, o saber e as técnicas inquisitórias (mesmo que não nomeadas como tortura e disfarçadas como prisões para delações, por exemplo) são utilizadas para a dominação do diferente (ou herege) – heresia vem do grego αἵρεσις, que significa "escolher" (FALBEL, 1977, p. 13); herege é todo aquele que escolhe um caminho diferente. O ponto é que o herege na religião capitalista é aquele que escolhe um caminho diferente não daquele indicado pelo *vicarius christi* papal, mas escolhe um caminho diferente do ditado pelo deus mercado – apenas os que não se deram ao trabalho de ler "Vigiar e punir" do Foucault (2008), ou que não pararam para perceber a cor da pele e o estrato social de quem é de fato preso, permanecem como ignorantes dos mecanismos do sistema penal.

A audiência de instrução e julgamento brasileira é nada menos que um ato absolutamente conforme à estratégia de dominação dos diferentes – daqueles que não são os "homens de bem", para utilizar a expressão dos que (mesmo desconhecendo a influência agostiniana e católica na separação do "bem" e do "mal") ainda absolutizam os valores e as condutas. No capitalismo como religião, a audiência é uma engrenagem consonante com um sistema altamente complexo para manter a ordem econômica – como demonstra Wacquant e os dados do CNJ.

28. Vide item 3, *supra*.

29. Não há espaço neste ensaio para detalhar o conceito de vontade de poder de Nietzsche, para tanto, remete-se o leitor à obra "A vontade de poder" (NIETZSCHE, 2008), especialmente às páginas 255 e seguintes.

O desfecho da tragédia criminal é que ela é muito mais econômica do que penitenciária: está muito mais interessada na manutenção de uma ordem econômica do que na salvação expiatória (chamada modernamente de retribuição e de prevenção especial) pela penitência.

5. Conclusão

O contato com a imagem desvela o ser do ente que percebe. A imagem da audiência de instrução e julgamento desvela muito. Com esse desvelamento há um choque simultâneo à uma profanação da sacralidade da audiência – e, concomitantemente, de todo o sistema penal.

É inegável que a estética é um veículo das relações de poder – e que a estética da audiência brasileira é um veículo do jogo de poder inquisitório. A pergunta que fica – ainda mais com a paranoia, o ego e o desejo – é se é possível superar essa estética de dominação, mormente num ambiente de capitalismo como religião que substituiu o deus católico pelo deus mercado.

A única certeza é que a mudança não virá do sobrenatural, mas da profanação, da mudança da dinâmica do poder, e, principalmente, da coragem de verdade dos atores jurídicos em enxergarem que o lugar do acusado não deve ser mais o do herege que fugiu do rebanho, o do delinquente, o do marginal, o daquele que merece a expiação por sua culpa presumida; mas sim o lugar daquele que deve ser respeitado em sua condição de cidadão e de sujeito de direitos. A análise estética do processo penal já provoca, ao menos, um estranhamento.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. In: ARROYO, Francesc. *Giorgio Agamben*: "O estado de exceção se tornou norma". Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/04/19/cultura/1461061660_628743.html]. Acesso em: 09.03.2019.

AGAMBEN, Giorgio. *Opus dei*. São Paulo: Boitempo, 2013.

AGAMBEN, Giorgio. *Profanações*. São Paulo: Boitempo, 2007.

AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. Confissões. In: AGOSTINHO, Santo. *Confissões; De magistro* = Do mestre. São Paulo: Abril Cultural, 1996 (Os pensadores).

AMODIO, Ennio. *Estetica della giustizia penale*. Milano: Giuffrè, 2016.

ARISTÓTELES. *Poética*. 4. ed. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1994.

BARACAT JÚNIOR, José Carlos. Plotino, Enéadas I, II e III; *Porfírio, Vida de Plotino*: introdução, tradução e notas. Tese (Doutorado) – Instituto de Estudos da Linguagem da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.

BARCELLONA, Pietro. *La parola perduta*: tra polis greca e cyberspazio. Bari: Dedalo, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BENJAMIN, Walter. *O capitalismo como religião*. São Paulo: Boitempo, 2013.

BERNAYS, Edward. *Propaganda*. New York: Ig Publishing, 2005.

BETHENCOURT, Francisco. *História das inquisições*: Portugal, Espanha e Itália: séculos XV-XIX. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau; LA PEÑA, Francisco de. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Ed. UnB, 1993.

BORGES, Rodolfo. *Brasil tem maior concentração de renda do mundo entre o 1% mais rico*. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2017/12/13/internacional/1513193348_895757.html]. Acesso em: 09.03.2019.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

BRANT, Sebastian. *The ship of fools*. London: Henry Sotheran & Co., 1874. v. 2.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Servanda, 2016.

CASARA, Rubens R. R. Um banquinho, o Ministério Público e a Constituição: em busca de um espaço público republicano. *Boletim IBCCRIM*, a. 13, n. 151, p. 6-7, 2005.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). *Reincidência Criminal no Brasil*. Disponível em: [www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf]. Acesso em: 09.03.2019.

CORDERO, Franco. *Against the catholic system*. London: Calder & Boyars, 1972.

CORDERO, Franco. *Gli osservanti:* fenomenologia delle norme. Milano: Giuffrè, 1967.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: UTET, 1986.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 2000. v. 1.

DEI SEGNI, Lotario. *De miseria condicionis humane*. Athens: Univ. of Georgia Press, 1978.

EYMERICH, Nicolau; LA PEÑA, Francisco de. *Manual dos inquisidores*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Ed. UnB, 1993.

FALBEL, Nachman. *Heresias medievais*. São Paulo: Perspectiva, 1977.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal:* parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. I.

FOUCAULT, Michel. *A coragem de verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

FOUCAULT, Michel. *Os anormais:* curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar:* ensaio sobre o ritual judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

HERMANN, Nadja. *Ética e estética*: a relação quase esquecida. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

ICPR (Institute for Criminal Policy Research). *Highest to Lowest – Prison Population Rate*. Disponível em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All]. Acesso em: 10.06.2019a.

ICPR (Institute for Criminal Policy Research). *Highest to Lowest – Prison Population Total*. Disponível em: [www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All]. Acesso em: 10.06.2019b.

JOLY, Martine. *Introdução à análise da imagem*. 14. ed. Campinas: Papirus, 2010.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, Jakob. *O martelo das feiticeiras*. 8. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1991.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal:* introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

MARINHO MARQUES, Leonardo Augusto. Sistemas processuais, a produção da prova e os sujeitos do processo penal. *Boletim Informativo IBRASPP*, Porto Alegre, ano 4, n. 6, p. 25-28, 2014.

MILLER, Marl Crispin. Introduction. In: BERNAYS, Edward. *Propaganda*. New York: Ig Publishing, 2005.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição* (análise crítica do Projeto de Lei n. 156/2009, do Senado Federal). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *A vontade de poder*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

PESSANHA, José Américo Motta. Sto. Agostinho (354-430): vida e obra. In: AGOSTINHO, Santo, Bispo de Hipona. *Confissões; De magistro* = Do mestre. São Paulo: Abril Cultural, 1996. (Os pensadores).

PIMENTA, Marcus Vinícius. *Poder-saber inquisitório*: observações sobre o inquérito e a dissonância cognitiva. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

PLATÃO. *A república*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

PLATÃO. Hípias maior (ou Do Belo). In: PLATÃO. *Diálogos II*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

PLOTINO. Enéadas I. IN: BARACAT JÚNIOR, José Carlos. Plotino, Enéadas I, II e III; *Porfírio, Vida de Plotino: introdução, tradução e notas*. Tese (Doutorado) – Instituto de Estudos da Linguagem da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2006.

RESNIK, Judith; CURTIS, Dennis E. Images of Justice. *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, New Haven, n. 96, p. 1727-1772, 1987.

SARTRE, Jean-Paul. *O ser e o nada*. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

UNDP (United Nations Development Programme). *Income Gini coefficient*. Disponível em: [http://hdr.undp.org/en/content/income-gini-coefficient]. Acesso em: 10.06.2019.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro:* teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A jurisdicionalização perversa na execução penal: reflexão crítica sobre a transformação de uma garantia fundamental em um entrave a mais ao exercício de direitos, de Bruno Shimizu – *RBCCrim* 152/19-64 (DTR\2019\79); e
- O olhar cruzado entre a busca pela verdade e a imparcialidade do juiz no cenário luso-brasileiro, de Dyellber Fernando de Oliveira Araújo – *RBCCrim* 140/247-296 (DTR\2018\7940).

Aplicação da coerção processual, condição de inimigo do imputado e o tratamento do cidadão durante a persecução penal

The application of procedural coercion, the enemy status of the accused and the treatment of the citizen during criminal prosecution

Ricardo Panizza de Andrade

Mestre em Direito Processual (2020) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Largo São Francisco. Pós-Graduado em Direito Público pela Escola Paulista de Direito (2008). Membro do IBCCRIM. Advogado.
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-8498-6679
ricardopanizza@usp.br

Recebido em: 20.08.2019
Aprovado em: 10.04.2020
Última versão do autor: 28.04.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: A doutrina do Direito Penal do inimigo, criada por Günther Jakobs, preconiza a categorização de indivíduos que vivem em permanente desassociação com o ordenamento jurídico como inimigos. Essa condição permitiria a aplicação de um sistema de persecução penal diferenciado, com menos garantias do que aquelas asseguradas aos cidadãos comuns. A partir da análise dessa teoria, o trabalho buscará verificar as interações pertinentes ao Direito Processual e o Sistema de Garantias Fundamentais Brasileiro, especificamente para investigar a legitimidade da coerção física ou patrimonial do acusado durante a persecução penal, e se há, em algum ponto do sistema cautelar criminal, vestígios daquela doutrina de combate ao inimigo.

Palavras-chave: Processo Penal – Garantias fundamentais – Devido processo legal – Medidas cautelares – Processo penal do inimigo.

Abstract: The doctrine of the Enemy's Criminal Law, created by Günther Jakobs, advocates the categorization of individuals who live in permanent disassociation with the legal system as enemies. This would allow a differentiated system of criminal prosecution to be applied, with fewer guarantees than those given to ordinary citizens. From the analysis of this theory, this paper will seek to verify the pertinent interactions to the procedural law and the system of fundamental Brazilian guarantees, specifically to investigate the legitimacy of the physical or patrimonial coercion of the accused during criminal prosecution and if there is, at any point in the system criminal injunction, vestiges of that doctrine of fighting the enemy.

Keywords: Criminal procedure – Fundamental rights – Due process – Precautionary measures – Enemy criminal process.

Andrade, Ricardo Panizza de. Aplicação da coerção processual, condição de inimigo do imputado e o tratamento do cidadão durante a persecução penal.
Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 171. ano 28. p. 251-279. São Paulo: Ed. RT, set. 2020.

Sumário: Introdução. 1. O direito penal do inimigo – breves notas. 2. O processo penal do inimigo como consectário do direito penal do inimigo. 3. Premissa básica: a presunção de inocência. 4. A proporcionalidade como limite à vulneração de direitos fundamentais. 5. A necessidade de motivação das decisões judiciais como requisito de controle democrático. 6. Coerção processual (e pré-processual): uma análise sobre o uso das medidas cautelares no processo penal. 7. Conclusão. Referências.

Introdução

O processo como instrumento para resolução de conflitos se desenvolve em sua dinâmica própria, em que o tempo é o fiel da balança que pende entre a preservação de direitos e a eficácia da jurisdição. A realização da prestação jurisdicional exige a observância de um amplo rol de direitos e garantias fundamentais e, por outro lado, depende de mecanismos que a resguardem de contingências que coloquem em risco a efetividade da Justiça.

Os mecanismos de acautelamento processual, contudo, exigem aplicação parcimoniosa, sempre em caráter excepcional, especialmente no campo processual penal, em que a intervenção sobre os direitos do cidadão, antes da formação da culpa, pode resultar em aguda vulneração moral, patrimonial e – a mais aflitiva de todas – corporal.

Nesse campo, é o propósito do trabalho investigar criticamente o processo penal brasileiro à procura de alguma influição da doutrina do direito penal do inimigo no seu sistema de cautelares.

Para tanto, inicialmente, serão analisados os aspectos conceituais básicos subjacentes à doutrina político-criminal do direito penal do inimigo, seguida de uma abordagem das suas interações e repercussões sobre o direito processual penal.

O sistema constitucional de garantias fundamentais será, então, objeto de análise, especificamente nos pontos que limitam o poder punitivo estatal. Serão abordados, especialmente, a presunção de inocência como forma de tratamento do acusado, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais e a proporcionalidade como limite à vulneração de direitos fundamentais.

Essas premissas irão direcionar, a seguir, a análise a respeito de qual é a legítima coação processual sobre o imputado segundo a conformação dada pela Constituição Federal.

Por fim, delineados os conceitos básicos em torno do Direito Penal do Inimigo, bem como o plano normativo-constitucional da persecução penal, será necessário confrontá-los para, finalmente, investigar a presença de vestígios daquela doutrina de combate no sistema cautelar processual penal brasileiro.

1. O direito penal do inimigo – breves notas

O Direito Penal do Inimigo, tal como imaginado por Günther Jakobs, trata de definir e categorizar indivíduos que vivem permanentemente ao largo do ordenamento jurídico para atribuir-lhes sujeição a um sistema de persecução penal diferenciado, que prioriza a proteção de bens jurídicos e o estreitamento da condição de pessoa do infrator – é o antípoda do Direito Penal do Cidadão, que deve cuidar de preservar as esferas de liberdade e a titularidade de direitos e garantias fundamentais[1].

Para o autor alemão, o Direito deve intermediar a relação entre pessoas, titulares de direitos e deveres, ao passo que a relação com um inimigo não deve se determinar pelo Direito, senão pela coação[2]. Partindo de teorias contratualistas do iluminismo, afirma que o indivíduo violador do chamado contrato social renuncia à sua própria qualidade de cidadão, devendo ser tratado como adversário, um inimigo a ser destruído, embora seja possível distinguir, no seu trabalho, um prudente temperamento dessa concepção puramente contratual do período da ilustração[3].

1. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003 (Cuadernos Cívitas). p. 25-31. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=4117]. Acesso em: 31.05.2019.
2. JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? In: CANCIO MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso de la exclusion. Madrid: Edisofer, 2006. p. 25-26.
3. Para Jakobs, o raciocínio puramente contratual trata qualquer infração penal como um ataque ao próprio sistema, suficiente para que o malfeitor deixe de ser membro do Estado. Citando FICHTE, argumenta que a separação radical entre o criminoso e o direito conduziria a que o mero cometimento de um delito fosse suficiente para excluir a personalidade do indivíduo que, despido dessa roupagem, teria como resposta do direito penal não propriamente uma pena, mas mera medida de segurança, concepção que seria demasiadamente abstrata e inaceitável. Por isso, o autor alemão se mostra mais afinado com o pensamento de Hobbes, que imputa apenas ao acusado de alta traição o apartamento do sistema jurídico ordinário aplicável às demais pessoas; e Kant, para quem o uso do modelo contratual como fundamentação e regulação do poder do Estado deve ser aplicado ao infrator contumaz. Argumenta que o ordenamento jurídico deve ser capaz de abarcar também o criminoso comum, primeiro porque este tem o direito de se ajustar com a sociedade e, para isso, deve manter seu *status* de cidadão; em segundo porque o delinquente tem o dever de reparação, e igualmente os deveres servem como pressuposto da existência da personalidade. (Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 27-28).

Por essa linha de pensamento, a reação do Estado em face do cometimento de delitos especialmente graves não pode ser meramente a compensação forçada pela violação da norma jurídica – como seria o tratamento conferido ao delinquente ocasional –, mas a eliminação pelo uso da coação ante a ameaça de destruição do próprio ordenamento que essa espécie de criminoso representa. Nesse sentido, o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma; o direito penal do inimigo combate perigos.[4]

Em argucioso raciocínio, Jakobs sustenta que a distinção do regime jurídico penal aplicável aos inimigos decorre justamente da necessidade de preservação do Estado de Direito[5]. Segundo ele, um Direito Penal do Inimigo claramente definido e delimitado é menos perigoso do que introjetar seus elementos no Direito Penal do Cidadão, que poderia conspurcar todo o sistema de direitos e garantias fundamentais. A legitimidade para esse ramo repressivo exacerbado se apoiaria na compreensão de legítima defesa da sociedade ante o perigo representado por determinadas categorias agressoras, configurando um verdadeiro estado de necessidade agressivo[6].

Nesse ponto, revela-se uma característica importante dessa doutrina de combate: enquanto o Direito Penal ordinário dos cidadãos possui função simbólica de reafirmação da norma violada, em caráter nitidamente retrospectivo, o Direito Penal especial reservado aos inimigos, por outro lado, exerce uma função muito mais coativa, de prevenção a riscos futuros, de caráter prospectivo[7]. Cancio

4. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 32-33).
5. Para a categorização dos inimigos como "não pessoas", *vide* SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. Los indeseados como enemigos. *Revista Electrônica de Ciência Penal y Criminologia*, n. 09-01, 2007. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf]. Acesso em: 03.10.2018. Também em DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "enemigo". In: CANCIO MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Derecho penal del inimigo*: el discurso de la exclusion. Madrid: Edisofer, 2006. p. 603 e ss.
6. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 40-42).
7. POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo: alguns falsos mitos. In: CANCIO MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso de la exclusion. Madrid: Edisofer, 2006. v. 2. p. 602-603. No mesmo sentido DARCIE, Stephan Doering. Processo penal do inimigo: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. *Revista Brasileira de*

Meliá, por seu turno, aponta os elementos caracterizadores do Direito Penal do Inimigo: (i) adiantamento da punição, alterando a perspectiva jurídico-penal de retrospectiva para prospectiva, colocando em referência eventos futuros; (ii) elevação das penas cominadas em abstrato de forma desproporcional; e (iii) relativização ou mesmo supressão de garantias processuais[8].

É conhecido o movimento pelo qual a política criminal, de forma mais ou menos concertada com eventos violentos de alta repercussão, sofre inflexões, invariavelmente, em direção ao recrudescimento do instrumentário estatal de repressão. A justa sensação do aumento da violência e a concreta percepção da inépcia dos modelos de segurança pública oferecidos causam tensões sociais e imponderado temor coletivo.

A ideia de apoiar modificações no regime jurídico punitivo em uma fachada de emergência ou exceção é recurso político recorrente para viabilizar respostas estatais de caráter imediatista e com potencial para deturpar o sistema jurídico-penal como um todo. O termo Direito Penal de Emergência é construído sobre essa nova fonte de legitimação, como verdadeira ruptura do Estado de Direito[9].

Nesse sentido, a atualidade da discussão em torno da criação de inimigos públicos que se deve combater acaba por atingir inevitavelmente o processo. Para Scarance, a forma como o direito é regulado reflete os valores dominantes em determinado momento histórico, e, lembrando dos estudos de Calamandrei, sustenta que:

> "[...] as alterações políticas no tempo e a diversidade de ideologias em uma mesma época ocasionam diferentes tratamentos aos institutos processuais na evolução histórica e nos vários países, e fazem com que não possam ser objeto de uma disciplina definitiva e uniforme. A maneira como são cuidados

Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 149, nov. 2018. p. 278 e ss. Para Pastor, a pena para os inimigos não significa nada a não ser mera coação sem função cognitiva; luta contra um perigo em lugar de comunicação, *vide* PASTOR, Daniel R. El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. In: CANCIO MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso de la exclusion. Madrid: Edisofer, 2006. v. 2. p. 477.

8. CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas. 2003. p. 79-83.
9. FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei Delitti e Delle Pene*: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, v. 2, n. 2, maio-ago. 1984. p. 271. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=30317]. Acesso em: 05.06.2019.

> depende, essencialmente, da predominância que se dê ao indivíduo em confronto com o Estado, ou, ao contrário, ao Estado em face do indivíduo."[10]

Abordando especificamente o problema do tratamento aos acusados de práticas terroristas, Anitua[11] pondera que, no discurso legitimador do controle penal do século XXI, a emergência se tornou explicitamente definitiva porque, na realidade, já era a forma natural de atuação do poder punitivo desde antes; a luta desse modelo concentra-se em desamarrar-se dos limites impostos pelo direito penal liberal, embora agora não se note necessário que desapareça totalmente, sempre que acabe reduzido àqueles grupos que não poderão ser suspeitos de terrorismo.

Por essa distinção entre cidadão e inimigo, portanto, ao delinquente "normal" se reservam todos os direitos e garantias de que são titulares aqueles que gozam do *status* de cidadão, que permanece como válido destinatário da norma porque não a negou radicalmente, apenas a contrariou eventualmente. Por outro lado, o delinquente por convicção, que se coloca fora da ordem social porque pretende ameaçá-la constantemente, se converte em adversário do ordenamento jurídico, um inimigo que deve ser eliminado[12].

2. O processo penal do inimigo como consectário do direito penal do inimigo

O exercício da jurisdição como atividade visível de um Poder Judiciário que se substitui às partes na resolução de conflitos é o meio pelo qual o instrumentário processual se coloca de forma imperativa como moderador do poder punitivo. Nessa trajetória, quando o processo trata de mediar a aplicação do direito penal, sua importância é dramaticamente acentuada, uma vez que, ao mesmo tempo que tem por escopo a pacificação social por meio da aplicação concreta da lei, se coloca como barreira ao arbítrio de quem monopoliza o poder punitivo: o Estado.

---

10. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 21.
11. ANITUA, Gabriel Ignacio. As leis penais antiterroristas, contra o "mal" ou do "inimigo". In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (Org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014. p. 433.
12. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003 (Cuadernos Cívitas). p. 23-36. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=4117]. Acesso em: 05.06.2019.

Tal como o instrumento de exercício da jurisdição que tutela situações jurídicas concretas, o processo deve sempre trazer no seu bojo a necessidade da tutela jurisdicional, um direito material em disputa. Há uma relação de bastante proximidade entre o direito material e o processual, portanto. Nessa esteira, embora seja reconhecida a autonomia científica do processo, com categorias próprias, há uma relação incindível de interdependência com o direito material, no ponto em que aquele serve este, porquanto o efetiva. Mas também como ramo do direito, reflete os valores políticos e ideológicos de uma nação em determinado momento, espelhando as diretrizes básicas do sistema político do país na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para atuar o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e preservar sua liberdade[13].

Em sua obra, Jakobs apenas delineia um esboço do que, segundo sua concepção, seria um processo penal do inimigo[14]. Desse modo, não há uma clara separação doutrinária penal e processual penal a propósito do estudo de combate ao inimigo, mas uma discussão em torno de política criminal direcionada a esse fim, baseada em tipificação penal acompanhada do instrumental necessário à flexibilização de garantias fundamentais. Nessa projeção, sustenta-se a aplicação de medidas excepcionais de coação, por exemplo: encarceramento preventivo com incomunicabilidade e medidas sub-reptícias de obtenção de provas, tais como interceptações de comunicações e infiltração de agentes. Nesse sentido, essa filosofia de combate acarreta necessariamente – e diretamente – consequências para o processo penal, que passa a exercer papel realizador de um direito penal voltado à prevenção de riscos, superando a mera retribuição das teorias absolutas, de caráter eminentemente retrospectivo, para colocar em perspectiva fatos futuros, assumindo função prospectiva[15]. Assim, é intuitivo que não basta direcionar a política criminal para a criação de novos tipos penais mais gravosos sem que o instrumental seja modulado na mesma direção, para que direitos e garantias possam ser expostos com mais vigor durante a persecução penal[16].

13. FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 21-22.
14. JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003. p. 38).
15. MAIER, Julio B. J. *Antología*: el proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra, 2008. p. 941-943.
16. Para Malan, os fenômenos político-criminais que dão azo ao Processo Penal do Inimigo são o Direito Penal Simbólico e o punitivismo, fenômenos que surgem como produto da

Estabelecido esse panorama sobre o inimigo segundo a concepção radicalizada de Jakobs, trataremos a seguir de algumas premissas constitucionais basilares sobre a condição do cidadão como imputado do cometimento de crime. É esperado que o processo penal seja um instrumento legítimo e confiável para distribuição da justiça e que o faça concretizando garantias individuais. Em face do cometimento de um delito *pretérito*, há a justa expectativa da sociedade por uma resposta do Estado pela aplicação concreta da pena prevista na lei, o que só pode se dar como resultado de um processo penal efetivo. No contexto do banimento da vingança privada na resolução de conflitos em um Estado Democrático de Direito, a tensão permanente entre eficiência e garantismo tem permeado a análise do processo como instrumento do poder punitivo e fiador do respeito às liberdades do cidadão[17].

3. Premissa básica: a presunção de inocência

A Constituição Federal de 1988 estabelece que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência como um dos princípios basilares do Estado de Direito e garantia processual fundamental à tutela da liberdade pessoal do acusado[18].

---

expansão do Direito Penal havida nas sociedades no período pós-industrial (MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 59, mar.-abr. 2006. p. 253. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=58440]. Acesso em: 22.08.2019).

17. Darcie argumenta que: "por razões de lógica, dado que o processo penal promove uma reconstrução fático-probatória da hipótese vertida na acusação, a constatação da figura do inimigo somente poderia ser consequência dessa reconstrução, e jamais poderia ser pressuposta pelo processo. O Processo é, pois, *causa*, enquanto a constatação da figura do inimigo e a correlata restrição das garantias, são consequência. No entanto, ao antecipar-se essa restrição, antecipa-se o que deveria ser uma consequência do processo. Nesse momento, a consequência transforma-se em causa, esvaziando-se a própria atividade reconstrutiva do processo, que perde seu caráter dialógico e passa a possuir um caráter meramente confirmatório: o processo se presta a confirmar aquilo que já se sabe" (DARCIE, Stephan Doering. Processo penal do inimigo: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 149, nov. 2018. p. 288).

18. A partir de algum momento em que a sociedade passou a repudiar a possibilidade de imposição de penas sem que o acusado pudesse se defender, a presunção de inocência passou a ser a própria justificativa para a existência do Processo Penal (DARCIE, Stephan Doering. Processo penal do inimigo: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 149, nov. 2018. p. 275).

Consiste basicamente na garantia ao acusado de não ser considerado culpado senão após a conclusão de um devido processo legal em que tenha se permitido utilizar todos os meios de prova pertinentes à sua defesa e necessários à completa desconstrução da tese acusatória, ou que a coloque pelo menos em dúvida, sendo o ônus probatório inteiramente da acusação[19].

O art. 5º, inc. LVII, segue o modelo italiano ao utilizar a expressão culpa em enunciado negativo, ao declarar que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"[20]. Por conta disso, houve alguma discussão doutrinária sobre a distinção entre presunção de inocência e não culpabilidade, prevalecendo na doutrina que se trata mesmo de expressões sinônimas[21]. Na jurisprudência brasileira, faz-se uso de ambas as expressões indistintamente, embora exista precedente do Supremo Tribunal Federal

19. Na tradição anglo-saxã da *common law*, presunção de inocência sempre se revelou como norma de juízo ou probatória, significando que a carga probatória deve recair toda sobre a acusação. Por outro lado, na tradição romano-germânica da *civil law*, sobressaia o caráter de norma de tratamento do imputado durante a persecução penal (STUMER, Andrew. *The Presumption of Innocence*: Evidential and Human Rights Perspectives. Oxford and Portland: Hart, 2010. p. 2-3). A integração desses modelos, que se complementam, resultou no conceito de "presunção de inocência em sentido amplo" (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 245).

20. GOMES FILHO destaca o caráter mais abrangente ao utilizar o vocábulo "ninguém", em vez de utilizar simplesmente "acusado". Essa opção denota a opção do constituinte em proteger qualquer pessoa acusada, mesmo fora do âmbito processual (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*: visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 317).

21. Badaró sustenta que não há diferença entre as locuções, nestes termos: "Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de culpabilidade. As expressões 'inocente' e 'não culpável' constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isso é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas" (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 61). Zanoide também admite que, atualmente, não há diferença entre as duas expressões, alertando, contudo, que não nasceram sinônimas, destacando o conteúdo político-ideológico fascista que inspirou a formulação doutrinária da "presunção de não culpabilidade" (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 221-225).

distinguindo as locuções para entender que a presunção de não culpabilidade confere maior carga de proteção do que simplesmente apenas presumir a inocência do réu[22].

De qualquer modo, podemos extrair três consectários mínimos da presunção de inocência: a) a restrição à liberdade do acusado durante o processo só deve ser admitida a título cautelar, segundo estabelecido pela lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência, tarefa atribuível exclusivamente ao acusador em relação à acusação formulada; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que ele é o responsável pelo delito, bastando a dúvida a respeito de sua culpa para que a absolvição seja imperativa.

Enquanto evidencia inquestionável carga política na proibição de prematura culpabilidade que alcança todos os indivíduos e que deve ser observada por toda coletividade – sem prejuízo da grande distensão doutrinária e jurisprudencial recente em torno do tema –, deve ser tido como importante marco civilizatório e moderador do poder punitivo do Estado.

Contudo, para além do sentido de asseguramento político, a presunção de inocência se decompõe em regra probatória e regra de tratamento ao acusado. Por força da regra probatória, ou de julgamento, o órgão acusador tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado para superar qualquer dúvida razoável, ou seja, recai exclusivamente sobre a acusação o ônus da prova de demonstrar que o fato delituoso apontado na acusação foi mesmo praticado pelo imputado, tornando inviável qualquer juízo condenatório baseado em mera probabilidade e determinando que somente a certeza pode alicerçar legitimamente uma condenação[23].

Como regra de tratamento – mais importante ao presente estudo –, a presunção de inocência impõe aos órgãos encarregados da persecução penal observância e respeito pela pessoa do acusado, para que seja tratado de forma totalmente

22. "A presunção de não culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência" (HC 101.909/MG, rel. Min. Ayres Britto, j. 28.02.2012, 2ª T, *DJe* 19.06.2012).

23. Parte da doutrina decompõe a presunção de inocência em três regras: de tratamento, de juízo e probatória. Nesse sentido, a obra de referência GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 35 e ss.

oposta à do condenado; os órgãos públicos estão, enfim, proibidos de agir e se comportar em relação ao suspeito, indiciado ou acusado como se este fosse desde logo culpado. Corolário mais evidente do correto tratamento do imputado antes e durante o processo é que qualquer medida coativa, especialmente a prisão, deve estar embasada em excepcionalidade de caráter eminentemente instrumental, vinculada ao asseguramento da utilidade e da eficácia do resultado final do processo[24]. Havendo concreta possibilidade de esvaziamento do exercício da jurisdição em virtude de situação de perigo que possa comprometer o provimento definitivo, deve o magistrado servir-se das medidas cautelares típicas previstas no ordenamento jurídico.

4. A proporcionalidade como limite à vulneração de direitos fundamentais

Conforme já visto, o Direito Processual Penal é protagonista na preservação de direitos fundamentais. É a vertente do Direito que sintetiza de maneira mais evidente o permanente conflito entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos de liberdade do particular. Como foco permanente de atrito entre eficiência – no mais das vezes confundida com celeridade e prontidão próprias do simples justiçamento, em discurso inflamado pela sensação de emergência permanente, já tratada neste trabalho – e preservação de direitos fundamentais, é mais do que o mero ordenamento de atos direcionados a prover jurisdição, mas exteriorização do próprio modelo político escolhido para legitimar a aplicação da punição ao criminoso. Esse embate entre justiça e garantias impõe um equilíbrio. É nesse contexto que a ideia de proporcionalidade se apresenta como mecanismo de extrema significação para conferir legitimidade a um processo penal verdadeiramente acusatório e democrático.

Embora não previsto de forma expressa na Constituição Federal, é possível identificar o princípio da proporcionalidade como aspecto do próprio devido

24. Rogério Schietti Cruz trata do assunto ao dizer que "tanto a prisão preventiva (*stricto sensu*) quanto as demais medidas cautelares pessoais introduzidas pela Lei 12.403/11 destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou absolvição do inocente), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais. O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas" (CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. 3. ed. Brasília: JusPodivm, 2017. p. 179).

processo legal previsto no art. 5º, LIV[25]. Este é o campo natural para sua utilização, enquanto instrumento de ponderação e concreção de direitos e garantias fundamentais, capaz de resguardar com primazia o núcleo essencial dos interesses elementares em colisão.

As normas constitucionais não são ilimitadas ou absolutas, mas compõem um conjunto harmônico em que seus elementos se autolimitam, de modo que cada princípio ou garantia não seja anulado por outro princípio ou garantia. Assim, interpretação da Constituição demanda uma constante atividade de compatibilização, de forma que toda ordem constitucional seja observada e cumprida. É natural, contudo, que, em determinadas situações, o conflito entre princípios torne impossível a sua compatibilização.

A solução desse problema foi construída pela teoria constitucional que delineou um princípio de interpretação que, por meio do balanceamento dos valores antagônicos, dá prevalência a um deles em detrimento do outro. Por meio da proporcionalidade, o juiz projeta e examina as possíveis soluções, comparando os interesses para, finalmente, escolher o bem mais valioso e que se harmoniza com os princípios e fins que informam todo o sistema[26].

Trata-se de uma situação absolutamente compreensível em razão do extenso rol de direitos fundamentais contemplados, todos com igual dignidade, como corolário próprio de uma unidade hierárquico-normativa do texto constitucional, e da miríade de circunstâncias e fenômenos possíveis nas relações sociais[27]. A solução deve sair do próprio ordenamento, que deve ser capaz de indicar qual direito deverá ceder passo a outro de maior peso e importância no caso concreto. Segundo Bonavides, o Direito Constitucional e o princípio da proporcionalidade estão vinculados pelos direitos fundamentais[28].

---

25. Embora o princípio da proporcionalidade, como critério de julgamento, não esteja explicitamente previsto, a presença da proporcionalidade no corpo constitucional é bem nítida, podendo-se encontrar o vocábulo em 14 dispositivos: art. 5º, V; art. 7º, V e XXI; art. 41, §§ 2º e 3º; art. 45 e seu § 1º; art. 58, §§ 1º e 4º; art. 71, VIII; art. 93, XIII; art. 155, § 4º, II; art. 159, II; art. 212, § 6º.

26. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo*: III série – estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 22-25.

27. GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 199.

28. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 404.

A avaliação dessas atividades que, de alguma forma, intervêm nas liberdades individuais é feita por meio de três subprincípios ou princípios parciais[29]. O primeiro componente intrínseco à proporcionalidade em sentido amplo é a pertinência, em que a medida restritiva será considerada adequada quando for apta a atingir o fim proposto, inclusive pela perspectiva da quantidade e duração do ataque ao direito fundamental. O segundo subprincípio é a necessidade, ou mandamento de uso do meio mais brando, que impõe a escolha da medida menos gravosa entre aquelas idôneas ao fim pretendido. Finalmente, a proporcionalidade em sentido estrito impõe um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de que seja constatada a justificativa de interferência na esfera de direitos do cidadão.

A proporção impõe-se como condição de legalidade e verdadeira expressão do próprio controle de constitucionalidade, visto que permite a aplicação harmônica do ordenamento jurídico em sua completude, preservando a unidade da Constituição ao mesmo tempo que permite a acomodação das constantes transformações sociais[30]. Bonavides trata a proporcionalidade como verdadeiro axioma constitucional e alerta para a necessidade de enfatizar a força cogente de sua normatividade[31].

29. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 410-411.

30. "A legalidade processual penal, como pressuposto formal para o exame da proporcionalidade, aufere toda sua justificação e impositividade do texto expresso da Constituição. O preceito do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CR), em sua feição material ('substantive process of law'), associado às regras da legalidade geral (art. 5º, inciso II, CR) e penal material (art. 5º, inciso XXXIX, CR), formam a base jusfundamental que determina a imprescindibilidade de que toda medida estatal processual penal restritiva de direito fundamental seja prévia, escrita, estrita e se dirija a um fim constitucionalmente legítimo" (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 316).

31. "Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade" (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 446).

5. A necessidade de motivação das decisões judiciais como requisito de controle democrático

Por mandamento constitucional, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada, sob pena de nulidade. Quando se trata de aplicar medidas cautelares no contexto da persecução penal, o conhecimento dos motivos da decisão assume caráter vital para o resguardo contra o arbítrio e permite a tutela das liberdades do cidadão. Nesse contexto, o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, compreende verdadeiro consectário lógico da garantia do devido processo legal, estabelecido no artigo 5º, LIV, que não se limita a garantir um processo devidamente ordenado, mas também implica a necessidade de que as regras de direito material se apliquem razoavelmente e não de forma arbitrária[32]. Daí a imposição da fundamentação das decisões como especial parâmetro para controle da concretização das garantias no processo penal.

No Brasil, o sistema de apreciação das provas é o do livre convencimento motivado, conforme se vê expressamente no art. 155 do CPP. Por esse sistema, o juiz está livre para dar às diferentes provas trazidas durante o processo a carga valorativa que lhe parecer apropriada, apontando, contudo, os motivos do seu convencimento e o raciocínio lógico utilizado. É pela motivação que se aprecia se o juiz decidiu com conhecimento da causa, se sua convicção é legítima e não arbitrária, sendo de total interesse da sociedade e, especialmente, das partes aferir se a decisão foi ou não acertada. Somente pelo conhecimento dos motivos que a fundamentaram é que será possível a fiscalização da atividade judicante do magistrado.

O sistema da livre convicção motivada se contrapõe ao sistema das provas tarifadas ou provas legais, em que os meios de prova e o valor dado a cada uma delas

32. Embora não seja objeto deste trabalho abordá-las profundamente, é interessante notar que o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), no seu art. 489, § 1º, trata de hipóteses em que há defeito na motivação das decisões, da seguinte forma: "§ 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".

encontram-se previamente definidos pela lei. Surgido no século XVII, buscava restringir os poderes dos juízes, limitando a livre apreciação da prova, o que se mostrou ineficiente e acabava por incentivar a tortura para obtenção da confissão, a prova máxima para condenação. Para Lênio Streck[33], a obrigatoriedade de fundamentar decisões judiciais é condição para democracia. Observa, ainda, sobre a necessária coerência e integridade das decisões, sob pena de se fazer tábula rasa do art. 93, IX, da Constituição Federal.

Nesse sentido, a motivação das decisões judiciais no processo penal, além de exigência constitucional, exerce papel fundamental no controle da justiça, tanto pelas partes envolvidas como pela sociedade, em vista do princípio geral da publicidade dos atos processuais. Assegura, entre outras garantias, o controle da distribuição da justiça, podendo ser considerado, portanto, como principal ponto de legitimação jurídica e democrática da função judiciária.

No campo das cautelares, é dever do magistrado apontar claramente os motivos do seu convencimento a propósito da necessidade da aplicação de uma medida cautelar, especialmente se for corporal. Essa fundamentação somente se mostrará legítima se forem indicados motivos claros e precisos pelos quais se decreta a coerção processual, não sendo satisfatória a mera repetição vazia dos permissivos legais que autorizam a medida. A importância da motivação das decisões judiciais foi reafirmada pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019 ("lei anticrime"), que trouxe importantes alterações no campo cautelar, conforme se verá mais adiante.

6. Coerção processual (e pré-processual): uma análise sobre o uso das medidas cautelares no processo penal

Partindo da premissa de que não há imediatismo na aplicação do direito pela via judicial, o processo se desenvolve por meio de atos coordenados de acordo com um procedimento preestabelecido, o que evidentemente consome tempo.

33. "A coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido. Em outras palavras, em qualquer decisão judicial a fundamentação – incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas – deve ser respeitada a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição. Da decisão em primeiro grau à mais alta corte do país. Se os Tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logicamente os juízes de primeiro grau devem julgar segundo esses mesmos critérios" (STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Coluna Observatório Constitucional*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc]. Acesso em: 07.06.2019).

Contudo, esse tempo, se for demasiado, pode se tornar tóxico para o próprio processo pelo perecimento do direito em discussão ou pela inutilidade da prestação jurisdicional. É nessa perspectiva que as cautelares assumem papel vital.

É natural que esses métodos de asseguramento da eficácia da jurisdição apresente seriedade muito maior no processo penal do que na esfera civil, justamente porque a lide[34] envolve bens jurídicos de maior relevância que impactam diretamente na liberdade do indivíduo: a tensão entre a pretensão dos órgãos de persecução em impor medidas para assegurar o resultado do processo principal e o indivíduo que deve resistir a essas investidas é evidentemente muito maior.

Na mesma direção, o risco de desacerto no provimento judicial exige cautela, como é inerente a toda decisão cujo conhecimento sobre os fatos é precário, superficial, baseado em mera probabilidade[35]. A tutela cautelar não se baseia em

34. O tema sobre a existência de lide no processo penal é controvertido. Romeu Pires de Campos Barros entende que o conceito também é agasalhado pelo processo penal, inclusive no âmbito cautelar: "As considerações expendidas são suficientes para demonstrar que o conceito de lide no processo penal, apesar de controvertido, é fecundo para elaboração da doutrina, sendo também admissível no processo cautelar, uma vez que neste existe o perigo de que a liberdade individual seja inutilmente sacrificada. Daí surgir o contraste entre o interesse do Estado em impor uma medida cautelar ao indiciado, no intuito de assegurar o bom andamento da instrução criminal ou evitar que ele fuja, tornando impossível a execução da pena imposta enquanto o sujeito passivo de tais medidas, resiste a tal pretensão, alegando o seu direito de liberdade. Esse conflito de interesses do Estado e impor a medida cautelar, e o interesse do indivíduo em não suportá-la, estará sempre em contraste" (BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; coordenação de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 17). De outro lado, Cintra, Grinover e Dinamarco ponderam: "Quem admitir que existe lide no processo penal (de resto, negada por setores significativos da doutrina) dirá que se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade; no curso do processo, pode vir a cessar a situação litigiosa, como quando o órgão de acusação pede a absolvição ou recorre em benefício do acusado – mas o processo penal continua até a decisão judicial, embora a lide não exista mais. Em vez de 'lide penal', é preferível falar em controvérsia penal" (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 158).

35. Carnelutti, com a perspicácia habitual, bem alertou sobre o risco e o alto custo envolvido na aplicação de medidas cautelares ao acusado – especialmente as corporais – colocando-o em situação absolutamente análoga ao cumprimento de pena: "O custo se paga, desgraçadamente, em moeda de justiça quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente e sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça de que,

nenhum juízo de certeza, já que, justamente em razão da urgência, a decisão deve ser proferida antes do término da instrução regular do processo, de modo que não é permitido ao juiz aprofundar sua cognição sobre os pressupostos fáticos para aplicação da regra de direito material em cognição sumária[36].

Idealmente, somente a dialética é capaz de carrear aos autos elementos suficientes de prova que conduza ao juízo de certeza[37]. Contudo, não se cogita que o instrumento de que dispõe o Estado para aplicar o direito penal seja despido de métodos para viabilizar eficazmente essa atividade. Afinal, é comum a ocorrência de situações em que providências urgentes se tornam imprescindíveis para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura aplicação da sanção correspondente, o ressarcimento do dano causado, ou, ainda, eventualmente, a proteção da própria coletividade em face do risco concreto de reiteração da prática criminosa.

Nesse sentido, a tutela cautelar em geral se distingue da tutela satisfativa – obtida com o provimento definitivo – não apenas por seus objetos distintos mas também porque a tutela cautelar tem como principais características a referibilidade e a temporariedade. Pela primeira se mostra nitidamente o seu caráter acessório e periférico porque se refere a outro direito, sendo sempre possível

se o isolamento ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar provas falsas ou para retirar um meio de provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, afasta a possibilidade de buscar e de proporcionar provas úteis para fazer o juiz conhecer a verdade" (CARNELUTTI, Francesco. *Introduzione allo studio sistemático del provimenti cautelare*. Padova: CEDAM, 1936. p. 31-46 apud BARROS, Romeu Pires de Campos. Processo penal cautelar. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; coordenação de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 116-117).

36. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 991-992.

37. ZANOIDE DE MORAES já alertava, antes mesmo da edição da Lei 13.964/19, para a necessidade de contraditório prévio como regra geral para a decisão cautelar, conforme previsto expressamente pelo art. 282, § 3º, do CPP, norma que, no entanto, era reiteradamente ignorada pelos aplicadores do direito. A ausência sistemática dessa oitiva prévia gerava situação estruturalmente desigual de partida para a decisão cautelar, qual seja, o juiz só recebia a visão unilateral dos órgãos de persecução (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. In: VAZ, Denise Piovasi et al. (Org.). *Eficiência e garantismo no Processo Penal*: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 294).

distinguir o direito à cautela e o direito que se acautela. A segunda evidencia que deve perdurar apenas enquanto for necessária para preservação do futuro provimento judicial definitivo – cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia[38]. No campo das medidas cautelares pessoais, é possível caracterizá-las, ainda, pela alternatividade, uma vez que, presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, é possível impor medida de menor restrição alternativa à prisão, se existentes condições específicas que a autorizem desde logo. A provisoriedade, por sua vez, indica o caráter transitório da decisão cautelar, que deve durar, no máximo, até o provimento definitivo. O rol de medidas disponíveis indica também a característica da gradualidade, ordenadas que são no grau de intervenção aflitiva na liberdade pessoal. Por fim, o elenco variado indica a cumulatividade, característica que permite a imposição isolada ou conjunta de medidas assecuratórias, presentes os vetores de adequação e necessidade (art. 282, I e II, CPP)[39].

No âmbito cautelar, na busca quase impossível por neutralizar os efeitos da falta de completa visão sobre o quadro fático no caso concreto, o magistrado deve se guiar por dois conhecidos requisitos básicos: a fumaça do bom direito e o perigo na demora. O primeiro consiste na plausibilidade, verossimilhança ou probabilidade da existência do direito alegado; o segundo exige a demonstração que o tempo do processo frustrará a expectativa do resultado final e/ou seu prosseguimento será obstaculizado por fatores que demandem atuação expedita do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o ataque a direitos individuais antes do provimento jurisdicional definitivo se insere corretamente no contexto do Estado Democrático de Direito se for destinado efetivamente a assegurar a própria jurisdição. Essa coerção prévia pode ser compreendida como o uso efetivo ou potencial da força estatal para atingir determinados objetivos. A razão de ser desses provimentos cautelares é, pois, o risco envolvido na demora da prestação jurisdicional, funcionando como meios adequados para afastar os efeitos negativos do tempo sobre a pretensão punitiva do Estado, que se pretende concretizar por meio do processo.

É de fato irrecusável que o resultado do processo, como pressuposto essencial para aplicação concreta da lei penal, exige instrumentário capaz de proteger a eficácia desse provimento jurisdicional. Se esses mecanismos não funcionam,

38. DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2. p. 638-639.

39. CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas: a individualização da medida cautelar no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 357-401.

ou demoram tempo demasiado, a lei penal pode não ter aplicação ou resultado prático nenhum, ao menos segundo critérios de tempestividade minimamente razoáveis que justifiquem a aplicação da pena.

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, é certo que a tutela jurisdicional cautelar é exercida por meio de um conjunto de medidas previstas na legislação. No Código de Processo Penal, as medidas cautelares pessoais são a prisão preventiva (arts. 312 a 315) e as medidas alternativas à prisão (arts. 319 e 320); as medidas cautelares patrimoniais são o sequestro de bens imóveis (arts. 125 a 131), sequestro de bens móveis (art. 132), especialização e registro de hipoteca legal (arts. 134 e 135), arresto de bens imóveis com registro e especialização de hipoteca legal (art. 136) e o arresto subsidiário de bens móveis (art. 137). A prisão em flagrante atualmente tem natureza precautelar, estágio inicial da prisão preventiva ou de medidas cautelares alternativas à prisão, não podendo ser considerada verdadeiramente uma medida cautelar autônoma[40].

Em um passado próximo, o sistema de cautelares sofreu significativas mudanças, todas para ampliar o campo de liberdade corporal. Primeiro a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, ampliou o rol de medidas cautelares alternativas disponíveis ao magistrado como forma de evitar o encarceramento preventivo do imputado, tudo a conformar o fundamento que a prisão cautelar se afigura como *ultima ratio* – a derradeira medida a que se deva recorrer. Além disso, a lei inovou também por possibilitar que a prisão preventiva seja cumprida em ambiente domiciliar a partir de elementos que apontem para a desnecessidade ou inconveniência do recolhimento prisional. O instituto da fiança – caução real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu – foi valorizado, alterando-se sensivelmente seu regramento, especialmente pela ampliação da sua concessão pela autoridade policial, além do alargamento das suas hipóteses de incidência[41]. Outra importante

40. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 987. No mesmo sentido ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 387.

41. Rogério Schietti Cruz especula que pode ter havido um consenso em torno dos malefícios do encarceramento antes da condenação: "Parece, enfim, haver um consenso de que a prisão-cautela possui os inconvenientes e malefícios da prisão-pena, com o agravante de que nem mesmo pode servir como meio de ressocialização ou reeducação do preso, se é que isso ainda pode ser defendido como um dos objetivos da pena em sistemas penitenciários com perfil similar ao do brasileiro" (CRUZ,

modificação trazida pela minirreforma do Código de Processo Penal foi a vedação de prisão cautelar em crimes com pena igual ou inferior a quatro anos. Restou, então, afastada a privação de liberdade durante o processo nos casos em que a pena final será restritiva de direitos ou multa, em verdadeira positivação da proporcionalidade, já tratada neste trabalho. A Lei 13.257, de 8 de março de 2016, estabeleceu um conjunto de políticas públicas para proteção da primeira infância, entre elas a ampliação da substituição da prisão preventiva no cárcere pelo confinamento domiciliar nas hipóteses de agente mulher – ou homem, se for o único responsável – com filho de até 12 (doze) anos incompletos.

Ao menos sob o ponto de vista formal-legislativo, a criação de alternativas à prisão procurou superar o antagonismo entre a prisão ou nada. "8 ou 80". No máximo, a liberdade provisória continha algumas obrigações próprias de contracautela. O mérito daquela inovação legislativa foi dar opções ao julgador como forma de desmantelar um sistema pernicioso que variava entre a soltura inconsequente e o encarceramento desnecessário, com roupagem inegavelmente punitivista, tendo a prisão como regra e a liberdade como exceção. Em face do novo desenho infraconstitucional, Capez propôs uma nova leitura sobre o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança"[42].

Com a população carcerária já em níveis alarmantes, era mesmo preciso conferir racionalidade ao sistema de persecução penal, para recolher cautelarmente indivíduos ao cárcere apenas em hipóteses excepcionais, concretizando a subsidiariedade desse meio extraordinariamente mais gravoso. Contudo, passados poucos anos desde aquelas reformas parciais do Código de Processo Penal, os níveis de encarceramento permaneceram crescendo de forma consistente.

Rogério Schietti. *Prisão Cautelar*: Dramas, Princípios e Alternativas. 3. ed. Brasília: JusPodivm, 2017. p. 169).

42. Capez sustenta, ainda, a existência de um direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal, a partir de interpretação dos princípios adotados pela Constituição Federal no art. 5º. Diante do rol de medidas cautelares disponíveis, o juiz deverá obrigatoriamente partir da medida de menor intensidade para somente então alcançar as mais gravosas. Destaca, para isso, o valor da proporcionalidade como pedra angular no controle da justificação apontada pelo magistrado na decisão proferida (CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas*: a individualização da medida cautelar no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 314).

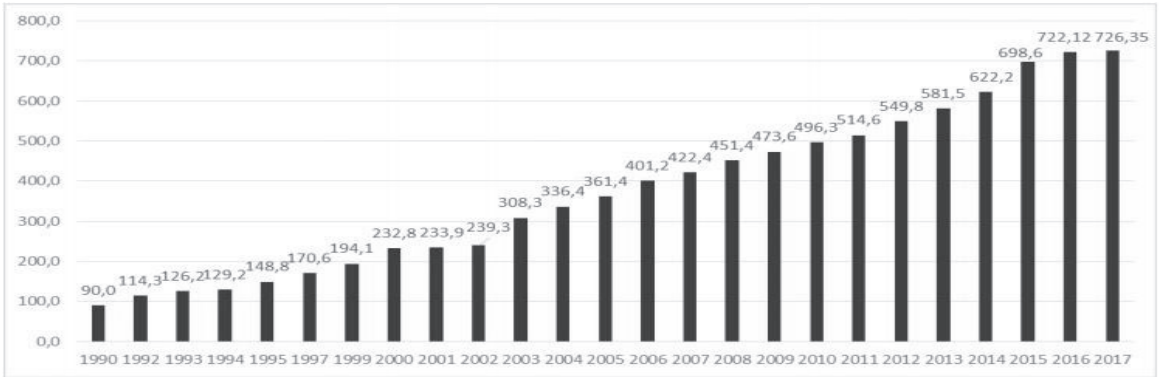
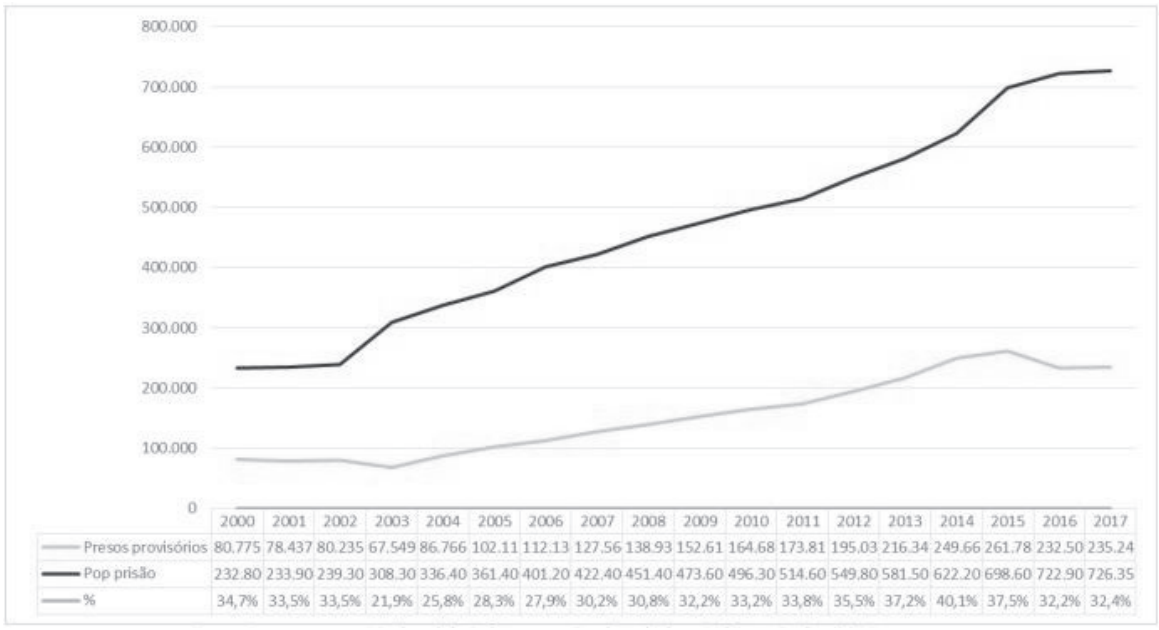


Gráfico 1 – Evolução da população prisional no Brasil
Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública – INFOPEN, 2017

No gráfico anterior, é possível perceber que a população carcerária cresceu de forma vigorosa e constante no período de 27 anos verificado. No recorte após a publicação da Lei 12.403/11, cujo objetivo principal foi trazer racionalidade ao sistema, não é possível apontar qualquer inflexão na trajetória de crescimento de aprisionamentos.

O gráfico a seguir trata da proporção entre a massa carcerária, o número de presos provisórios e o número de vagas no sistema.



	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Presos provisórios	80.775	78.437	80.235	67.549	86.766	102.11	112.13	127.56	138.93	152.61	164.68	173.81	195.03	216.34	249.66	261.78	232.50	235.24
Pop prisão	232.80	233.90	239.30	308.30	336.40	361.40	401.20	422.40	451.40	473.60	496.30	514.60	549.80	581.50	622.20	698.60	722.90	726.35
%	34,7%	33,5%	33,5%	21,9%	25,8%	28,3%	27,9%	30,2%	30,8%	32,2%	33,2%	33,8%	35,5%	37,2%	40,1%	37,5%	32,2%	32,4%

Gráfico 2 – Evolução da população prisional provisória entre 2000 e 2017
Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública – INFOPEN, 2017

Pelo teor das informações constantes no gráfico 2, é possível perceber que o percentual absoluto de presos provisórios em relação ao número total de pessoas no sistema ainda cresceu 6% após a alteração na sistemática cautelar do processo penal, até 2014. Nos três anos seguintes é possível perceber uma refração, mas, ainda assim, permanecendo em percentual muito próximo ao de 2011, ano em que se implementou a primeira mudança legislativa recente[43].

Por fim, no mesmo trabalho, foram especificados ainda os percentuais de presos provisórios em cada estado da Federação.

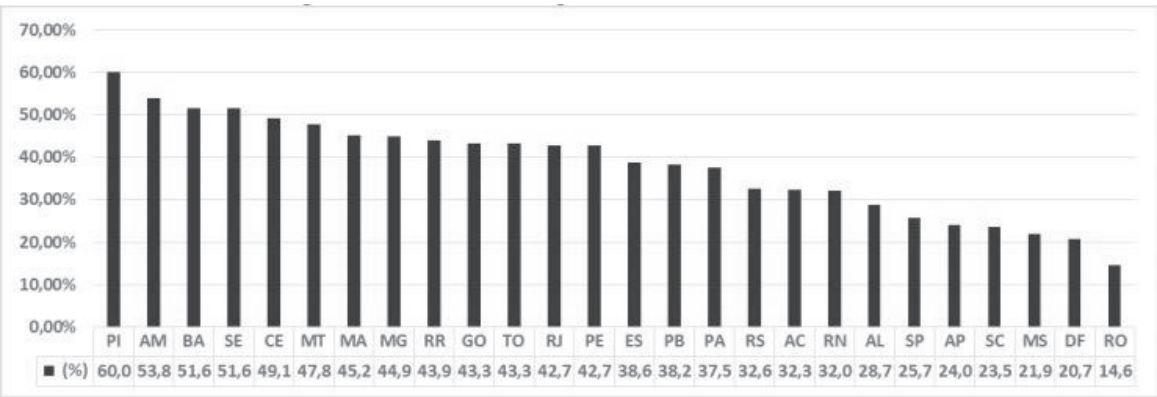


Gráfico 3 – Percentual de presos sem condenação por Unidade da Federação no Sistema Penitenciário
Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública – INFOPEN, 2017

O gráfico anterior mostra números verdadeiramente estarrecedores: em pelo menos quatro estados há mais presos provisórios do que aqueles cumprindo pena.

Dessa forma, ao menos com base neste último relatório completo e de âmbito nacional elaborado pelo Poder Público – referente ao ano de 2017 –, embora os

43. O levantamento realizado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública não especifica claramente qual o critério para definição de preso provisório, informando apenas que, no número total de "presos sem condenação", foram consideradas também as pessoas custodiadas em carceragens de delegacias e outros estabelecimentos de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública. Desse modo, é possível inferir que a população carcerária representada no gráfico é formada apenas por acusados sem sentença condenatória, excluídos, portanto, aqueles com recursos em outras instâncias judiciais. A partir dessa informação é possível especular que o número de presos provisórios no sistema é ainda maior se forem incluídos os processos criminais com réu preso em grau de apelação, que seguramente caracterizam também prisões cautelares processuais, conforme entendimento reassentado pelo Supremo Tribunal Federal a propósito da execução provisória da pena (HC 126.292/SP, rel. Min. Teori Zavascki, j. 02.09.2016, Plenário, *DJe* 07.12.2017).

magistrados tivessem à mão instrumentos menos gravosos e alternativos à prisão, valeram-se mais da coação corporal para assegurar, ao menos em teoria, os fins do processo.

Mais recentemente, a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como lei "anticrime", entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020 e trouxe novas e importantes alterações nas medidas cautelares.

Inicialmente, o § 2º do art. 282 foi alterado para excluir a possibilidade da decretação de medida cautelar de ofício pelo juiz, que deverá agora ser provocado a tomar medidas de asseguramento, inclusive em casos de descumprimento de medidas cautelares diversas da prisão. Por outro lado, o magistrado poderá revogar ou substituir medida cautelar de ofício, ou a requerimento das partes (art. 282, § 5º), evidenciando o caráter transitório de que devem se revestir medidas dessa natureza – essa característica foi, inclusive, explicitada pela nova lei, que determinou a revisão da necessidade da manutenção da prisão preventiva imposta, a cada 90 dias, mediante decisão fundamentada pelo órgão prolator da decisão (art. 316, parágrafo único).

Além disso, o § 3º do art. 282 intensificou o contraditório no campo cautelar ao estabelecer um procedimento a ser seguido como regra geral, com oitiva da parte contrária em cinco dias, dispensada apenas no caso de urgência e perigo justificados e fundamentados em decisão amparada por elementos do caso concreto que justifiquem a excepcionalidade, sob pena de nulidade da decisão (art. 315, § 2º, c/c art. 564, V).

Por fim, a nova redação do § 6º do art. 282 procurou subverter a lógica até então adotada pelo Código de Processo Penal, que dispunha genericamente sobre a possibilidade de decretação de prisão preventiva quando não fosse cabível a substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319. Agora se estabelece a necessidade de justificar, de forma individualizada e fundamentada por elementos presentes do caso concreto, a impossibilidade de substituição da prisão por aquelas medidas alternativas, sob pena de ilegalidade da prisão.

Trata-se de nova investida legislativa, na forma de minirreforma ao Código de Processo Penal, novamente com o objetivo de conferir racionalidade ao sistema de cautelares do processo penal brasileiro, reafirmando a importância de conceitos como a necessidade de motivação das decisões judiciais, proporcionalidade e presunção de inocência. Resultados a serem conferidos.

7. Conclusão

O processo penal sofreu grandes mudanças até a sua consolidação como protagonista na tutela das liberdades e no respeito à dignidade humana, como

fundamento da República estabelecido pela Constituição Federal de 1988. Seu âmbito de atuação foi modulado de acordo com a nova ordem constitucional e incorporou direitos e garantias individuais em detrimento de um modelo autoritário e repressor vigente à época da elaboração do Código Penal e do Código de Processo Penal, na primeira metade do século passado. Entretanto, essa nova ordem vem sendo incorporada, com percalços, desde o momento em que seus intérpretes passaram a compreender a extensão dos seus princípios e regras, compatibilizando a legislação infraconstitucional recepcionada[44].

A concretização da liberdade como valor se dá em função da limitação do poder do Estado e disciplinando a forma como ele exerce suas prerrogativas de força; a limitação de poder por meio da subordinação à lei e de exercício dos fins atinentes ao próprio ente político traduz-se no respeito à dignidade do cidadão. Nesse contexto de um Estado social que tem por objetivo a realização de valores humanos, pela via jurisdicional deve se concretizar a pacificação social como resultado da efetivação da tão buscada justiça. É na promessa de segurança social que se funda o pacto social[45].

Nessa trajetória, os escopos do direito processual penal devem ser a efetividade e o garantismo – ou efetividade com garantias – na tutela do direito das partes, por meio de um processo justo e da correta distribuição da justiça, com plena observância dos princípios do devido processo legal e seus corolários constitucionais. Essa acepção de defesa social implica ressocialização mediante a humanização do direito penal, ainda que isso possa, por vezes, se abeirar de uma utopia.

---

44. Ada Pellegrini Grinover já alertava, ainda no ano de 1994 – passados seis anos após a promulgação da atual Constituição Federal, portanto –, que as propostas aprovadas durante a 3ª Seção do XV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, embora evidenciassem que o novo Texto Maior ocupava uma posição de vanguarda no tocante às garantias, a interpretação das normas infraconstitucionais ainda não era totalmente baseada nessa nova conformação: "Aliás, a maioria das propostas aprovadas demonstra que a Constituição brasileira se coloca numa posição de vanguarda no tocante às garantias, mas como a interpretação dos códigos ainda não chegou a ser completamente permeada pelo espírito da Constituição, algumas das recomendações aprovadas no Rio serão de induvidosa utilidade para a plena eficácia das normas constitucionais" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Preconizado no Congresso do Rio o respeito às garantias do processo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 23, nov. 1994. p. 01. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13602]. Acesso em: 10.07.2019).

45. MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006. p. 299.

A efetividade, sob o enfoque do processo como instrumento, deve ser avaliada pela análise dos seus resultados práticos segundo as finalidades da jurisdição tratadas neste trabalho. Por outro lado, a doutrina processual do inimigo se finca em paradoxo insuperável: para que a supressão de garantias seja possível, é preciso demonstrar a precondição de inimigo do processado, esvaziando a função reconstrutiva do processo – o processo se presta a confirmar aquilo que já se sabe[46].

Estabelecidas essas bases sobre as quais deve estar calcada a persecução penal, somente serão compatíveis com o Estado Democrático de Direito as medidas cautelares propriamente ditas, isto é, prisões processuais ou medidas cautelares alternativas à prisão que tenham natureza conservativa. De outro modo, não serão legítimas quaisquer medidas que tenham por escopo antecipar total ou parcialmente os efeitos da condenação criminal, ou seja, que tenham caráter satisfativo[47]. A Constituição Federal é clara quanto a esse aspecto.

É consabido o tratamento da coerção processual, física ou patrimonial, e o limite entre legitimidade e ilegitimidade na aplicação de medidas cautelares. O imputado presumivelmente inocente pode ser constrangido apenas e tão somente para assegurar o resultado final do processo, ou a sociedade contra riscos concretos e cabalmente demonstrados, em juízo de proporcionalidade claramente apontado na decisão pelo magistrado, e a prisão antes da condenação, em qualquer caso, é sempre *ultima ratio*, de acordo com os princípios constitucionais correlatos.

Conforme foi visto, a legislação infraconstitucional tem sido direcionada para dar preferência a outras medidas menos drásticas do que o cárcere. Mas isso aparentemente não tem significado diminuição de pessoas encarceradas. Tal fato evidencia que o verdadeiro direito penal do inimigo é resultado de uma cultura inquisitorial e encarceradora, e não de políticas criminais organicamente voltadas à eliminação de um perigo.

Ao menos no Brasil, deve-se deixar de lado a discussão sobre o direito penal do inimigo para se debruçar, antes, sobre a cultura de combate ao inimigo. Nesse cenário, nossos combatentes a serem eliminados são os de sempre: negros e pobres desgraçados para quem não se observam as condições mais elementares de cidadania.

46. DARCIE, Stephan Doering. Processo penal do inimigo: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 149, nov. 2018. p. 294.

47. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 1000.

Não se concebe a discussão sobre a existência de políticas públicas direcionadas ao incremento do poder punitivo, mas o afastamento de culturas básicas de preservação de direitos fundamentais. Isso revela a imaturidade sistêmica do processo penal brasileiro: programas policialescos, espetáculos vexatórios patrocinados por autoridades públicas, violações sistemáticas de domicílios e, no extremo, tortura e esquadrões policiais de extermínio são recorrentes.

O processo penal do – ou para o – desgraçado é atroz e distinto do processo penal do inimigo imaginado segundo modelo criminal especial proposto por Jakobs. Enquanto este resultaria de escolhas políticas que turvam a visão sobre conceitos como cidadania e dignidade da pessoa humana, aquele vitrifica inequívoca, desbragada e inconcebível omissão do Estado na garantia de direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Contudo, embora sejam claramente distintos, têm uma relação de dependência e retroalimentação. Se o problema está no básico estruturante, a falha recorrente na recomposição do tecido social rompido pelo cometimento do delito deixa o processo penal a anos-luz de cumprir sua função de pacificação da sociedade. O desrespeito recorrente pelo Estado a direitos básicos fomenta comportamentos antissociais que, no extremo, acabam por se organizar a ponto de se voltar contra as próprias estruturas de poder, que, por sua vez, reagem com o recrudescimento da política criminal, mecanismo que poderá, aí sim, conduzir ao verdadeiro direito penal do inimigo. Por essa lógica perversa, o desgraçado de hoje pode se tornar o inimigo de amanhã, em verdadeira espiral repressiva a que aludia Sergio Moccia[48].

Para que seja viável uma mudança efetiva é preciso que os operadores do direito assimilem verdadeiramente a cultura de um processo democrático. Especialmente os juízes devem se abster de utilizar métodos elusivos de decisão para escamotear em decisão cautelar uma verdadeira antecipação de pena. Do contrário, ainda que alteração legislativa seja total – e não pontual, como tem sido a praxe –, é possível que se mude tudo, para que tudo continue exatamente igual.

Nessa quadra, o grande desafio é justamente dosar quanto peso se coloca em cada prato da balança constitucional que, de um lado, salvaguarda as garantias individuais e, de outro, proporciona defesa social. É natural que, em determinado

48. MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006. p. 315.

momento, ela penda mais para um lado e depois volte suavemente a se equilibrar ou inclinar um pouco mais para o outro, em natural acomodação das vicissitudes do seio social. Entretanto, movimentos bruscos para qualquer um dos lados podem derrubar os dois pratos junto com a balança inteira. O resultado nesse caso só pode ser um: barbárie.

Referências

ANITUA, Gabriel Ignacio. As leis penais antiterroristas, contra o "mal" ou do "inimigo". In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (Org.). *Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal*: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. In: AMBOS, Kai, ROMERO, Eneas. *Crime Organizado*: análise da Lei 12.850/12. São Paulo: Marcial Pons; CEDPAL, 2017.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; coordenação de Ada Pellegrini Grinover. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 32. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

CANCIO MELIÁ, Manuel. ¿Derecho penal del enemigo? In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas. 2003.

CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas*: a individualização da medida cautelar no Processo Penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 3. ed. Brasília: JusPodivm, 2017.

DARCIE, Stephan Doering. Processo penal do inimigo: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 26, n. 149, p. 259-298, nov. 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 2.

DONINI, Massimo. El derecho penal frente al "enemigo". In: CANCIO MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Derecho penal del inimigo*: el discurso de la exclusion. Madrid: Edisofer, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei Delitti e Delle Pene*: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, v. 2, n. 2, p. 271-292, maio-ago. 1984. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=30317]. Acesso em: 05.11.2018.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José de Faria; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Org.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais*: visão Luso-Brasileira. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo*: III série – estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Preconizado no Congresso do Rio o respeito às garantias do processo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 23, p. 01, nov. 1994. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13602]. Acesso em: 5.07.2019.

INFOPEN. *Levantamento nacional de informações penitenciárias*. INFOPEN – Junho de 2017. Brasília – DF: Ministério da Justiça. Disponível em: [http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf]. Acesso em: 15.08.2019.

JAKOBS, Günther. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Derecho penal del inimigo*: el discurso de la exclusion. Madrid: Edisofer, 2006.

JAKOBS, Günther. Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003 (Cuadernos Cívitas). Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=4117]. Acesso em: 31.10.2018.

MAIER, Julio B. J. *Antología*: el proceso penal contemporáneo. Lima: Palestra, 2008.

MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 14, n. 59, p. 223-259., mar.-abr. 2006. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=58440]. Acesso em: 22.08.2019.

MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006.

PASTOR, Daniel R. El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional. In: CANCIO MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso de la exclusion. Madrid: Edisofer, 2006. v. 2.

POLAINO NAVARRETE, Miguel; POLAINO-ORTS, Miguel. Derecho penal del enemigo: alguns falsos mitos. In: CANCIO MELIA, Manuel; GÓMEZ-JARA DIÉZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo*: el discurso de la exclusion. Madrid: Edisofer, 2006. v. 2.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. Los indeseados como enemigos. *Revista Electrônica de Ciência Penal y Criminologia*, n. 09-01, 2007. Disponível em: [http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-01.pdf]. Acesso em: 03.10.2018.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC. *Coluna Observatório Constitucional*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc]. Acesso em: 05.05.2019.

STUMER, Andrew. *The Presumption of Innocence*: Evidential and Human Rights Perspectives. Oxford and Portland: Hart, 2010.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal. In: VAZ, Denise Piovasi et al. (Org.). *Eficiência e garantismo no Processo Penal*: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo, de Fernanda Otero Costa – *RBCCrim* 94/57-85 (DTR\2012\15);
- Direito penal do inimigo, de Ulfrid Neumann e Antonio Martins – *Doutrinas Essenciais de Direito Penal* 2/1135-1151 (DTR\2012\44875);
- O problema da fundamentação do direito penal do inimigo, de Joe Tennyson Velo – *RT* 894/349-400 (DTR\2010\190); e
- Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira, de Silma Pacheco Ramos – *RT* 1007/207-225 (DTR\2019\40049).

Memória e conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo

Memory and conformity: the reliability of the eyewitness evidence through time

Rodrigo Faucz Pereira e Silva

Doutor em Neurociências pela Universidade Federal de Minas Gerais (2019). Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil (2012). Professor de Processo Penal da FAE Centro Universitário, Curitiba. Professor do Programa de Mestrado em Psicologia Forense da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba. Pesquisa instituto do tribunal do júri e a interseção entre as neurociências e o direito. Advogado criminal.
ORCID: 0000-0001-7940-9316.
rodrigo@faucz.com.br

Antonio Jaeger

Doutor em Psicologia pela UFRGS (2017) com período sanduíche na Universidade da Califórnia, Irvine (UCI). Pós-doutor na Washington University in St Louis (EUA) com financiamento do National Institute of Health (NIH) (2011), pós-doutorado na PUCRS com financiamento do CNPq e pós-doutorado na USP (2012) com financiamento da FAPESP (2012). Professor-Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Subcoordenador do Programa de Pós-graduação em Psicologia: Cognição e Comportamento (UFMG). Pesquisa processos básicos de memória e aprendizagem sob uma perspectiva da Psicologia Cognitiva e da Neurociência Cognitiva. É membro do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia sobre Comportamento, Cognição e Ensino.
ORCID: 0000-0001-5093-6198.
antonio.jaeger@hotmail.com

Recebido em: 11.05.2019
Aprovado em: 02.06.2020
Última versão dos autores: 15.06.2020

Áreas do Direito: Penal; Processual

Resumo: No Processo Penal brasileiro o meio de prova mais utilizado na fundamentação das sentenças é a prova testemunhal, não obstante vítimas e testemunhas estarem expostas a inúmeros fatores que podem alterar suas memórias antes e

Abstract: In the Brazilian Criminal Procedure, the testimonial evidence is the most used means of proof to convict a defendant, although victims and witnesses are exposed to numerous factors that can alter their memories before and

Silva, Rodrigo Faucz Pereira e; Jaeger, Antonio. Memória e conformidade: a confiabilidade da prova testemunhal e o transcurso de tempo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 171. ano 28. p. 281-312. São Paulo: Ed. RT, set. 2020.

após o fato delitivo, o que pode gerar graves erros na lembrança do fato e contaminação do processo penal subsequente. Nesta pesquisa, 38 participantes foram divididos em dois grupos, sendo que um assistiu a um vídeo que mostrava uma cena de um crime em que o agressor agia sozinho e o outro assistiu a um vídeo em que o agressor agia com um comparsa. Após o vídeo, foram formadas duplas com um participante de cada grupo, os quais discutiram sobre o crime. Oito meses depois os participantes responderam a um questionário e os resultados confirmaram a existência da conformidade de memória, pois 88,89% dos participantes que assistiram à cena sem um comparsa afirmaram que o agressor estava na companhia de um cúmplice no momento da agressão. Por outro lado, 16,67% dos participantes que assistiram à cena com um comparsa, afirmaram que o agressor agiu sozinho. Os resultados do experimento confirmam a considerável influência dos relatos de uma testemunha na memória de outras, indicando que há uma potencialização da conformidade em longo prazo (situação que se aproxima à realidade brasileira, em que a oitiva de testemunhas e vítimas ocorre muitos meses após o fato). Assim, há elementos científicos que indicam não apenas a falibilidade da prova testemunhal, mas também a temeridade de se produzir tais provas após longo decurso de tempo.

Palavras-chave: Neurociências – Prova testemunhal – Conformidade de memória – Transcurso de tempo.

after the crime, which may generate serious errors in the memory of the fact and contamination of subsequent criminal proceedings. In this research, 38 participants were divided into two groups, one of whom watched a video showing a scene of a crime in which the perpetrator acted alone and one group watched a video in which the aggressor acted with an accomplice. After the video, they formed pairs with one participant of each group, who discussed about the crime. Eight months later the participants responded to a questionnaire and the results confirmed the existence of memory conformity, as 88.89% of the participants who attended the scene without an accomplice stated that the perpetrator was in the company of one at the time of the aggression. On the other hand, 16.67% of the participants who attended the scene with an accomplice, answered that the aggressor acted alone. The results of the experiment confirm the considerable influence of the reports of one witness in the memory of others, indicating that there is a long-term enhancement of conformity (a situation that is close to the Brazilian reality, where witnesses and victims appear many months after the fact in front of the judiciary). Thus, there are scientific elements that indicate not only the fallibility of the testimonial proof, but also the reckless to produce such evidence after a long period of time.

Keywords: Neuroscience – Eyewitness – Memory conformity – Time lapsed.

Sumário: 1. Introdução. 2. Experimento. 2.1. Método. 2.1.1. Participantes. 2.1.2. Procedimento. 3. Análise dos resultados. 4. Discussão. 5. Considerações finais. Referências. Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE. Título da Pesquisa: *Conformidade de Memória no Processo Penal*.

1. Introdução

Pesquisa[1] do *Innocence Project*, dos Estados Unidos da América, revelou que cerca de 70% das condenações indevidas derivam de erros de testemunhas

1. Este trabalho foi financiado pelo Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia sobre Comportamento, Cognição e Ensino, com financiamento do CNPq (465686/2014-1), da FAPESP (2014/50909-8) e da CAPES (88887.136407/2017-00).Este trabalho também

presenciais[2], sendo que a maioria das condenações revertidas após exame de DNA ocorreram por conta desse tipo de erro (CONNORS et al., 1996; WELLS et al., 1998). Há muito se considera que a principal causa de erros judiciários de condenação indevida deriva da falibilidade das provas testemunhais (Huff; Rattner; Sagarin, 1996).

Diversos estudos comprovam as inúmeras falhas às quais as memórias estão sujeitas (e.g., LOFTUS; SHACTER, 2013; STEFFENS; MECKLENBRÄUKER, 2007; LOFTUS, 2003). Desde o momento em que o estímulo é apresentado (codificação), até a fase do armazenamento e da evocação, múltiplos fatores atuam de forma a influenciar a memória.

Por conta dessa constatação e ainda considerando suas nefastas consequências, nas últimas décadas, principalmente nos Estados Unidos e na Inglaterra, inúmeras pesquisas sobre a defectibilidade da memória foram desenvolvidas, o que gerou alterações na forma de como a prova testemunhal é compreendida (WELLS; MEMON; PENROD, 2006; KAPLAN; PURACAL, 2015). A percepção geral da população leiga, de que a memória humana funcionaria como uma câmera filmadora (SIMONS; CHABRIS, 2011; LACY; STARK, 2013; PORTER; BRINKE; RILEY; BAKER, 2014), esbarra nas pesquisas científicas que demonstram a falibilidade da memória (STEFFENS; MECKLENBRÄUKER, 2007, WRIGHT; STROUD, 1998).

No processo penal brasileiro, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado, fundamentando a maioria das sentenças penais (BRASIL, 2015). Trata-se de meio de prova de baixo custo e conveniente, pois prescinde de exames técnicos de alta complexidade.

No entanto, apesar de ser o meio de prova mais utilizado, a memória das testemunhas está sujeita a consideráveis influências durante e após o crime, fazendo com que narrativas não reflitam necessariamente a realidade vivenciada e possam gerar condenações injustas. Aliás, as informações das testemunhas presenciais direcionam desde o início a investigação policial, posto que reconhecimentos e demais diligências são realizadas a partir disso.

recebeu financiamento da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG, APQ-01174-14) e do CNPq (448537/2014-1).

2. *Innocence Project*: [www.innocenceproject.org/causes/eyewitness-misidentification]. Acesso em: 09.12.2018.

Em relação ao momento de tomada dos depoimentos, as testemunhas e as vítimas no Brasil, em regra, são ouvidas primeiramente na delegacia de polícia – normalmente em um período curto de tempo após o fato – e, posteriormente, são ouvidas em audiência, perante a autoridade judiciária e as partes processuais – fase que normalmente ocorre muitos meses, quiçá anos, após o fato presenciado. Isso por conta do sistema processual penal adotado pela Constituição, denominado *sistema acusatório*[3], em que os elementos de provas, mormente para servirem como fundamento de eventual sentença condenatória, precisam ser produzidos em audiência com todas as partes processuais (e não apenas perante a autoridade policial). Isto é, em regra, os relatos das testemunhas precisam ser realizados perante o magistrado, membro do Ministério Público e advogado, até como forma de viabilização dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Apesar da prova testemunhal desempenhar papel central no processo penal, pesquisas comprovam que a memória está exposta a inúmeros fatores de influência durante e após o fato delitivo (SUTTON, 2011), o que pode gerar erros severos na lembrança do fato criminoso e contaminação do processo penal que decorre do inquérito policial.

O presente trabalho analisou um dos fenômenos que alteram a memória e afetam diretamente a credibilidade da prova testemunhal, denominado conformidade de memória. A conformidade de memória refere-se à inserção de falsa informação de uma testemunha ao interagir socialmente com outra (WILLIANSON; WEBER; ROBERTSON, 2013), ou seja, mesmo se houver diferenças iniciais na recordação de eventos criminosos, quando duas pessoas que testemunharam o mesmo fato conversam entre si, uma pode influenciar o relato da outra, gerando relatos relativamente "mais similares" (WRIGHT; VILLALBA, 2012; GABBERT; MEMON; WRIGHT, 2007). Dito de outro modo, mesmo se os depoimentos forem coerentes entre si, os fatos relatados não necessariamente são verdadeiros (WRIGHT; SELF; JUSTICE, 2000; DALTON; DANEMAN, 2006). Esse fenômeno potencialmente leva à alteração da *própria memória* a partir da discussão entre duas ou mais pessoas sobre os fatos que presenciaram (HEWITT; KANE; GARRY, 2013). Trata-se de um efeito global e generalizado, independente de diferenças culturais entre países ou sociedades (ITO et al., 2018).

3. Considerando que o presente artigo aborda o tema pelo aspecto empírico das neurociências, recomenda-se a leitura de Miranda Coutinho (2018), Poli (2016) e Lopes Junior (2020) para maior entendimento sobre sistemas processuais penais.

No entanto, um fator de fundamental importância necessita ser melhor explorado: o transcurso de tempo entre o crime e o relato da testemunha. Isso porque a memória decai com o passar do tempo (STERNBERG, 2016), fazendo-nos esquecer ou distorcer experiências vivenciadas (LACY; STARK, 2013).

O objeto deste experimento é o estudo da conformidade de memória em uma situação experimental que simula a realidade criminal brasileira. Este estudo utiliza como base um experimento aplicado oito meses antes[4], no qual os participantes foram divididos em dois grupos e assistiram a uma cena que simula uma agressão. As cenas são basicamente idênticas. Contudo, o *elemento central* da cena é alterado, eis que em uma das cenas o agressor age sozinho e, na outra, com o auxílio de um comparsa. Em seguida, são formadas duplas com um participante de cada grupo, os quais acreditam que assistiram ao mesmo vídeo, para que discutam sobre o que viram por seis minutos. Por último, os participantes responderam a um questionário de forma individual.

Os resultados do experimento realizado oito meses antes, em que o estímulo, a conversa e o teste ocorreram imediatamente, indicaram a ocorrência da conformidade de memória em 31% dos participantes que assistiram ao vídeo no qual o agressor agiu sozinho. Ou seja, quase um terço dos participantes que observaram a cena em que o criminoso agiu *sozinho*, após conversarem com outro participante que assistiu à cena que contava com um comparsa, passaram a relatar que foram *dois* os agressores na cena.

Dessa forma, o estudo de Silva e Jaeger (no prelo), ao empregar como método o vídeo de imersão e a interação real entre dois participantes ingênuos, diferiu daqueles que utilizaram confederados (simulando a interação da "outra" testemunha que inseriram informações falsas) e não utilizaram duas versões distintas do vídeo, casos das pesquisas de Saraiva et al. (2015), Shaw, Garven e Wood (1997), Willianson, Weber e Robertson (2013), Doughty et al. (2017), Daneman, Thannikkotu e Chen (2013), Dalton e Daneman (2006), Goodwin, Kukucka e Hawks (2013), Eisen et al. (2017), Gabbert et al. (2004), Ost, Hogbin e Granhag (2006), Blank et al. (2013), Zajac et al. (2016), Meade e Roediger (2002), Rechdan et. al. (2018), e Mojtahedi, Ioannou e Hammond (2019). O estudo, da mesma forma, distinguiu-se dos de Gabbert, Memon e Allan (2003), Valentine e Maras (2011), Bang (2017), Bodner, Musch e Azad (2009), Zajac et al. (2016), Hope et al. (2008), French, Garry e Mori (2008) e de Saraiva et al. (2015), os quais empregaram um vídeo sem qualquer som, diminuindo a experiência de imersão. Por

4. SILVA; JAEGER, no prelo.

sua vez, nos estudos de French, Garry e Mori (2008), Gabbert et al. (2004), Paterson, Kemp e Mcintyre (2012), Paterson, Kemp e Ng (2011) e Ito et al. (2018), os estímulos críticos não eram tão evidentes quanto naquela pesquisa (de se ter ou não um cúmplice).

Dessa forma, o método inicial apresentado quando da colheita dos dados logo após o estímulo foram originais, pois: os participantes foram submetidos a uma experiência de imersão (com áudio e vídeo de alta definição); o estímulo constituiu em uma testemunha ocular presencial em primeira pessoa; não foram utilizados confederados ou ocorreu qualquer intervenção dos pesquisadores no momento da discussão, no intuito de obter relações sociais legítimas; e o estímulo central estava bem definido, não gerando dúvidas aos participantes.

No presente estudo, os participantes do primeiro experimento (SILVA; JAEGER, no prelo) foram recrutados novamente após um período de *oito meses*. Nessa ocasião, foi aplicado novo questionário para estudar a correlação com o transcurso de tempo na conformidade de memória. Também foi analisada a confiança nas respostas dos participantes como forma de entender outras variáveis na eventual conformidade.

Caracteriza-se como uma pesquisa inédita, sendo a introdução do elemento temporal a principal característica de diferenciação, eis que, nas mais relevantes pesquisas sobre conformidade de memória, os testes foram realizados logo após o estímulo visual e influências, como em Wright, Self e Justice (2000), Goodwin, Kukucka e Hawks (2013), Meade e Roediger (2002), Oeberst e Seidemann (2014), Gabbert, Memon e Allan (2003), Bang (2017), Bodner, Musch e Azad (2009), Zajac et al. (2016), Hope et al. (2008), French, Garry e Mori (2008), Saraiva et al. (2015), Willianson, Weber e Robertson (2013), Dalton e Daneman (2006), Blank et al. (2013), Daneman, Thannikkotu e Chen (2013), Doughty et al. (2017), Gabbert et al. (2004), OST, Hogbin e Granhag (2006), Paterson, Kemp e Ng (2011), Porter, Brinke, Riley e Baker (2014), Monds, Howard, Paterson e Kemp (2019), Rechdan et al. (2018), Mojtahedi, Ioannou e Hammond (2019), Ito et al. (2018).

Diferencia-se dos experimentos de Compo e Parker (2010), Scoboria, Mazzoni, Jarry e Bernstein (2012) e Buratti, Allwood e Johansson (2014), Ginet, Chakroun e Colomb (2019), vez que estes não foram relacionados a estímulos de crimes diretamente.

Em relação à quantidade do decurso de tempo entre o estímulo e a entrevista, o experimento difere dos de Frost et al. (2013), Eisen, Gabbert, Ying e Williams (2017), Thorley (2015), Buratti, Allwood e Johansson (2014), Palmer, Brewer, Weber e Nagesh (2013), Evans e Fisher (2011), Frost (2000), Pezdek, Lam e

Sperry (2009), Mori e Kishikawa (2014), Paterson, Kemp e Mcintyre (2012), Ginet, Chakroun e Colomb (2019), os quais o transcurso utilizado foi de uma semana. Em Shaw, Garven e Wood (1997), o transcurso foi de dois dias. Em Valentine e Maras (2011), o decurso analisado foi de quatro semanas. Em Tuckey e Brewer (2003), o lapso de tempo estudado foi primeiramente quatro semanas e, posteriormente, oito semanas. Em Compo e Parker (2010), foram analisadas respostas a partir da defluência de um e de seis meses, mas foram utilizadas crianças como participantes. Scoboria, Mazzoni, Jarry e Bernstein (2012), examinaram respostas após transcurso de uma semana e de um mês. Buratti, Allwood e Johansson (2014), utilizaram o transcurso de até três semanas. Zhu, Chen, Loftus, Lin e Dong (2010) analisaram as falsas memórias no decurso de um mês. Em Schmolck, Buffalo e Squire (2000), a *flashbulb memory* relacionado aos espectadores do julgamento de O. J. Simpson, analisou as respostas após 15 meses e novamente após 32 meses em uma pesquisa sobre falsas memórias. Em estudo sobre doenças relacionadas à memória Andrew et al. (2007) testou o transcurso de três meses e de um ano.

Em Yuillie et al. (1994), Evans e Fisher (2011), Tuckey e Brewer (2003), Schmolck, Buffalo e Squire (2000), Budson et al. (2007), Pezdek, Lam e Sperry (2009) e Andrew et al. (2007), os efeitos da defluência de tempo na memória não foram relacionados ao fenômeno da conformidade de memória.

Dessa forma, considerando a metodologia empregada nas outras pesquisas, este experimento aborda de forma inédita a correlação direta entre conformidade de memória e o transcurso de tempo superior a seis meses, simulando a realidade brasileira, na qual as testemunhas são reinquiridas muitos meses ou anos depois do crime.

É sabido que a memória sofre uma diminuição gradual com o tempo, mas o que isso pode significar para o processo penal, em que há uma reconstrução do fato criminoso para determinar a responsabilidade de um determinado sujeito, não foi estudado com rigor científico.

2. Experimento

Um primeiro experimento realizado oito meses antes (SILVA; JAEGER, no prelo) teve como foco a conformidade de memória nos relatos testemunhais e sua correlação com a confiança dos participantes. Por outro lado, o presente trabalho visa analisar o transcurso de tempo como elemento central, vez que não há nenhum estudo empírico que reflita, mesmo que precariamente, a realidade forense brasileira.

A cena utilizada como estímulo foi filmada em alta resolução e em primeira pessoa, com o intuito de que os participantes se colocassem efetivamente no lugar do *câmera* e, junto com áudio de alta qualidade, possibilitou uma experiência de imersão. Com duração de aproximadamente um minuto, o vídeo mostra uma pessoa (o *câmera*) caminhando em um *campus* de uma faculdade quando, ao passar por uma mesa onde três pessoas estão sentadas estudando, um fato criminoso começa a ocorrer a cerca de dez metros de distância. Trata-se de uma discussão sobre um acidente de carro que culmina com uma grave agressão e fuga do(s) agressor(es) que, desde quando se inicia, o foco da pessoa (da *câmera*) passa a ser essa.

2.1. Método

2.1.1. Participantes

Inicialmente, sessenta e um estudantes da FAE Centro Universitário, do *campus* de São José dos Pinhais, do Estado do Paraná, participaram do primeiro experimento, realizado em setembro de 2017. No começo e ao final do experimento foi explicado que eles poderiam ser chamados em seis meses para perguntas complementares (informação que constava expressamente no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido assinado por todos os participantes – anexo 1). Desse total de participantes que concordaram em participar, um foi eliminado aleatoriamente, pois era necessário a formação de pares.

No final do mês de maio de 2018, portanto, oito meses depois, os participantes foram contatados para responderem a mais um formulário sobre a cena criminosa que testemunharam. Dessa vez, quarenta participantes foram encontrados e concordaram em participar desse novo experimento, vez que já haviam assinado o TCLE respectivo. Desses, 38 responderam todo formulário e, principalmente, a pergunta crítica. Considerando que no primeiro experimento os participantes tinham sido divididos em Grupo A e Grupo B, computando as informações, chegou-se ao número de 18 participantes do Grupo A e 20 participantes do Grupo B.

2.1.2. Procedimento

No primeiro experimento (SILVA; JAEGER, no prelo), os participantes foram separados em duas salas distintas, com 30 participantes em cada sala, denominados Grupo A e Grupo B.

Os participantes do Grupo A, assistiram à Cena 1, na qual se inicia com o *câmera* andando em direção a três pessoas (um homem e duas mulheres) que estão

sentados ao redor de uma mesa de madeira, aparentemente estudando. Cerca de seis metros ao lado dessa mesa (mais distante do que o *câmera*), é possível ver um homem sentado em uma escada, mexendo em seu celular, bem como um outro homem (distante cerca de 1,5 metro) deste outro, em pé, também mexendo no celular. A imagem, filmada em primeira pessoa, prossegue por cerca de 20 segundos como se a testemunha estivesse caminhando.

Em seguida, um grito ofensivo direcionado ao homem que estava de pé é ouvido e, seguindo o som, a filmagem é redirecionada, surgindo na cena outro homem. Este último vai em direção ao sujeito que estava de pé e inicia uma discussão, na qual os gritos são relacionados a uma batida de veículo. Nesse momento, o homem que estava sentado na escada se levanta e se aproxima por um instante, como se fosse intervir, mas sai em seguida da cena. A discussão, desde o momento do grito inicial até o final (quando o sujeito aparentemente enfia um objeto na vítima) dura cerca de 20 segundos. Ao receber o golpe a vítima cai, ao tempo em que o agressor joga o objeto utilizado no ataque no chão e sai correndo, entra em um veículo e arranca em disparada. As três pessoas que estavam sentadas estudando na mesa, após presenciarem o ocorrido, também saem do local. O tempo total do vídeo é de 57 segundos.

Por outro lado, os participantes do Grupo B, assistiram à Cena 2, cuja filmagem é bastante parecida com a Cena 1, principalmente o seu início. Nesta, o *câmera* anda na direção de três pessoas (um homem e duas mulheres) que estão sentados ao redor de uma mesa de madeira, aparentemente estudando. Cerca de seis metros ao lado do grupo (mais distante do que o *câmera*), é possível ver um homem em pé, mexendo no celular. Sendo assim, a primeira diferença entre os dois vídeos é que na Cena 2, não há ninguém sentado nas escadas.

A imagem prossegue por cerca de 19 segundos, como se a testemunha estivesse caminhando. Um grito ofensivo direcionado ao homem que estava de pé é ouvido e, seguindo o som, a filmagem é redirecionada, surgindo na cena dois homens. Eles vão em direção ao sujeito que estava de pé e inicia-se uma discussão, na qual os gritos são relacionados a uma batida de veículo.

A diferença central entre as cenas é explicitada nesse momento, pois o agressor principal surge com um comparsa, o qual na Cena 1 era representado pelo homem que estava sentado na escada. Isto é, nesse segundo vídeo, esse sujeito não é mais um mero espectador, na medida em que atua empurrando a vítima, assumindo assim desde o início a posição de comparsa do agressor. Em continuidade, o agressor desfere um golpe na vítima, que cai no chão, ao tempo em que o suspeito se desfaz do objeto utilizado no ataque e sai correndo com seu cúmplice, entram em um veículo, arrancando em disparada.

A discussão, desde o momento do grito inicial, até o final (quando o sujeito aparentemente enfia um objeto na vítima) dura cerca de 24 segundos. As três pessoas que estavam sentadas estudando na mesa, após presenciarem o ocorrido, também saem do local. O tempo total do vídeo é de 58 segundos.

Após assistirem às cenas, sem que soubessem que tinham visto vídeos distintos, foram formadas duplas entre um participante do Grupo A (sem cúmplice) e um participante do Grupo B (com cúmplice), que não se conheciam entre si. As duplas foram instruídas a conversar apenas sobre a cena que assistiram pelo prazo de seis minutos, vez que posteriormente seriam feitas perguntas sobre a cena.

Depois da discussão em duplas, os participantes foram separados e receberam um "Formulário de Entrevista" (anexo 2), o qual foi respondido individualmente e baseado apenas em suas próprias percepções, como se estivessem depondo para uma autoridade policial – instrução na qual buscou eliminar o efeito da *influência normativa* para que as respostas pudessem refletir com maior acurácia a evocação da própria memória do participante. Em cada uma das perguntas os participantes também apontaram seus níveis de confiança nas respostas.

No presente experimento, oito meses após a primeira entrevista, 40 participantes foram encontrados e concordaram em participar. Todos receberam um "Formulário de Entrevista" (anexo 3) e a instrução de responderem de forma individual, confiando apenas em suas próprias memórias sobre o fato que assistiram. Os participantes foram supervisionados enquanto respondiam ao questionário, inviabilizando qualquer conversa entre eles.

O formulário continha perguntas sobre os detalhes da cena que assistiram, mais especificamente sobre em qual momento do dia ocorreu, como estava o tempo, se ocorreu uma discussão, qual foi o motivo, se o agressor tinha um comparsa, quantas pessoas presenciaram a discussão, quanto tempo durou a discussão, qual foi o carro utilizado na fuga e, por último, uma pergunta aberta para que descrevessem os envolvidos no crime. Ademais, em cada uma das perguntas, os participantes apontaram o nível de confiança em suas respostas em uma escala de 1 a 5, sendo: "1" como muito baixa confiança em sua resposta; "2" baixa confiança em sua resposta; "3" confiança média em sua resposta; "4" confiança alta em sua resposta, e; "5" confiança muito alta em sua resposta.

Não foi estipulado limite de tempo, possibilitando aos participantes evocar suas memórias com tranquilidade. Após responderem ao formulário, os participantes foram liberados.

3. Análise dos resultados

O formulário utilizado foi basicamente o mesmo que o do experimento inicial, com apenas uma adição: uma pergunta tangencial sobre o carro utilizado na fuga pelo(s) autor(es) do crime. A escolha pelas mesmas perguntas se deu pela necessidade de se comparar os relatos das testemunhas logo após a cena (experimento anterior), com os relatos do presente experimento (aplicado oito meses e nove dias depois).

Assim, optou-se por perguntas simples e afirmativas no intuito de não induzir respostas ou mesmo para evitar a criação de memórias por meio das perguntas. Diversos estudos apontam que a forma em que as perguntas são realizadas possuem o condão de alterar a memória e seu relato (LOFTUS; PALMER, 1974, SHAW, GARVEN; WOOD, 1997; VALENTINE; MARAS, 2011; SHECORY, NACHSON; GLICKSON, 2010; PORTER, BRINKE, RILEY; BAKER, 2014). Desse modo, para evitar a formação de falsas memórias, no presente trabalho as perguntas não contêm qualquer carga de indução.

No formulário, a pergunta crítica do experimento foi a de número cinco: "o agressor tinha um comparsa?". Perceba-se que se trata de um elemento claramente identificável, em que não há margens de interpretação: ou o participante assistiu à cena em que havia um agressor ou assistiu à cena com dois agressores. Trata-se, pois, de um elemento central e óbvio do vídeo.

O objetivo em simular um vídeo em realidade imersiva e questionar a respeito de um fato central e inconfundível foi de evitar experimentos que parecessem testes de memória (e.g. FROST, 2000, FRENCH; GARRY; MORI 2008, GABBERT et al., 2004, PATERSON; KEMP; MCINTYRE, 2012; DOUGHTY et al., 2017). Ademais, como o foco deste experimento é analisar como a conformidade se manifesta a partir do decurso de tempo, os elementos periféricos poderiam produzir dificuldade adicional, sem contar que são mais propensos a gerar conformidade ante os elementos centrais (WRIGHT; STROUD, 1998, DALTON; DANEMAN, 2006).

Como reportado em Silva e Jaeger (no prelo), o resultado do primeiro experimento confirmou a ocorrência do fenômeno da conformidade de memória, pois 31% dos participantes que não assistiram à cena em que havia um comparsa afirmaram que o agressor estava na companhia de um cúmplice no momento da agressão. Contudo, nenhum dos participantes que assistiu à cena na qual o agressor possuía um comparsa, conformou com aqueles que não assistiram. Em relação aos sujeitos que conformaram, a média de confiança na pergunta crítica foi de 4,11, enquanto a média de confiança nas respostas para essa mesma pergunta

entre os sujeitos que não conformaram foi de 4,31. A diferença entre essas duas médias não foi significativa $t(26) = 0.54$, $p = 0.576$, indicando que o grupo que sugeriu de maneira incorreta a presença de um comparsa na cena do crime (Grupo A), o fez com igual confiança ao grupo que corretamente indicou a presença de um comparsa na cena (Grupo B).

No presente experimento, o mesmo formulário foi aplicado pouco mais de oito meses após o primeiro experimento e os resultados corroboraram com a ocorrência da conformidade em um nível preocupantemente mais alto. Os participantes do Grupo A, os quais assistiram ao vídeo em que o acusado agiu sozinho, apresentaram um nível de conformidade de 88,89%. Isto é, 88,89% daqueles que não viram a cena com um comparsa, passaram a recordar a cena como se houvesse um segundo agressor. Os participantes do Grupo B, os quais assistiram ao vídeo em que o acusado agiu com um comparsa, também apresentaram conformidade, pois 16,67% relataram ter visto apenas um agressor.

No que se refere à confiança dos indivíduos em seus julgamentos de memória oito meses após terem assistido à cena do crime, no Grupo A (sem comparsa), o nível de confiança dos 16 indivíduos que conformaram seus julgamentos de memória diante da pergunta crítica, e consequentemente sugeriram incorretamente a presença de um comparsa, foi de 3,31 em média (sendo 1 a confiança mínima e 5 a máxima). Já entre os participantes do Grupo B (com comparsa), o nível de confiança dos 17 indivíduos que não conformaram seus julgamentos de memória diante da pergunta crítica, e consequentemente afirmaram corretamente ter visto um comparsa na cena, foi de 4,25. Essa diferença atingiu significância estatística, como demonstrado pelo teste Mann Whitney para dados não paramétricos, $U = 72$, $p < 0.05$. Em um primeiro momento isso pode sugerir que a confiança nos julgamentos de memória expressa por testemunhas é algo confiável e útil em contextos forenses, pois os indivíduos que afirmaram incorretamente terem visto um comparsa o fizeram com menor confiança (i.e., menor certeza de que suas respostas estavam certas) do que os indivíduos que afirmaram corretamente ter visto um comparsa na cena do crime.

A realidade desses dados, infelizmente, é parcialmente ofuscada se apresentada somente em termos de respostas médias de grupos, como foi feito acima, pois nesses casos os julgamentos de memória individuais não são considerados. Em situações reais de testemunho ocular, salvo raras exceções, não se pode contar com grupos de 16 ou 17 pessoas para reportar os fatos testemunhados, e depois obter destes a confiança média em seus julgamentos de memória. A quantidade de testemunhas em situações reais será quase sempre muito menor, e frequentemente se resumirá a um único indivíduo. No presente experimento, quando os

dados individuais são examinados, 4 dos 16 indivíduos (25%) que afirmaram incorretamente ter visto um comparsa o fizeram com confiança máxima (isto é, 5 pontos na escala de confiança). Levando em conta as inúmeras situações criminais resolvidas a partir de relatos de testemunho, e considerando que a confiança com a qual as testemunhas fazem seus relatos tem um peso importante nas decisões judiciais, é possível inferir que aproximadamente 25% desses relatos de alta confiança em contextos reais podem ser incorretos, e promovidos por interações com outras pessoas, outras testemunhas, e sob a influência inexorável do tempo sobre nossa capacidade de lembrar eventos com precisão.

As implicações dos dados encontrados são relevantes para análise da prova testemunhal como um todo e serão discutidas a seguir.

4. Discussão

Diversos fatores favorecem para que a prova testemunhal seja a mais utilizada no Processo Penal brasileiro, por exemplo, a carência estrutural da polícia científica. Provas periciais bem elaboradas e com tecnologia de ponta, por terem um dispêndio financeiro elevado, não são universalmente utilizadas. Por outro lado, por ser uma prova barata e conveniente, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no Brasil (BADARÓ, 2016), fundamentando a maioria das sentenças penais (BRASIL, 2015).

Contudo, as testemunhas estão expostas a inúmeras influências a partir do momento em que o crime ocorre. Diversos estudos evidenciam que as informações fornecidas por testemunhas presenciais quando elas conversaram entre si, não podem ser consideradas como verdade, ou seja, quando duas ou mais testemunhas apresentam depoimentos congruentes, não necessariamente estão confirmando o depoimento umas das outras (WRIGHT; SELF; JUSTICE, 2000).

A partir do âmbito social, a conformidade de memória pode ser explicada pela necessidade que as pessoas possuem de transmitir informações acuradas (CIALDINI; GOLDSTEIN, 2004), caracterizando-se como algo positivo ao permitir que informações de diferentes fontes sejam compartilhadas e melhor absorvidas (HEWITT; KANE; GARRY, 2013). Contudo, para o sistema criminal, as consequências podem ser graves e irreversíveis, pois o relato que não corresponde à realidade frequentemente tem como resultado a condenação de um inocente ou a absolvição de um culpado.

O presente experimento investigou a relação entre a conformidade de memória na seara do testemunho de cenas criminosas e o transcurso de tempo entre o fato e a entrevista. Assim, buscou-se analisar, primeiramente, a ocorrência da

conformidade de memória e qual a sua intensidade após transcorrido oito meses a partir do estímulo.

A importância para o sistema criminal reside não apenas no fato de que as pessoas em geral, juízes e jurados acreditam que a memória humana é imune a falhas (SIMONS; CHABRIS, 2011, LACY; STARK, 2013), ou que as pessoas tendem a acreditar que o crime foi mais grave do que realmente foi se a cena for lembrada por um longo período (SMITH; SCHWARZ, 2016), mas principalmente porque se trata do primeiro experimento que se aproxima da realidade brasileira no que se refere ao tempo entre o fato e o relato perante uma autoridade judicial.

Uma mesma cena criminosa testemunhada por mais de uma pessoa poderá ser codificada e internalizada pela memória de forma distinta, sendo que existem fatores que contribuem para isso, por exemplo: (1) localização física das testemunhas em relação ao fato; (2) foco distinto em detalhes da cena; (3) nível de estresse ao presenciar um crime (YUILLIE et al., 1994); (4) experiências anteriores diretas – fatos acontecidos com a própria testemunha anteriormente; (5) experiências indiretas – exposição a notícias, filmes, conversas, contos etc.; (6) a integração da memória com o processamento de estereótipos pessoais, os quais permitem que as predisposições e influências externas sejam também incorporadas (WRIGHT; STROUD, 1998); (7) além de falsas informações recebidas após o crime.

Os estudos sobre memória indicam ser o esquecimento algo natural (STERNBERG, 2016), ou que, com o passar do tempo, a memória é readequada para manter um nível de precisão (EVANS; FISHER, 2011). O transcurso também gera o esquecimento da fonte da informação, fazendo com que as testemunhas relatem dados que não foram vivenciados (FROST, 2000).

Neste experimento, além de se utilizarem dois vídeos imersivos bastante claros, com poucos elementos periféricos, de forma a impossibilitar interpretações dúbias sobre a participação de um comparsa, pretendeu-se eliminar a maior parte de influências indicadas nas pesquisas sobre conformidade de memória, como manipulação de credibilidade, idade e relação dos participantes.

O expressivo resultado de que, passados oito meses, 88,89% dos participantes que assistiram à cena com um único autor do crime apontaram que ele agiu em conjunto com um cúmplice, demonstra a alta falibilidade da prova testemunhal até mesmo em elementos centrais e bem identificados. O experimento de Mori e Kishikawa (2014), por exemplo, o qual utilizou apenas estímulo auditivo, apontou um índice de conformidade de 15% logo após o estímulo e de 66% uma semana após.

Diferentemente dos relatos imediatamente colhidos após terem assistido ao vídeo oito meses antes, quase 17% dos participantes que assistiram à cena com um comparsa também apresentaram conformidade de memória.

Os resultados indicam uma ampliação vigorosa na alteração da memória das testemunhas com o passar do tempo. Isto é, após um grande período de tempo, provavelmente em decorrência do esquecimento natural dos fatos e das influências externas, a memória de determinados eventos podem apresentar graves falhas, minando sua credibilidade para utilização como prova idônea.

Do mesmo modo, a análise da confiança apresentada possui relevância prática, pois juízes e jurados acreditam que quanto mais alta a confiança exposta pela testemunha, mais acurada ela está sendo (WELLS; LINDSAY; FERGUSON, 1979; LACY; STARK, 2013).

Pode-se interpretar a partir dos dados sobre confiança, que as pessoas podem reportar situações não vivenciadas com alta confiança, frequentemente tão alta quanto aquelas realmente vivenciadas. Para o Processo Penal, os reflexos desses resultados são preocupantes, visto que as testemunhas que demonstram estar confiantes sobre os fatos relatados, podem estar narrando situações que não ocorreram efetivamente. Tal conclusão se aproxima de outras pesquisas que indicam que testemunhas oculares podem estar erradas (mesmo sem ter recebido qualquer tipo de falsa informação) e, ainda assim, apresentar um alto grau de confiança (ROEDIGER; WIXTED; DESOTO, 2013).

Esse experimento corrobora com outros (como os de VALENTINE; MARAS, 2011; SCHMOLCK; BUFFALO; SQUIRE, 2000; e TUCKEY; BREWER, 2003) que apontam a fragilidade da memória das testemunhas após decurso de tempo. Um dos fatores que poderia mitigar esse grave problema, além de entrevistar individualmente as testemunhas presenciais sem que tenha havido qualquer conversa com outras testemunhas ou terceiras pessoas (buscando suprimir a conformidade de memória), seria a de buscar o desenvolvimento de ferramentas que permitam ouvir os envolvidos no menor período de tempo após o crime, vez que a prova testemunhal pode ser confiável desde que colhida em condições ideais (WIXTED, 2018).

Dessarte, na medida do possível, as testemunhas devem ser separadas e advertidas para não conversar sobre os fatos presenciados. Como defendido por Hope e Gabbert (2019), é necessário tratar a memória da testemunha como uma "cena de crime", isolando seu acesso o máximo possível. Ademais, precisa-se utilizar métodos de extração de relatos que aumentem a fidedignidade, assim como a entrevista cognitiva (MEMON; MEISSNER; FRASER, 2010; STEIN; MEMON,

2006) ou a *Self-Administered Interview* (GABBERT; HOPE; FISCHER, 2009; PINTO; STEIN, 2017) – inclusive com gravação por áudio e vídeo de todo o procedimento, para controle posterior. Outrossim, considerando o enfraquecimento da memória com o passar do tempo, é pertinente facultar às testemunhas que respondam "eu não sei" ou "eu não me lembro", visto que assim poderão monitorar seu conhecimento sobre o fato de maneira a não fornecer falsas informações (EVANS; FISHER, 2011), além de evitar falsas confabulações derivadas de pressionar a testemunha por respostas (PEZDEK; LAM; SPERRY, 2009; STOLZENBERG; PEZDEK, 2013).

5. Considerações finais

Investigou-se a ocorrência da conformidade de memória em uma experiência de imersão de um fato criminoso de alta carga emocional relacionando-a ao transcurso de tempo de oito meses. Estudos sugerem que as distorções da memória também podem ocorrer pela própria repetição em relatar os fatos (LACY; STARK, 2013, VALENTINE; MARAS, 2011) e pelo transcurso do tempo (HIRST et al., 2009, EVANS; FISHER, 2011, MORI; KISHIKAWA, 2014), situação que se assemelha à realidade forense.

O experimento inicial (SILVA; JAEGER, no prelo) apontou que 9 dentre 29 participantes, apesar de terem assistido a uma cena em que o autor do crime não possuía um cúmplice, após discutir com um outro participante que assistiu cena semelhante com um comparsa, conformaram com essa informação. Assim, 31% dos participantes sofreram interferência pela informação da "outra" testemunha, passando a acreditar terem visto um segundo criminoso que (ao menos para eles) não foi mostrado.

Oito meses após ser exposto ao estímulo e à conversa com outro participante que assistiu ao vídeo com um comparsa, o presente experimento apontou que 16 entre 18 participantes, apesar de terem assistido a uma cena em que o autor do crime não possuía um cúmplice, conformaram com essa informação. Dessa forma, 88,89% dos participantes foram influenciados pela informação da "outra" testemunha e passaram a acreditar terem visto um segundo criminoso que (ao menos para eles) não foi mostrado.

Outro dado que merece destaque foi o de que 25% dos participantes que conformaram seus relatos após terem assistido ao vídeo em que o agressor age sozinho, apresentaram um índice de confiança máximo em seus relatos, confirmando que as testemunhas podem relatar situações não vivenciadas com alta confiança, como se efetivamente tivessem vivenciado o fato. Assim, a confiança

não pode servir como base de juízo de *verdade* pelos julgadores no momento do veredito (BREWER; WELLS, 2006).

Considerando estudos sobre esse fenômeno, conclui-se que as informações fornecidas por testemunhas que tenham conversado entre si não podem ser tomadas como verdadeiras, ou seja, quando duas ou mais testemunhas apresentam depoimentos congruentes entre si, não necessariamente estão confirmando o depoimento umas das outras ou desvelando o que de fato aconteceu (como já apontado por WRIGHT; SELF; JUSTICE, 2000). Ressalta-se que, em investigação de amostragem no Reino Unido, Skagerberg e Wright (2009) concluíram que em 87% dos crimes há mais de uma testemunha presencial, bem como que 58% das testemunhas conversam entre si.

Nos países da *common law*, desenvolveu-se consideravelmente o campo da psicologia do testemunho, o qual, em conjunto a pesquisas sobre a defectibilidade da memória, ampliou o conhecimento sobre como esse meio de prova deve ser assimilado pelo Judiciário (WELLS; MEMON; PENROD, 2006; KAPLAN; PURACAL, 2015). Por exemplo, a Suprema Corte de Nova Jersey, em decisão de 2011, determinou que o juiz presidente deve instruir os jurados diretamente sobre a falibilidade da prova testemunhal, indicando que a memória humana possui uma complexidade muito maior do que uma câmera filmadora (LOFTUS; SHACTER, 2013), sendo que os jurados precisam ponderar as possíveis influências sofridas pelas testemunhas no momento de dar o veredicto.

Schacter (1999) defende que a memória possui sete "pecados" básicos, sendo três deles relacionados diretamente ao esquecimento: a *transience* – fato de que os eventos naturalmente passam a ficar menos acessíveis com o passar do tempo; a *absent-mindedness* – que ocorre pela falta de atenção no estímulo no momento de codificá-lo ou de recuperá-lo; e o *blocking* – quando a memória está temporariamente inacessível. Ou seja, o esquecimento é algo natural, mas a influência do transcurso de tempo nos relatos testemunhais é um fator fundamental e que necessita de maiores pesquisas.

Os resultados exibidos, além de confirmarem considerável deturpação dos relatos de uma testemunha na memória de outras, também demonstraram que as falsas informações são lembradas de forma tão segura quanto as reais, eis que o nível de confiança apresentado por aqueles participantes que conformaram foi similar aos que não conformaram. Ademais, o transcurso de tempo maximizou os erros e influências, demonstrando a necessidade premente de diminuir o lapso entre o depoimento e o evento criminoso.

Certamente a morosidade da justiça brasileira funciona como um fator agravante de potenciais erros nos testemunhos, não apenas concorrendo para o

declínio natural da memória, como também abrindo a possibilidade de que inúmeras influências afetem a memória e a narrativa das testemunhas.

Há elementos científicos seguros a indicar a temeridade da utilização inadequada da prova testemunhal no processo penal brasileiro e, desde já, deve-se ressaltar que esse meio de prova precisa estar em consonância com outros elementos probatórios do processo para validação das informações narradas, vez que suas falhas e instabilidade estão empiricamente constatadas.

Referências

BADARÓ, G. H. *Processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BANG, S. A cross-cultural examination of the conformity effect when co-witnesses discuss a crime. *CUNY Academic Works*, v. 37, 2017.

BLANK, H.; OST, J.; DAVIES, J.; JONES, G.; LAMBERT, K.; SALMON, K. Comparing the influence of directly vs. Indirectly encountered post-event misinformation on eyewitness remembering. *Acta Psychologica*, v. 144, p. 635-641, 2013.

BODNER, G. E.; MUSCH, E.; AZAD, T. Reevaluating the potency of the memory conformity effect. *Memory & Cognition*, v. 37 (8), p. 1069-1076, 2009.

BRASIL. Ministério da Justiça. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativo; Ipea, 2015.

BREWER, N.; WELLS, G. L. The confidence-accuracy relationship in eyewitness identification: effects of lineup instructions, foil similarity, and targer-adsent base rates. *Journal of Experimental Psychology*, v. 12, p. 11-30, 2006.

BUDSON, A. E.; SIMONS, J. S.; WARING, J. D.; SULLIVAN, A. L.; HUSSOIN, T.; SCHACTER, D. L. Memory for the September 11, 2001, terrorist attacks one year later in patients with Alzheimer's disease, patients with mild cognitive impairment, and healthy older adults. *Cortex: a Journal Devoted to the Study of the Nervous System and Behavior*, v. 43(7), p. 875-888, 2007.

BURATTI, S.; ALLWOOD, C. M.; JOHANSSON, M. (2014) Stability in the metamemory realism of eyewitness confidence judgments. *Cognition Process*, v. 15(1), p. 39-53, 2014.

CIALDINI, R.; GOLDSTEIN, N. Social influence: compliance and conformity. *Annual Review of Psychology*, v. 55, p. 591-621, 2004. DOI: 10.1146/annurev.psych.55.090902.142015.

COMPO, N. S.; PARKER, J. F. Gaining insight into long term effects of inviting speculation: Does recantation help? *Applied Cognitive Psychology*, v. 24, p. 969-990, 2010. DOI: 10.1002/acp.1599.

CONNORS, E.; LUNDREGAN, T.; Miller, N.; MCEWEN, T. Convicted by juries, exonerated by science: case studies in the use of DNA evidence to establish innocence after trial. *NIJ Reasearch Report*: US Departmente of Justice, 1996.

DALTON, L.; DANEMAN, M. Social suggestibility to central and peripheral misinformation. *Memory*, v. 14 (4), p. 486-501, 2006.

DANEMAN, M.; THANNIKKOTU, C.; CHEN, Z. Are there age-related diferences in social suggestibility to central and peripheral misinformation? *Experimental Aging Research*, v. 39, p. 342-369, 2013.

DOUGHTY, N.; PATERSON, H. M.; MACCANN, C.; MONDS, L. A. Personality and Memory Conformity. *Journal of Individual Differences*, v. 38 (1), p. 12-20, 2017.

EISEN, M. L.; GABBERT, F.; YING, R.; WILLIAMS, J. "I think he had a tattoo on his neck": how co-witness discussions about a perpetrator's description can affect eyewitness identification decisions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 6, p. 274-282, 2017.

EVANS, J. R.; FISHER, R. P. Eyewitness memory: balancing the accuracy, precision and quantity of information through metacognitive monitoring and control. *Applied Cognitive Psychology*, v. 25(3), p. 501-508, 2011.

FRENCH, L.; GARRY, M.; MORI, K. You say tomato? Collaborative remembering leads to more false memories for intimate couples than for strangers. *Memory*, v. 16 (3), p. 261-273, 2008.

FROST, P., NUSSBAUM, G.; LOCONTO, T.; SYKE, R., WARREN, C.; MUISE, C. An individual differences approach to the suggestibility of memory over time. *Memory*, v. 21(3), p. 408-16, 2013.

GABBERT, F; MEMON, A; ALLAN, K. Memory conformity: can eyewitnesses influence each other's memories for an event? *Applied Cognitive Psychology*, v. 17, p. 533-543, 2003.

GABBERT, F; HOPE, L.; FISHER, R. P. Protecting eyewitness evidence: examining the efficacy of a self-administered interview tool. *Law & Human Behavior*, v. 33, p. 298-307, 2009. DOI: [https://doi.org/10.1007/s10979-008-9146-8].

GABBERT, F.; MEMON, A.; ALLAN, K.; WRIGHT, D. B. Say it to my face: examining the effects of socially encountered misinformation. *Legal and Criminological Psychology*, v. 9, p. 215-227, 2004.

GABBERT, F.; MEMON, A.; WRIGHT, D. B. I saw it for longer than you: the relationship between perceived encoding duration and memory conformity. *Acta Psychologica*, v. 124 (3), p. 319-331, 2007.

GINET, M.; CHAKROUN, N.; COLOMB, C. et al. Can the cognitive interview reduce memory conformity in an interview context? *Journal of Police Criminal Psychology*, v. 34, 381-391, 2019. DOI: [https://doi.org/10.1007/s11896-019-09325-6].

GOODWIN, K. A.; KUKUCKA, J. P.; HAWKS, I. M. Co-witness confidence, conformity, and eyewitness memory: an examination of normative and informational social influences. *Applied Cognitive Psychology*, v. 27, p. 91-100, 2013.

HEWITT, L. Y.; KANE, R.; GARRY, M. Speaking order predicts memory conformity after accounting for exposure to misinformation. *Psychonomic Bulletin and Review*, v. 20, p. 558-565, 2013.

ITO, H.; BARZYKOWSKI, K.; GRZESIK, M.; GÜLGÖZ, S.; GÜRDERE, C.; JANSSEN, S.; KHOR, J.; ROWTHORN, H.; WADE, K.; LUNA, K.; ALBUQUERQUE, P.; KUMAR, D.; SINGH, A.; CECCONELLO, W.; CADAVID, S.; LAIRD, N.; BALDASSARI, M.; LINDSAY, S.; MORI, K. Eyewitness memory distortion following co-witness discussion: a replication of Garry, French, Kinzett, and Mori (2008) in Ten Countries. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, v. 8, n. 1, p. 68-77, 2019. DOI: 10.1016/j.jarmac.2018.09.004.

HOPE, L.; GABBERT, F. Memory at the sharp end: the costs of remembering with others in forensic contexts. *Topics in Cognitive Science*, v. 11, p. 609-626, 2019. DOI: 10.1111/tops.12357.

HOPE, L.; OST, J.; GABBERT, F.; HEALEY, S.; LENTON, E. "With a litle help from my friend...': the role of co-witness relationship ins susceptibility to misinformation. *Acta Psychologica*, v. 127, p. 476-484, 2008.

HUFF, R.; RATTNER, A.; SAGARIN, E. *Convicted but innocent*: wrongful conviction and public policy. Thousand Oaks: Sage Publications, 1996.

KAPLAN, A. B.; PURACAL, J. C. Who could it be now? Challenging the reliability of first time in-court identications after State v. Henderson and State v. Lawson. *Journal of Criminal Law and Criminology*, v. 105 (4), p. 947-992, 2015.

LACY, J. W.; STARK, C. E. L. The neuroscience of memory: implications for the courtroom. *Nature Reviews Neuroscience*, v. 14, p. 649-658, 2013.

MONDS, L.; HOWARD, M.; PATERSON, H.; KEMP, R. The effects of perceived memory ability on memory conformity for an event. *Psychiatry, Psychology and Law*, v. 26:4, p. 580-592, 2019. DOI: 10.1080/13218719.2018.1556130.

LOFTUS, E. F. Make-believe memories. *American Psychologist*, v. 58, n. 11, p. 867-873, 2003.

LOFTUS, E. F.; SHACTER, D. L. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute? *Nature Neuroscience*, v. 16, n. 2, p. 119-123, 2013.

LOFTUS, E.; PALMER, J. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. *Journal of Verbal Learning & Verbal Behavior*, v. 13, p. 585-589, 1974.

LOPES JUNIOR, A. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MEADE, M.; ROEDIGER, H. Exploration in the social contagion of memory. *Memory & Cognition*, v. 30, p. 995-1009, 2002.

MEMON, A.; MEISSNER, C.; FRASER, J. The cognitive interview: a meta-analytic review and study space analysis of the past 25 years. *Psychology Public Policy and Law*, v. 16, n. 4, 2010. DOI: 16. 10.1037/a0020518.

MIRANDA COUTINHO, J. N. *Observações sobre os sistemas processuais penais*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

MOJTAHEDI, D.; IOANNOU, M.; HAMMOND, L. Intelligence, authority and blame conformity: co-witness influence is moderated by the perceived competence of the information source. *Journal of Police and Criminal Psychology*, 2019. DOI: [https://doi.org/10.1007/s11896-019-09361-2].

MORI, K.; KISHIKAWA, T. Co-witness auditory memory conformity following discussion: a misinformation paradigm. *Perceptual & Motor Skills*, v. 118 (2), p. 533-547, 2014.

OEBERST, A.; SEIDEMANN, J. Will your words become mine? Underlying processes and cowitness intimacy in the memory conformity paradigm. *Canadian Journal of Experimental Psychology*, v. 68, n. 2, p. 84-96, 2014.

OST, J.; HOGBIN, I.; GRANHAG, P. Altering false reports via confederate influence. *Social Influence*, v. 1 (2), p. 105-116, 2006.

PALMER, M. A.; BREWER, N.; WEBER, N.; NAGESH, A. The confidence-accuracy relationship for eyewitness identification decisions: effects of exposure duration, retention interval, and divided attention. *Journal of Experimental Psychology*, v. 19, p. 55-71, 2013.

PATERSON, H. M.; KEMP, R. I.; NG, J. R. Combating Co-witness Contamination: Attempting to Decrease the Negative Effects of Discussion on Eyewitness Memory. *Applied Cognitive Psychology*, v. 25, p. 43-52, 2011.

PATERSON, H. M.; KEMP, R.; MCINTYRE, S. Can a witness report hearsay evidence unintentionally? The effects of discussion on eyewitness memory. *Psychology, Crime & Law*, v. 18, p. 505-527, 2012.

PEZDEK, K., LAM, S. T.; SPERRY, K. Forced confabulation more strongly influences event memory if suggestions are other generated than self generated. *Legal and Criminological Psychology*, v. 14, p. 241-252, 2009.

PINTO, L. H.; STEIN, L. M. Nova ferramenta de entrevista investigativa na coleta de testemunhos: a versão brasileira da self-administered interview. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, v. 11, p. 110-128, 2017.

POLI, C. M. *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PORTER, S. B.; BRINKE, L. T.; RILEY, S. N.; BAKER, A. T. Prime time news: the influence of primed positive and negative emotion on susceptibility to false memories. *Cognition & emotion*, v. 28 8, p. 1422-1434, 2014.

RECHDAN, J.; HOPE, L.; SAUER, J.; SAUERLAND, M.; OST, J.; MERCKELBACH, H. The effects of co-witness discussion on confidence and precision in eyewitness memory reports. *Memory*, v. 26:7, p. 904-912, 2018. DOI: 10.1080/09658211.2018.1448872.

ROEDIGER, H. L.; WIXTED, J. H.; DESOTO, K. A. The Curious complexity between confidence and accuracy in reports from memory. *Memory and Law*, p. 84-118, 2013.

SARAIVA, R. B.; IGLESIAS, F.; MICAS, G. F.; ARAÚJO, C. P. N.; LIMA, C. C.; COSTA, M. V. Conformidade entre testemunhas oculares: efeitos de falsas informações nos relatos criminais. *Psico-USF*, v. 20, p. 87-96, 2015.

SCHACTER, D. L. The seven sins of memory: Insights from psychology and cognitive neuroscience. *American Psychologist*, v. 54(3), p. 182-203, 1999.

SCHMOLCK, H.; BUFFALO, E. A.; SQUIRE, L. R. Memory distortions develop over time: recollections of the O. J. Simpson trial verdict after 15 and 32 months. *Psychological Science*, v. 11(1), p. 39-45, 2000.

SCOBORIA, A.; MAZZONI; G.; JARRY, J. L.; BERNSTEIN, D. M. Personalized and not general suggestion produces false autobiographical memories and suggestion-consistent behavior. *Acta Psychol (Amst)*, v. 139(1), p. 225-32, jan. 2012.

SHAW, J.; GARVEN, S.; WOOD, J. Co-witness information can have immediate effects on eyewitness memory reports. *Law and Human Behavior*, v. 21, p. 503-523, 1997.

SHECORY, M.; NACHSON, I.; GLICKSOHN, J. Effects of stereotypes and suggestion on memory. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, v. 54, n. 1, p. 113-130, 2010.

SIMONS, D. J.; CHABRIS, C. F. What people believe about how memory works: a representative survey of the U.S. population. *PLoS ONE*, v. 6(8), 2011. DOI: [https://doi.org/10.1371/journal.pone.0022757].

SMITH, R. W.; SCHWARZ, N. Metacognitive inferences from other people's memory performance. *Journal of Experimental Psychology: Applied*, v. 22(3), p. 285-294, 2016.

STEFFENS, M. C., MECKLENBRAUKER, S. False memories: phenomena, theories and implications. *Journal of Psychology*, v. 215, n. 1, p. 12-24, 2007.

STEIN, L. M.; MEMON, A. Testing the efficacy of the cognitive interview in a developing country. *Applied Cognitive Psychology*, v. 20, p. 597-605, 2006.

STERNBERG, R. J. *Psicologia cognitiva*. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

STOLZENBERG, S. N.; PEZDEK, K. Interviewing child witnesses: the effect of forced confabulation on event memory. *Journal of Experimental Child Psychology*, v. 114 1, p. 77-88, 2013.

SUTTON, J. Influences on memory. *Memory Studies*, v. 4(4), p. 355-359, 2011.

THORLEY, C. Blame conformity: innocent bystanders can be blamed for a crime as a result of misinformation from a young, but nor elderly, adult co-witness. *Plos One*, v. 10 (7), p. 1-15, 2015.

TUCKEY, M.; BREWER, N. The influence of schemas, stimulus ambiguity, and interview schedule on eyewitness memory over time. *Journal of Experimental Psychology. Applied*, v. 9, p. 101-118, 2003.

VALENTINE, T.; MARAS, K. The effect of cross-examination on the accuracy of adult eyewitness testimony. *Applied Cognitive Psychology*, v. 25, p. 554-561, 2011.

WELLS, G. L.; LINDSAY, R. C. L.; FERGUSON, T. J. Accuracy, confidence, and juror perceptions in eyewitness identification. *Journal of Applied Psychology*, v. 64 (4), p. 440-448, 1979.

WELLS, G. L.; MEMON, A.; PENROD, S. D. Eyewitness Evidence: improving its probative value. *Psychological Science in the Public Interest*, v. 7 (2), p. 45-75, 2006.

WELLS, G. L.; SMALL, M.; PENROD, S.; MALPASS, R. S.; FULERO, S. M.; BRIMACOMBE, C. A. E. Eyewitness identification procedures: recommendations for lineups and photospreads. *Law and Human Behavior*, v, 22, p. 603-647, 1998.

WILLIANSON, P.; WEBER, N.; ROBERTSON, M. The effect of expertise on memory conformity: a test of informational influence. *Behavioral Sciences and the Law*, v. 31, p. 607-623, 2013.

WIXTED, J. T. Time to exonerate eyewitness memory. *Forensic Science International*, v. 292, p. e13-e15, 2018.

WRIGHT, D. B.; STROUD, J. N. Memory quality and misinformation for peripheral and central objects. *Legal and Criminological Psychology*, v. 3, p. 273-286, 1998.

WRIGHT, D.; SELF, G.; JUSTICE, C. Memory conformity: exploring misinformation effects when presented by another person. *British Journal of Psychology*, v. 91, p. 189-202, 2000.

WRIGHT, D.; VILLALBA, D. Memory conformity affects inaccurate memories more than accurate memories. *Memory*, v. 20, p. 254-65, 2012.

YUILLE, J. C.; DAVIES, G.; GIBLING, F.; MARXSEN, D.; PORTER, S. Eyewitness memory of police trainees for realistic role plays. *Journal of Applied Psychology*, v. 79(6), p. 931-936, 1994.

ZAJAC, R.; DICKSON, J.; MUNN, R.; O'NEILL, S. Trussht me, I know what I ssaw: the acceptance of misinformation from an apparently unreliable co-witness. *Legal and Criminological Psychology*, v. 21, p. 127-140, 2016.

ZHU, B.; CHEN, C.; F. LOFTUS; E., LIN, C.; DONG, Q. Treat and trick: a new way to increase false memory. *Applied Cognitive Psychology*, v. 24, p. 1199-1208, 2010. DOI: 10.1002/acp.1637

Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE

Título da Pesquisa: *Conformidade de Memória no Processo Penal.*

Prezado (a),

Este é um convite para você participar *voluntariamente* em uma pesquisa que irá investigar a conformidade de memória no processo penal. Estamos à disposição para esclarecer quaisquer dúvidas em relação à pesquisa antes e durante a execução. Certifique-se que você compreendeu todas as informações abaixo antes de expressar ou não o seu consentimento para participar da pesquisa.

1. Objetivos e justificativa do estudo

O objetivo desta pesquisa é investigar a conformidade da memória, analisando os dados das respostas fornecidas pelos participantes.

2. Procedimentos da avaliação

Caso você concorde em participar deste experimento, você assistirá a um vídeo e posteriormente serão feitas discussões e perguntas a respeito dele. Seis meses depois você poderá ser contatado(a) para responder a outras perguntas. O experimento terá a duração aproximada de 1 hora no primeiro dia e de 30 minutos quando, e se, chamado(a) 6 meses depois.

3. Realização da Pesquisa

A pesquisa está sendo liderada pelo Professor Antônio Jaeger, vinculado ao departamento de Psicologia da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas (FAFICH) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

4. Participação voluntária e sem compromisso financeiro

Sua participação é voluntária e não implica nenhum compromisso financeiro entre você e a equipe da UFMG.

5. Liberdade de recusa e de desistência

Você poderá negar o consentimento ou mesmo desistir de participar durante qualquer fase da pesquisa, sem nenhum prejuízo e sem necessidade de se justificar.

6. Garantia de sigilo

Os resultados da pesquisa serão utilizados em trabalhos científicos publicados ou apresentados oralmente em congressos e palestras, sem revelar a sua identidade ou quaisquer informações particulares, ou que possam de qualquer maneira identificá-lo(a).

7. Riscos

Os riscos envolvidos são mínimos, estando relacionados principalmente a cansaço durante a testagem psicológica. Todo esforço será feito no sentido de atentar para o bem-estar físico e psicológico dos participantes, interrompendo-se a testagem aos menores sinais de desconforto.

8. Benefícios em participar da pesquisa

Você não terá nenhum benefício direto por participar desta pesquisa. Você terá o benefício indireto de estar auxiliando no desenvolvimento da ciência e auxiliando no desenvolvimento futuro de uma maior compreensão do fenômeno da neurociência.

Atenciosamente,

_____

Prof. Dr. Antônio Jaeger
Coordenador da Pesquisa
Professor Adjunto do Departamento de Psicologia da UFMG
Av. Antônio Carlos, 6627, FAFICH-UFMG, Sala 4060
Laboratório de Neuropsicologia do Desenvolvimento
Tel: (31)34096295 / E-mail: antonio.jaeger@gmail.com

Para maiores esclarecimentos sobre dúvidas éticas você pode consultar também o Comitê de Ética em Pesquisa (COEP-UFMG), na Av. Antônio Carlos, 6627 – Unidade administrativa II, 2º andar/ Campus Pampulha- UFMG, Tel: (31)34094592/ E-mail: coep@prpq.ufmg.br ou a Comissão Nacional De Ética Em Pesquisa (CONEP), na SEPN 510 NORTE, BLOCO A 1º subsolo, Edifício Ex-INAN – Unidade II – Ministério da Saúde, Tel:(61) 3315-5878

Eu, _____
_____, abaixo assinado(a), declaro ter sido informado(a) e esclarecido todas as minhas dúvidas sobre os procedimentos e propostas da pesquisa "*Conformidade de Memória no Processo Penal*" e concordo em participar voluntariamente dela.

_____

Assinatura

São José dos Pinhais, _____ de _____de _____.

Contato telefônico (Preenchimento não obrigatório): (____) _____

_____

FORMULÁRIO DE ENTREVISTA (Marque com um X o quanto você está confiante, ou tem certeza, de suas respostas e de suas descrições);

1) O crime ocorreu durante o dia ou noite?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

2) Como estava o tempo?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

3) Ocorreu uma discussão?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

4) Qual o motivo do crime?

_____

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

5) O agressor tinha um comparsa?

_____

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

6) Quantas pessoas presenciaram a discussão?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

7) Quanto tempo transcorreu entre o começo da discussão e o momento em que o agressor foge?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

8) Descreva os envolvidos no crime.

_____

_____

_____

_____

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

FORMULÁRIO DE ENTREVISTA (Marque com um X o quanto você está confiante, ou tem certeza, de suas respostas e de suas descrições);

1) O crime ocorreu durante o dia ou noite?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

2) Como estava o tempo?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

3) Ocorreu uma discussão?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

4) Qual o motivo do crime?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

5) O agressor tinha um comparsa?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

6) Quantas pessoas presenciaram a discussão?

_____

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

7) Quanto tempo transcorreu entre o começo da discussão e o momento em que o agressor foge?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

8) Descreva os envolvidos no crime.

_____

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

9) Qual veículo foi utilizado na fuga?

_____

(1) = muito baixa confiança em sua resposta, (2) = baixa confiança em sua resposta, (3) = confiança média em sua resposta, (4) = confiança alta em sua resposta, (5) = confiança muito alta em sua resposta.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: Conformidade de Memória no Processo Penal
Pesquisador: antonio jaeger
Área Temática:
Versão: 2
CAAE: 91100716.1.0000.5149
Instituição Proponente: PRO REITORIA DE PESQUISA
Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 2.892.303

Apresentação do Projeto:
A pesquisa visa examinar a conformidade de memória através de 4 experimentos. A pesquisa trata de simular as condições de memória e conformidade de memória que ocorrem com testemunhas oculares de crimes. Conforme o autor do projeto a "conformidade de memória é a influência do julga-mento de memória de um determinado indivíduo sobre o julgamento de memória de outro indivíduo. Serão desenvolvidos experimentos no intuito de comprovar/analisar tanto a conformidade de memória em si (em pesquisas com palavras emocionalmente negativas), bem como sua ocorrência no contexto do processo criminal, correlacionando a conformidade de memória com o transcurso de tempo. Será realizada pesquisa experimental e de revisão bibliográfica sobre o assunto. Em relação aos participantes dos experimentos, nos experimentos UM e DOIS serão recrutadas 100 pessoas com idade entre 18 e 35. O grupo será formado por acadêmicos (discentes) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), que assinarão o termo de consentimento
livre e esclarecido respectivo. Já nos experimentos TRÊS e QUATRO, haverá a seleção de 120 pessoas adultas, sendo 60 homens e 60 mulheres. O grupo será formado por acadêmicos (discentes) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), aos quais serão oferecidas certificado com horas complementares pela participação, e também assinarão termo de consentimento livre e esclarecido respectivo."

Endereço: Av. Presidente Antônio Carlos,6627 2º Ad SI 2005
Bairro: Unidade Administrativa II **CEP:** 31.270-901
UF: MG **Município:** BELO HORIZONTE
Telefone: (31)3409-4592 **E-mail:** coep@prpq.ufmg.br

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Continuação do Parecer: 2.892.303

Objetivo da Pesquisa:

O objetivo principal do projeto segundo o autor é: "Investigar o fenômeno da conformidade de memória em um contexto penal simulado."

Os objetivos secundários para a pesquisa são: estudar como atua a conformidade de memória (memory conformity) e sua correlação com emoções negativas; pesquisar os efeitos das discussões e informações pós-eventos (postevent information) na memória; e investigar o efeito do lapso temporal na memória e na confiança desta memória das testemunhas, relacionando-o à conformidade de memória."

Avaliação dos Riscos e Benefícios:

No resumo do projeto, são descritos os riscos possíveis da pesquisa e as ações a serem tomadas na pesquisa da seguinte forma: "Os riscos envolvidos são mínimos, estando relacionados principalmente a cansaço durante a testagem psicológica. Todo esforço será feito no sentido de atentar para o bem-estar físico e psicológico dos participantes, interrompendo-se a testagem aos menores sinais de desconforto. Ademais será elaborado em linguagem acessível Termo de Consentimento Livre e Esclarecido - TCLE, informando ao participante os riscos e benefícios do experimento."

Segundo o pesquisador o benefício da pesquisa é: "o benefício indireto de estar auxiliando no desenvolvimento da ciência, e auxiliando no desenvolvimento futuro de uma maior compreensão do fenômeno da neurociência."

Comentários e Considerações sobre a Pesquisa:

Pesquisa relevante para a área de Neurociências com previsão de término em 08/03/2019.

As solicitações do COEP foram atendidas: 1) Foi apresentado um TCLE para os participantes dos experimentos 3 e 4; 2) Foi incluído texto nos TCLEs que as dúvidas referentes à pesquisa ao pesquisador responsável e que uma via do termo será entregue para o participante e outro ficará com o pesquisador; 3) foi esclarecido na carta resposta e resumo do projeto quem são os "acadêmicos" que serão participantes da pesquisa e o procedimento de recrutamento dos mesmos; 4) Foram atualizados as datas do cronograma.

Considerações sobre os Termos de apresentação obrigatória:

Foram apresentados os seguintes termos: folha de rosto, projeto completo, resumo do projeto, TCLE para os participantes dos experimentos 1 e 2, TCLE para os particpantes dos experimentos 3

Endereço: Av. Presidente Antônio Carlos,6627 2º Ad SI 2005
Bairro: Unidade Administrativa II **CEP:** 31.270-901
UF: MG **Município:** BELO HORIZONTE
Telefone: (31)3409-4592 **E-mail:** coep@prpq.ufmg.br

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Plataforma Brasil

Continuação do Parecer: 2.892.303

e 4, e parecer consubstanciado.

Recomendações:

Recomenda-se a aprovação do projeto de pesquisa. Por gentileza, acrescenta na primeira página dos TCLEs um espaço para o rubrica do participante e pesquisador, já que todos os TCLEs são mais que uma pagina.

Conclusões ou Pendências e Lista de Inadequações:

Somos favoráveis à aprovação do projeto "Conformidade de Memória no Processo Penal" do pesquisador responsável Prof. Dr. Antonio Jaeger.

Considerações Finais a critério do CEP:

Aprovado conforme parecer.

Tendo em vista a legislação vigente (Resolução CNS 466/12), o COEP-UFMG recomenda aos Pesquisadores: comunicar toda e qualquer alteração do projeto e do termo de consentimento via emenda na Plataforma Brasil, informar imediatamente qualquer evento adverso ocorrido durante o desenvolvimento da pesquisa (via documental encaminhada em papel), apresentar na forma de notificação relatórios parciais do andamento do mesmo a cada 06 (seis) meses e ao término da pesquisa encaminhar a este Comitê um sumário dos resultados do projeto (relatório final).

Este parecer foi elaborado baseado nos documentos abaixo relacionados:

Tipo Documento	Arquivo	Postagem	Autor	Situação
Informações Básicas do Projeto	PB_INFORMAÇÕES_BÁSICAS_DO_PROJETO_777753.pdf	02/08/2018 09:42:24		Aceito
Outros	RESPOSTA_Parecer.pdf	02/08/2018 09:36:33	Rodrigo Faucz Pereira e Silva	Aceito
TCLE / Termos de Assentimento / Justificativa de Ausência	TCLE_Experimento_3_e_4.docx	02/08/2018 09:30:35	Rodrigo Faucz Pereira e Silva	Aceito
TCLE / Termos de Assentimento / Justificativa de Ausência	TCLE_Experimento_1_e_2.docx	02/08/2018 09:30:22	Rodrigo Faucz Pereira e Silva	Aceito
Outros	Parecer_camara.pdf	30/08/2017 09:51:21	Rodrigo Faucz Pereira e Silva	Aceito
Projeto Detalhado / Brochura	ProjetoD.docx	09/11/2016 00:11:15	Rodrigo Faucz Pereira e Silva	Aceito

Endereço: Av. Presidente Antônio Carlos,6627 2º Ad SI 2005
Bairro: Unidade Administrativa II **CEP:** 31.270-901
UF: MG **Município:** BELO HORIZONTE
Telefone: (31)3409-4592 **E-mail:** coep@prpq.ufmg.br

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Plataforma Brasil

Continuação do Parecer: 2.892.303

Investigador	ProjetoD.docx	09/11/2016 00:11:15	Rodrigo Faucz Pereira e Silva	Aceito
Folha de Rosto	folha_rosto.pdf	09/11/2016 00:09:33	Rodrigo Faucz Pereira e Silva	Aceito

Situação do Parecer:
Aprovado

Necessita Apreciação da CONEP:
Não

BELO HORIZONTE, 13 de Setembro de 2018

Assinado por:
Eliane Cristina de Freitas Rocha
(Coordenador)

Endereço: Av. Presidente Antônio Carlos,6627 2º Ad SI 2005
Bairro: Unidade Administrativa II **CEP:** 31.270-901
UF: MG **Município:** BELO HORIZONTE
Telefone: (31)3409-4592 **E-mail:** coep@prpq.ufmg.br

Página 04 de 04

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- A prova testemunhal e o fenômeno das falsas memórias, de Flaviane Baldasso – *RBCCrim* 166/129-174 (DTR\2020\3819); e
- A prova testemunhal do processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemilogia e da psicologia do testemunho, de Caio Badaró Massen – *RBCCrim* 156/23-59 (DTR\2019\31664).

As falhas de linguagem e as estratégias cognitivas voltadas à minimização das falsas memórias na prova testemunhal

Language limitations and cognitive strategies to minimize the incidence of false memory in eyewitness testimony

Sérgio Bruno Araújo Rebouças

Doutor (***cum laude***) em Direito Penal pela Universidade de Sevilha (US) (2017). Mestre em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (UFC) (2008). Professor Adjunto de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado. Autor das obras ***Direito Penal, Parte Geral*** e ***Curso de Direito Processual Penal*** e de diversos artigos publicados em revistas nacionais e internacionais especializadas
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6716-2950
sergiobareboucas@gmail.com

Lara Teles Fernandes

Mestre em Direito na Universidade Federal do Ceará (UFC) (2019). Defensora Pública no Estado do Ceará. Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Autora da obra ***Prova Testemunhal no Processo Penal***: uma proposta interdisciplinar de valoração.
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4040-0597
laratelesfernandes@hotmail.com

Recebido em: 28.01.2019
Aprovado em: 02.06.2020
Última versão dos autores: 16.06.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: As limitações da capacidade cognitiva humana representam um grande entrave à possibilidade do acesso humano à realidade objetiva. Entretanto, no processo penal brasileiro, em que a prova de fonte pessoal, como a inquirição de testemunhas e de vítimas, é o meio probatório prevalecente, ainda há considerável adesão à crença na plena racionalidade humana, motivo pelo qual ainda há pouco espaço de discussão sobre os efeitos das restrições cognoscentes

Abstract: The natural limitations of human cognitive function are a major obstacle to accessing objective reality. However, in Brazilian criminal procedure, in which the prevailing form of evidence is person-centered (***e.g.***, witness/victim accounts), belief in complete human rationality is ubiquitous, limiting discussion on the effects of cognitive shortcomings on the production and worth of criminal evidence. This paper addresses the imperfection of language and its relation

humanas na produção e na valoração da prova penal. Nesse contexto, este artigo visa a descortinar especificamente as falhas decorrentes da linguagem humana, e sua relação com os sentidos e a memória, que se materializam no processo judicial na forma de falsas recordações. O escopo é expor a problemática para, ao final, propor algumas estratégias a serem empregadas na produção probatória na fase policial e judicial e na valoração, com enfoque na entrevista cognitiva, a fim de minimizar os erros decorrentes da imprecisão de relatos testemunhais. A metodologia utilizada foi de natureza qualitativa, com investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva.

Palavras-chave: Falhas de linguagem – Falsas memórias – Prova penal – Entrevista cognitiva.

to perception and the phenomenon of false memory in criminal court proceedings. It defines the problematic and proposes strategies for the production of evidence in both the police and court setting and for improving the accuracy and reliability of witness accounts by way of the cognitive interview. Based upon a review of documents and the literature, the study methodology was qualitative, indirect, exploratory, descriptive, explanatory, and propositional.

Keywords: Language shortcomings – False memories – Criminal evidence – Cognitive interview.

Sumário: 1. Introdução. 2. As limitações epistemológicas da prova testemunhal: os sentidos e a linguagem. 3. A autonomia da linguagem em relação à memória. 4. A sugestionabilidade e o uso da linguagem pela testemunha. 5. Entre a reconstrução do acontecimento real e a inferência: os descaminhos, naturais ou provocados, da memória episódica. 5.1. A memória episódica como processo reconstrutivo: resgate do acontecimento ou da inferência? 5.2. Fatores exógenos de afetação do processo de resgate mnemônico do episódio. 6. Estratégias de composição – e de recomposição – da memória da testemunha e sua possível incidência no processo penal brasileiro. 6.1. A relevância de métodos voltados à precisão do relato testemunhal: a recordação passada registrada (*past recollection recorded*) e a memória presente revivida (*present memory revived*). 6.2. A entrevista cognitiva, ainda no âmbito investigativo: estratégias de minimização dos efeitos de desinformação. 6.2.1. Conceito de entrevista cognitiva (*cognitive interview*). 6.2.2. Recomposição do contexto do episódio original (*recreating the context of the original event*) . 6.2.3. Narrativa em aberto (*open-ended narrative*). 6.2.4. Aprofundamento da memória (*probing memory codes*): princípio do detalhe, princípio do *momentum* e técnica de perguntas em ordem cronológica reversa. 6.3. Entrevista cognitiva judicial? Limites no ordenamento jurídico brasileiro e o papel nuclear do contraditório na inquirição: método do exame direto e cruzado. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Mesmo que, no Direito e em outros ramos científicos, impere a era do fluxo e processamento de dados e algoritmos ligados à alta tecnologia para a promoção do desenvolvimento do conhecimento[1], o processo judicial brasileiro ainda pre-

1. "Se adotarmos uma visão realmente ampla da vida, todos os outros problemas e desenvolvimentos serão ofuscados por três processos interconectados: 1) A ciência está

cisa contar precipuamente com uma máquina pouco confiável e com consistência de dados duvidosa à medida que o tempo passa: a memória humana.

Isso porque, na prática forense brasileira, sobretudo na seara criminal, a prova testemunhal ainda é uma das espécies de prova mais utilizadas[2]. Vida, liberdade, patrimônio, relação de emprego, questões familiares: o destino de todos esses substratos, muitas vezes, é decidido de acordo com o que se extrai da memória de uma testemunha, que é exteriorizada para o processo por meio de uma determinada linguagem.

Nesse contexto, em uma concepção de mundo que parece ter descoberto a complexidade dos fenômenos[3], aliada à percepção de que o conhecimento humano é limitado e falível[4], pilar de um movimento difuso denominado pós-modernidade, ainda não foi incorporada na prática forense[5], considerando que a prova testemunhal, baseada intrinsecamente no binômio memória/tempo, com todas as suas falhas em potencial, pouco é problematizada e discutida, pouco tem sua confiabilidade questionada ou, mesmo, reafirmada, depois de sobreviver a testes de racionalidade.

---

convergindo para um dogma que abrange tudo e que diz que organismos são algoritmos, e a vida, processamento de dados. 2) A inteligência está se desacoplando da consciência. 3) Algoritmos não conscientes mas altamente inteligentes poderão, em breve, nos conhecer melhor que nós mesmos" (*sic*). Veja-se: HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. Uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 398.

2. Neste sentido: LOPES JR., Aury. "O problema da "verdade" no processo penal". In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.). *Verdade e prova no processo penal*. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 74.

3. Neste sentido, sobre o paradigma científico emergente, assevera Boaventura de Sousa Santos: "Os factos observados têm vindo a escapar ao regime de isolamento prisional a que a ciência os sujeita. Os objetos têm fronteiras cada vez menos definidas; são constituídos por anéis que se entrecruzam em teias complexas com os dos restantes objetos, a tal ponto que os objectos em si são menos reais que as relações entre eles." Veja-se: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 56.

4. Assim: POPPER, Karl. Verdade e Aproximação da Verdade. In: MILLER, David (Org.). *Textos Escolhidos Popper*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2016. p. 183.

5. Richard Posner, juiz e acadêmico norte-americano, trata desse distanciamento entre a academia e o Poder Judiciário, que não é um fenômeno incomum, apontando as dificuldades de inter-relação entre os dois campos e indicando que constituem verdadeiras ilhas. Neste sentido: POSNER, Richard. *Divergent Paths*: The Academy and the Judiciary. Boston: Harvard University Press, 2015. Introduction: A Troubled Relationship.

Com efeito, o meio jurídico ainda concebe a testemunha como fonte de verdades e revelações, em uma postura, de certo modo, dogmática e atrelada ao pensamento moderno de plena confiança na racionalidade humana[6].

O presente artigo parte de um questionamento a essa crença de plena confiabilidade abstrata na memória da testemunha, mediante a análise de um dos elementos que limitam do ponto de vista epistemológico a sua capacidade de transmissão sobre o primado dos fatos, qual seja, a linguagem.

Por outro lado, essa consciência das limitações e dos descaminhos da memória humana vem exigindo, cada vez mais, o desenvolvimento e a aplicação de métodos cognitivos adequados na inquirição (entrevista), de maneira não só a aproveitar o máximo do potencial informativo da testemunha, mas também a identificar e a prevenir efeitos de desinformação (falsas memórias), considerando, na valoração da prova, essas possibilidades e limitações. O presente artigo inclui a abordagem de relevantes estudos nesse âmbito, inserindo-os no contexto do direito processual penal brasileiro.

2. As limitações epistemológicas da prova testemunhal: os sentidos e a linguagem

No âmbito de um processo judicial, no ato de decidir, o julgador, ao se debruçar sobre enunciados relativos a declarações de testemunhas, precisa considerar que há uma dupla intermediação entre a realidade do mundo dos fenômenos reais e a verdade relativa[7] e contextualizada dentro do processo, pois a própria testemunha, assim como todos os seres humanos, não tem acesso direto à realidade, e

6. Um dos expoentes dessa vertente que deposita presumida confiança na capacidade de transmissão dos fatos pela testemunha é Nicola Framarino Dei Malatesta. Trata-se da confiança "na experiência geral da humanidade, a qual mostra como na realidade e no maior número dos casos, o homem é verídico". Veja-se: MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda, 2013. p. 371.

7. Michele Taruffo é um dos principais defensores da noção de verdade judicial como correspondência, na esteira de um realismo crítico, segundo o qual, a despeito de se reconhecer a existência da limitação dos instrumentos cognoscitivos humanos, tanto dentro quanto fora do processo, não se pode negar que "todo enunciado relativo a acontecimento do mundo real é verdadeiro ou falso em função da existência desses acontecimentos no mundo real". (TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 100.)

sua descrição sobre determinado evento terá irremediavelmente como barreira à correspondência e à aproximação da verdade[8] a intermediação dos seus sentidos e dos seus aspectos linguísticos.

Assim, não se pode olvidar que há "possíveis diferenças entre a realidade e o que é percebido e possíveis diferenças entre o que é percebido e é narrado"[9].

As dificuldades relativas aos sentidos são aquelas atinentes à fase de coleta e armazenamento das informações sobre determinado fenômeno fático, enquanto a linguagem, por sua vez, exsurge no momento da transmissão desse dado a terceiros, pois, assim como a apreensão do conteúdo fático no momento da coleta apresenta ruídos, a exteriorização dessas informações, que se materializa por meio de enunciados linguísticos, também comporta falhas que podem vir a culminar em equivocada valoração e decisão sobre os fatos.

Nesse viés, Antônio Damásio[10] assinala que essas percepções e ideias, posteriormente traduzidas e transmitidas pela linguagem, se estruturam na forma de imagens mentalmente concebidas. A memória pode armazenar as integrações sensoriais ocorridas no momento da percepção, as ideias surgidas nesse processamento e, em larga medida, sua tradução verbal. Ainda segundo Damásio, "construímos momentos percetuais em nossa mente, e, se tudo correr bem,

8. No entanto, no processo penal, há de se ponderar as considerações de Luigi Ferrajoli, a fim de evitar que a verdade se torne o fim último do processo e venha a justificar práticas inquisitivas, ou até mesmo cruéis, que ferem o sistema acusatório: "Essa verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa. É, em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto conteúdo informativo do que qualquer hipotética "verdade substancial", no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias." (*sic*) (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão.* Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzer Hassan Choukr e Juarez Tavares. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 38.)
9. RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*: do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 135.
10. DAMÁSIO, Antônio. *A estranha ordem das coisas*. A vida, os sentimentos e as culturas humanas. Lisboa: Círculo de Leitores, 2017. p. 132.

podemos memorizá-los e, mais tarde, recordar esses momentos percetuais e trabalhar com eles na imaginação"[11].

Neste sentido, observa-se que as três limitações cognoscentes supra-apontadas se entrelaçam em forma de um processo contínuo e contribuem para a dissolução na fé da testemunha de ser uma transmissora fotográfica do passado. Percepção, armazenamento e transmissão são elementos que integram o mesmo fenômeno, mas com nuances distintas, estando as duas primeiras mais diretamente ligadas ao plano dos sentidos, enquanto a última se atrela à linguagem.

Relativamente à percepção, Salah Khaled Jr. alerta que "os sentidos humanos têm uma percepção extremamente limitada do mundo e do que acontece ao seu redor"[12]. Defende-se, assim, que a testemunha é capaz de agregar aos autos de um processo, no máximo, sintomas ou frações da realidade, mas nunca esta por completa, pois há uma deficiência cognoscente natural nesse processo de captação. Lyotard comunga de tal entendimento, ao asseverar que o campo perceptivo é recheado de limites, pois um objeto que pode ser visualizado sempre esconde algumas de suas faces, ainda que exponha as demais, razão pela qual "o reconhecimento perceptivo não satisfaz nunca a exigência lógica da descrição completa"[13].

Ademais, além da natural limitação de sentidos na apreensão e na percepção dos fenômenos, ainda há de se considerar que "toda percepção é uma interpretação"[14], razão pela qual a própria captação de uma face fática ainda é mitigada pelo poder interpretativo do olhar da testemunha, o que gera um distanciamento ainda maior em relação à alguma possibilidade de cópia da realidade[15]. Nessa linha, como assinala Antônio Damásio, "sempre que recordamos um dado objecto, um rosto ou uma cena, não obtemos uma reprodução exacta, mas antes uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original"[16].

---

11. DAMÁSIO, Antônio. *A estranha ordem das coisas. A vida, os sentimentos e as culturas humanas*, cit., p. 133.
12. KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 456.
13. KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial*, cit., p. 457.
14. GAY, Peter. *O estilo na história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 175.
15. No tópico 5.1 deste artigo, trata-se mais detalhadamente das relações entre o acontecimento real e a inferência, na memória humana.
16. DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. São Paulo: Companhia das Letras: 1996. p. 116.

Assim, a percepção, que diz respeito ao momento da apreensão do dado fático, representa um importante limite cognitivo à capacidade da testemunha de conduzir o processo à aproximação da verdade.

Em um segundo momento, tem-se o armazenamento dessa informação na memória humana. De acordo com Jorge Trindade[17], a prova testemunhal não transmite fatos, mas tão somente memórias sobre eles, o que consiste em uma diferenciação relevante para se avaliar o grau de aproximação da verdade que se pretende buscar em um processo judicial. O que a declaração de uma testemunha revela, portanto, é a exibição de suas memórias acerca de um determinado fato primário, que não se mantêm intactas sob a forma de um depósito cerebral, pois "evocá-las constitui um ato complexo e depende das condições do sujeito no tempo e no modo do registro mnemônico", sendo uma "variável dependente da subjetividade e da atividade psíquica do indivíduo"[18].

Em um terceiro momento, que pode ocorrer ou não, a informação armazenada na memória é exteriorizada a um terceiro, que, dentro de um processo, corresponde às partes e ao julgador. Os dados presentes na memória são decodificados por uma linguagem, mais especificamente, por meio de enunciados, que se autonomizam em relação ao fato vivido, uma vez que integram a cosmovisão própria do sujeito transmissor e sua maneira psíquica de expressão.

Desse modo, a linguagem assume papel próprio, independente das informações armazenadas na memória, impregnando um determinado dado da marca própria do ser emissor.

Por essa razão, surgem as falhas de linguagem, que correspondem a erros na comunicação de um determinado fato, ocasionados pela volubilidade da memória humana e da suscetibilidade das palavras à manipulação, o que pode ocasionar graves equívocos no âmbito da justiça criminal.

3. A autonomia da linguagem em relação à memória

Pode-se dizer que a linguagem é a forma de materialização de um pensamento, de um relato. A ideia pensada e não compartilhada pela linguagem tende a ser finita, assim como a vida humana.

Neste sentido, nas mais diversas formas de expressão e comunicação, seja na construção do conhecimento científico, seja no relato e na descrição de fatos de

17. TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 286.

18. TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*, cit., p. 286.

uma testemunha para constituir prova em um feito judicial, a linguagem exerce função essencial no processo de apreensão e transmissão de um dado.

No campo da teoria do conhecimento científico, filósofos e juristas já enfrentaram essa discussão sobre a autonomia da linguagem e sua influência no texto final escrito.

Como o conhecimento, ainda que amplo, é uno, e as dificuldades cognitivas enfrentadas são as mesmas, já que as limitações cognoscentes do ser humano a ele são inerentes em qualquer âmbito, faz-se válido realizar uma analogia entre a transmissão de um saber científico por meio da linguagem e o relato proveniente de prova testemunhal no bojo de um processo judicial, também por meio da linguagem, isto é, os mesmos óbices vividos pelo cientista na expressão do conhecimento são postos à testemunha ao narrar sua experiência, pois ambos utilizam para isso a linguagem.

Assim, vale trazer alguns subsídios do campo da filosofia do conhecimento, que, há décadas, se debruça sobre a problemática da linguagem, para a discussão sobre os limites cognoscentes da testemunha e a influência de sua valoração enquanto prova.

De acordo com Eduardo Bittar, para que as ideias se materializem e se reifiquem, é essencial a sua corporificação em uma linguagem adequada e socialmente apreensível, para que os sentidos humanos as percebam. Neste sentido, é bastante categórico ao estabelecer que "não há obra sem linguagem"[19].

Ademais, o autor assevera que a forma não é mera coadjuvante das ideias, já que "fornece vida à própria criação". Logo, o texto encerra autonomia e exerce função própria no processo criativo, sendo esta uma proposição da semiótica virtual. Conforme Bittar, a elaboração da linguagem própria parte de uma realidade semiótica preexistente, integrada por um "arsenal de signos e linguagens", de modo que, "desde sua fase conceptiva até sua fase executiva, labora o criador na tentativa de reificação de suas ideias por meio de um processo que envolve a transformação do imaterial em material"[20].

Seguindo essa linha, não se pode afirmar que a linguagem exerce papel secundário, até mesmo porque é por meio do texto que as ideias se desvinculam do intelecto de alguém e perpetuam sua durabilidade ao longo do tempo, "uma perpetuação do diálogo entre o criador e a humanidade".

19. BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 108.

20. BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*, cit., p. 121.

Gadamer, por sua vez, também aponta que a linguagem, na ciência moderna, assume novas funções e se relaciona ao grande desafio hermenêutico de tentar reduzir a distância entre o autor e o leitor[21].

Wittgenstein igualmente sustenta que a linguagem não é mera coadjuvante, pois "é como se devêssemos desvendar os fenômenos: nossa investigação, no entanto, dirige-se não aos fenômenos, mas, como poderíamos dizer, às possibilidades dos fenômenos. Refletimos sobre o modo das asserções que fazemos sobre os fenômenos"[22].

Assim, a linguagem ganha contornos autônomos em relação à transmissão do pensamento, a partir do momento em que as diferentes asserções podem representar aspectos distintos da realidade descrita. Melhor dizendo, a linguagem não é como se fosse uma foto capaz de comunicar exatamente a outrem a imagem vista a olho nu pelo espectador presente quando a fotografia foi tirada.

Segundo o pensamento de Wittgenstein, portanto, a linguagem figura a realidade, mas impregna o objeto comunicado de superstições do emissor, razão pela qual incumbe à filosofia tentar neutralizar tais efeitos produzidos.

Reconhece-se, então, que a linguagem tem vida própria, independente do dado a ser transmitido, seja uma ideia pensada por um cientista, seja um fato presenciado por determinada testemunha.

De todo modo, é imprescindível considerar na análise da informação expressa que a linguagem do emissor influencia diretamente o dado narrado, bem como a linguagem do receptor daquela mesma informação, visto que "ter compreendido a elucidação significa possuir um conceito de elucidado no espírito, isto é, um modelo ou imagem". Wittgenstein assim exemplifica essa ideia:

> "Se me mostrarem diferentes folhas e me disserem: 'isto chama-se 'folha', então adquiro um conceito da forma de folha, uma imagem dela no espírito' [...] Aqui é o lugar de notar que aquele que considera essa folha como modelo da forma da folha em geral, a vê diferentemente daquele que a considera como modelo para essa forma determinada. Ora, poderia ser assim – apesar de que não o é – pois isto significaria apenas que, por experiência, aquele que vê a folha de uma maneira determinada emprega-a desta ou daquela maneira, segundo esta ou aquela regra. Existe certamente esta ou outra maneira

21. GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da Teoria*. Trad. J. T. Proença. Lisboa: Edições 70, 2001.
22. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 2000. p. 61.

> de ver; dão-se também casos em que aquele que vê um modelo assim geralmente o empregará desta maneira, e o que o vê de outro modo empregá-lo-á de outra maneira."[23].

Neste sentido, as experiências vividas anteriormente, assim como o *background* e o horizonte de compreensões do sujeito envolvido na expressão da ideia são capazes de produzir ruídos que impedem a perfeita transmissão da realidade a ser narrada, tanto no emissor quanto no receptor.

Inevitavelmente, a forma da imaginação por meio da linguagem é própria de cada um, faz parte de suas idiossincrasias, não estando a utilização sujeita à exatidão e objetiva fidelidade àquilo que é transmitido. Há assim uma intermediação da linguagem na comunicação de um fato. É como se as lentes do sujeito cognoscente, além de limitadas pelos sentidos humanos, também o fossem pela linguagem, que gera dificuldades na exata visualização do objeto a ser conhecido.

No campo jurídico, tal problemática da contaminação de dados por meio da linguagem pode ser observada, por exemplo, no âmbito das cortes internacionais ou mesmo de cortes nacionais em que há a necessidade de utilização de tradução para colher as informações de um determinado depoente que não fala a língua oficial do tribunal.

Joshua Karton, a esse respeito, aponta que, quando os intérpretes traduzem o testemunho de alguém, erros são inerentes ao processo, que não consistem somente em um mero problema técnico, pois, por vezes, podem violar os direitos fundamentais de um acusado no processo penal ou mesmo conduzir a vereditos baseados em falsas premissas fáticas, seja em razão da variedade sintática e vocabular, seja por uma falha cultural na comunicação da língua, por ausência de conhecimentos extralinguísticos do intérprete, por exemplo[24].

Nesse caso, faltam as ferramentas necessárias ao tradutor para transmitir uma ideia concebida inicialmente como imagem na mente do depoente, pois na sua própria mente são ausentes os subsídios para construção dessa mesma imagem e reprodução adequada por meio da linguagem. Conforme Antônio Damásio:

> "O aglomerado de imagens normalmente relacionadas com um objeto ou acontecimento corresponde à ideia desse objeto ou acontecimento, ao seu

23. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*, cit., p. 55.

24. KARTON, Joshua. Lost in Translation: International Criminal Tribunals and the Legal Implications of Interpreted Testimony. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 1, p. 1, 01. jan. 2008. Disponível em SSRN: [https://ssrn.com/abstract=1511946] or [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1511946]. Acesso em 26.06.2018.

> conceito, ao seu significado, à sua semântica. As ideias – os conceitos e os seus significados – podem ser traduzidas para o idioma dos símbolos, permitindo assim o pensamento simbólico. Toda a mente é composta por imagens, desde a representação de objetos e acontecimentos aos seus conceitos e traduções verbais correspondentes. As imagens são a moeda universal da mente."[25]

Outro exemplo, a explicitar que os ruídos de linguagem podem ser prejudiciais à apuração dos fatos no âmbito de um processo judicial, é a utilização de linguagem forense técnica por peritos, ao serem indicados como testemunhas.

De acordo com Jonathan J. Koehler, a linguagem empregada por peritos nos tribunais pode ser o grande diferencial entre um testemunho útil e um confuso e imprestável. Ele alerta para o risco significativo de que esse tipo de testemunho, por meio de sua linguagem técnica e científica, possa confundir ou interpretar erroneamente nuances do fato, especialmente quando o assunto é complexo, como a análise de um exame de DNA[26].

Ocorre que, a despeito da exposição dos problemas epistemológicos relativos à linguagem na reprodução de informações, não se comunga da ideia de que ela seria um obstáculo inarredável que impossibilita o sujeito cognoscente de acessar completamente a realidade. Nesse viés, Gustavo Badaró assevera que "sem ignorar os avanços do giro linguístico, principalmente o papel de intermediação entre a linguagem e a realidade, isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade"[27].

No entanto, há de se reconhecer que, ao mesmo tempo que não impede por completo o acesso a um determinado dado fático, a linguagem, que é dotada de autonomia e é inerente ao sujeito transmissor, também tem poder de influência sobre a informação transmitida, que resta sujeita à contaminação pelo espírito próprio de quem a veicula, devendo isso ser considerado pelo magistrado no momento de valorar a prova testemunhal produzida.

---

25. DAMÁSIO, Antônio. *A estranha ordem das coisas*. A vida, os sentimentos e as culturas humanas, cit., p. 132.
26. KOEHLER, Jonathan J. Linguistic Confusion in Court: Evidence from the Forensic Sciences. In: *Journal of Law and Policy*, n. 21, p. 515-539, 03 mar. 2013.
27. BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 47, jan.-abr. 2018.

4. A sugestionabilidade e o uso da linguagem pela testemunha

Na seção anterior, tratou-se das potenciais falhas de linguagem, suscetíveis de ocorrer durante um testemunho, a partir de fatores internos da testemunha, por erro na codificação ou decodificação de um determinado pensamento na mente que, posteriormente, se exterioriza por meio da linguagem.

Além de tais falhas endógenas, porém, a linguagem da testemunha pode ser influenciada e conduzir a uma errônea produção de prova, em razão do nível de linguagem utilizado pelo entrevistador.

De acordo com Flaviane Baldasso e Gustavo Noronha Ávila[28], a utilização da linguagem por quem está tomando o depoimento de uma testemunha ou de uma vítima pode resultar na criação de falsas memórias, de caráter exógeno, isto é, de origem externa à mente do depoente[29].

Assim, a linguagem utilizada na realização de perguntas a uma testemunha pode ocasionar a expressão de informações inverídicas, que serão inevitavelmente agregadas ao processo, o que pode resultar em erros judiciários crassos.

Um exemplo são as perguntas tendenciosas ou de viés confirmativo, que podem prejudicar a veracidade do depoimento e indicam a existência de sugestionabilidade, que consiste justamente nessa interferência direta no testemunho praticada pelo próprio entrevistador, ocorrida no nível da linguagem da pessoa de quem toma o depoimento.

A sugestionabilidade se expressa, principalmente, pela realização de perguntas fechadas em vez de se requerer o relato livre e por questionamentos sugestivos ou confirmatórios. Gustavo Noronha Ávila cita estes erros, entre outros, como as falhas mais usuais dos entrevistadores forenses:

> "1) Não explicar o propósito da entrevista; 2) não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; 3) não estabelecer *rapport* (empatia com o entrevistado); 4) não solicitar o relato livre; 5) basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas; 6) fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; 7) não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8) não permitir pausas; 9)

28. BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 375, jan.-abr. 2018.

29. Esse ponto será aprofundado no tópico 5.2 deste artigo.

> interromper a testemunha, quando ela está falando; 10) não fazer o fechamento da entrevista."[30]

As consequências dessa interferência na linguagem em um processo podem ser graves e irreversíveis, em especial, quando se trata do relato de uma vítima, razão pela qual os atores do sistema judiciário não podem ignorar as preocupações de cunho linguístico quando da colheita e posterior valoração de um testemunho.

Nesse contexto, apenas para se reafirmar a relevância da problematização do testemunho, vale ressaltar que Laura Klaming e Anton Vedder, com base em dados do projeto Inocência, relatam que, de 1992 a 2010, 245 pessoas nos Estados Unidos tiveram suas condenações revistas, a partir da realização de exame de DNA, que os descartaram como culpados. Desse total, a grande maioria havia sido condenada com base somente em prova testemunhal. Os autores apontam que um dos fatores para essa gama de erros judiciários é justamente a maneira como as perguntas são feitas e a utilização de questionamentos sugestivos e técnicas de imaginação guiada[31].

Nessa esteira, levando em consideração que "os recursos necessários ao processamento da informação são limitados, e um evento pode ser codificado de acordo com múltiplos códigos mentais e que o processo de codificação é idiossincrático"[32], Gustavo Noronha Ávila[33] relata que, a fim de tentar reduzir danos, Ronald Fisher e Edward Geiselman desenvolveram, nos Estados Unidos, em 1984, o *método de entrevista cognitiva*, baseado em princípios científicos da psicologia social e cognitiva, que buscam reduzir os ruídos e as falhas na captação das memórias de uma determinada testemunha.

Um dos cânones desse método é justamente evitar a sugestionabilidade – o que potencializa a expressão de falsas memórias –, por meio da preconização de

30. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 138.

31. KLAMING, Laura; VEDDER, Anton H. Brushing Up Our Memories: Can We Use Neurotechnologies to Improve Eyewitness Memory? In: *Law, Innovation and Technology*, v. 1, n. 2, p. 203-221, 2009, p. 10. Tilburg Law School Research Paper n. 024/2010. Disponível em SSRN: [https://ssrn.com/abstract=1685789]. Acesso em: 26.06.2018.

32. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*: a prova testemunhal em xeque, cit., p. 143.

33. ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*: a prova testemunhal em xeque, cit., p. 137.

narrativas livres, com perguntas somente ao final. Trata-se das características do método e de sua aplicação nos tópicos a seguir.

Antes da introdução de descrições sobre essa técnica, todavia, faz-se necessário compreender o funcionamento da memória humana na reconstrução de eventos, a fim de evidenciar as razões pelas quais a linguagem, cujas falhas podem ser tanto de origem endógena quanto exógena, pode alterar recordações[34].

5. Entre a reconstrução do acontecimento real e a inferência: os descaminhos, naturais ou provocados, da memória episódica

5.1. A memória episódica como processo reconstrutivo: resgate do acontecimento ou da inferência?

Tratando especificamente do reconhecimento facial de pessoas, mas em uma lógica aplicável ao testemunho ocular em geral, a psicóloga norte-americana Elizabeth Loftus escreveu o seguinte:

> "[...] testemunhas que apontam seu dedo para acusados inocentes não são mentirosas, pois genuinamente acreditam na verdade do seu testemunho. O rosto que veem diante de si é o rosto do agressor. O rosto de inocência tornou-se o rosto de culpa. Essa é a parte assustadora – a verdadeiramente terrível ideia de que nossa memória pode ser modificada, inextricavelmente alterada, e de que o que pensamos saber, aquilo em que acreditamos de todo coração, não é necessariamente a verdade."[35]

A que vicissitudes está sujeita a memória, em particular aquela espécie denominada *memória episódica*, que envolve a assimilação e o resgate de um evento apreendido pelos sentidos?

---

34. Ao lado da origem exógena das falsas memórias, oriundas de "um processo inconsciente ou involuntário de 'inflação da imaginação' sobre um determinado evento", as falsas memórias, consoante assevera Cristina di Gesu, também podem se relacionar a causas internas, o que se denomina de autossugestão. Confira-se: GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 129.

35. LOFTUS, Elizabeth F.; KETCHAM, Katherine. *Witness for the Defense*: the accused, the eyewitness, and the expert who puts memory on trial. New York: St.-Martin's Press, 2015 (reprint), p. 24: "You see, eyewitnesses who point their finger at innocent defendants are not liars, for they genuinely believe in the truth of their testimony. The face that they see before them *is* the face of the attacker. The face of innocence has become

A memória episódica forma-se em um processo de *reconstrução* mental de um episódio passado. Sem dúvida, como demonstrado até aqui, a reconstrução linguística do conteúdo da memória e do próprio episódio apresenta alguns problemas particulares, que devem ser considerados na apreensão investigativa ou judicial direta e na valoração posterior do enunciado testemunhal. A própria *formulação* da memória, entretanto, está condicionada por processos mentais que, naturalmente, afetam a expectativa de resgate fiel de cada fragmento, espacial, temporal e circunstancial, do episódio.

Até mesmo a fotografia e a imagem em movimento gravada, como ilustram belos exemplos da arte do século XX – e alguns muito menos inspirados exemplares fornecidos por compartilhamento diário nas diversas mídias sociais –, podem se mostrar enganosas e equívocas na apresentação fidedigna do acontecimento. Com mais razão, a testemunha, condicionada por processos mentais inconscientes, está sujeita a descaminhos naturais no esforço de resgate de um acontecimento pretérito. E, se não bastassem esses desvios naturais, ainda há outros provocados pela indução de um terceiro, conscientemente ou não.

Inicie-se pelos descaminhos naturais. Há uma tendência, em qualquer pessoa, de lembrança não do episódio em si, mas da *inferência* que, ao tempo da apreensão, se fez sobre ele. Por força dessa influência, o que a *memória* oferece é uma *narrativa plausível*, e não uma fotografia indefectível, do episódio. As pessoas tendem a se lembrar não do acontecimento, mas da inferência. Por sua vez, a inferência não é necessariamente errada ou inexata, mas, como intervenção mental e linguística (expressa ou não), está mais vulnerável a vicissitudes do que uma "fotografia" exata do episódio. Isso se agrava quando a expectativa de todos, em particular a de investigadores e de juízes, costuma ser a de um retrato fiel daquilo que a testemunha presenciou e apreendeu com seus sentidos. Não se espera que a testemunha apresente, como se fosse memória exata, uma mera inferência. A inferência, entretanto, é apresentada pela testemunha, quase sempre de modo inconsciente, como memória acurada e, normalmente, é tomada como tal pelo receptor da narrativa. Essa, a propósito, é uma das razões pelas quais se dá tanto valor (mais do que a prudência recomendaria) ao relato testemunhal[36].

---

the face of guilt. That's the frightening part – the truly horrifying idea that our memories can be changed, inextricably altered, and that what we think we know, what we believe with all our hearts, is not necessarily the truth."

36. Segundo Nicola Malatesta, "a presunção [...] de que os homens em geral percebem e narram a verdade, presunção que serve de base a toda a vida social, é também base lógica da credibilidade genérica de toda a prova pessoal e do testemunho em particular".

Um exemplo bem ilustrará essa inclinação. Há quatro anos, *X*, ouvindo *Y*, seu vizinho, defender a liberação do porte de armas, inferiu, no mesmo instante, que ele votaria em determinado candidato. A opinião de *Y* ofereceu a *X*, de imediato, um modelo mental plausível do perfil político de seu vizinho, isso em um contexto de eleições que se aproximavam. Hoje, em uma conversa sobre as preferências políticas de seus vizinhos, *X* comentou que se lembrava de que *Y* havia apoiado determinado candidato nas últimas eleições. No caso, *X* não presenciara *Y* declarar sua intenção de voto; mas afirmou isso *como memória*. *X* resgatou a memória não só do episódio (conversa), mas da inferência derivada dali, no tempo. Dá-se, assim, a chamada *falsa memória*. A simples passagem do tempo, portanto, pode encerrar um forte efeito de conversão mental de inferências em visões de um imaginário episódio. Dessa forma, inferências são apresentadas como acontecimentos.

5.2. Fatores exógenos de afetação do processo de resgate mnemônico do episódio

Como antes afirmado, a falsa memória pode também ser produzida por estímulos de terceiros, quando peçam, da testemunha, o resgate e a expressão linguística do episódio. A depender da natureza e da forma da provocação, haverá uma probabilidade maior ou menor de enunciação de um acontecimento não necessariamente irreal, mas de fato não presenciado pela testemunha, embora apresentado como se fosse uma lembrança.

Elizabeth Loftus, uma das pioneiras no estudo das vicissitudes do testemunho ocular, e o psicólogo John Palmer conduziram dois interessantes experimentos que acabaram por demonstrar alguns efeitos de "falsas memórias" decorrentes de estímulos sutis de *linguagem*[37].

Em um desses testes, algumas pessoas foram convidadas a assistir ao vídeo de um acidente automobilístico em que dois automóveis se chocam. Essas pessoas tornaram-se, assim, testemunhas oculares do episódio. Nas imagens do acidente, apesar da colisão, não se visualiza a quebra de vidros de qualquer dos automóveis.

Consulte-se: MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960. v. III, p. 18-19.

37. LOFTUS, Elizabeth F.; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: A example of the interaction between language and memory. In: *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, v. 13, n. 5, p. 585-589, October 1974.

Posteriormente à exibição do vídeo, as pessoas foram separadas em dois grupos, cada um com o mesmo número de integrantes. Para um dos grupos (*grupo A*), fez-se esta pergunta: "Em que velocidade aproximada vinham os carros quando *bateram* um no outro?"[38] Para o outro grupo (*grupo induzido*), indagou-se (*grupo B*): "Em que velocidade aproximada vinham os carros quando um *esmagou* o outro?"[39] Nesse primeiro teste, os integrantes do *grupo B* (grupo induzido) *tendiam* a oferecer estimativas mais elevadas de velocidade do que os do *grupo A*, o que derivou do uso de um termo mais forte na pergunta (*esmagar*, ou *smash*, em inglês)[40].

Uma semana depois, foi feita a seguinte pergunta (a mesma) a cada um dos grupos: "Você viu vidros quebrados?"[41] Verificou-se que 14% dos integrantes do *grupo A* responderam *negativamente* à pergunta, isto é, pela *ausência de vidros quebrados*, ao passo que 32% dos participantes do *grupo B* responderam *ter visto* vidros quebrados.

O teste revela o efeito do termo *esmagar* (*smash*, em inglês) em sugerir, ao *grupo B*, uma batida mais violenta e, portanto, a quebra de vidros, algo que as testemunhas não haviam, realmente, presenciado no episódio gravado (e que, de fato, não estava lá). A forma como a pergunta foi feita gerou, assim, uma *reconstrução* mnemônica inexata. Por outro lado, na pergunta ao *grupo A*, o uso de termos mais neutros, como "bater" ou "atingir" (*hit*, em inglês) não teve o mesmo efeito[42].

Isso é o que Loftus e Palmer designam por *efeito de desinformação* (*misinformation effect*), provocado pela linguagem.

Em outro teste realizado por Loftus, exibiu-se aos participantes um vídeo de acidente automobilístico em que o condutor, desrespeitando o sinal de "pare" (*stop sign*), avança o cruzamento e acaba por colidir com outro automóvel. Antes de avançar e causar o acidente, o veículo ultrapassa um automóvel vermelho da antiga marca *Datsun*, que estava parado próximo ao sinal de "pare".

Da mesma forma que no outro experimento, criaram-se dois grupos. A um desses grupos (grupo induzido), sugeriu-se, em uma pergunta, que o sinal presente

38. No original: "About how fast were the cars going when they *hit* each other?"

39. No original: "About how fast were the cars going when they *smashed into* each other?"

40. Aqui se utilizam os termos "grupo A" e "grupo B", não presentes no texto referenciado, apenas para maior facilidade na exposição.

41. No original: "Did you see broken glasses?"

42. Outros termos de expressão mais neutra também utilizados nos testes foram *collided* (colidiram), *bumped* (chocaram-se) e *contacted* (tocou).

no vídeo era o de "dê a preferência" (*yield sign*) – um dado falso –, e não o de "pare" (*stop sign*, o que realmente aparece no vídeo). A pergunta foi esta: "O carro passou o *Datsun* quando este estava parado no sinal de 'dê a preferência'?"[43] Perceba-se que, neste caso, a própria pergunta já contém um dado enganador, e não apenas indutor, como nos primeiros testes suprarreferidos. Ao outro grupo, fez-se a pergunta correta: "O carro passou o *Datsun* quando este estava parado no sinal de 'pare'?"[44]

Nesse experimento, alguns dias depois, foram exibidas duas figuras, uma do *Datsun* no sinal "dê a preferência" e outra do *Datsun* no sinal "pare", indagando-se: "qual você viu?" Como resultado, os integrantes do grupo a que foi dada a falsa informação tendiam a afirmar terem *visto*, no vídeo, um sinal de "dê a preferência". Com efeito, 75% do grupo não induzido escolheu a figura correta (a figura com o sinal de "pare"), mas somente *41% do grupo induzido (enganado) fez essa escolha*, acreditando realmente ter visto um sinal de "dê a preferência"[45]. A desinformação, portanto, afetou a memória de alguns integrantes desse grupo, cuja maioria, no esforço de reconstrução, indicou, como fragmento *visto* do episódio, algo que não estava lá.

Esses testes podem sugerir que a desinformação posterior anularia a memória do episódio original. Pesquisadores passaram então a discutir, a partir de experimentos desse tipo (inúmeros foram feitos), o que acontece com a memória originária, isto é, com o fragmento real do episódio captado pelo sentido (no caso, o visual) da testemunha e por ela assimilado. A desinformação transmitida depois substitui o dado real originário ou somente se agrega a ele? Estariam os dois dados, o real e o falso, presentes na memória da testemunha, que, no entanto, tende a tomar e transmitir só o mais recente?

A esse respeito, Michael McCloskey e Maria Zaragoza demonstraram que o evento de desinformação mais recente (*misleading postevent*) não tem nenhum efeito na memória do evento original[46]. Em um experimento conduzido na Uni-

43. No original: "Did the car pass the *Datsun* when it was stopped at the *yield sign*?"

44. No original: "Did the car pass the *Datsun* when it was stopped at the *stop sign*?"

45. LOFTUS, Elizabeth F. *Eyewitness testimony*: with a new preface by the author. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 88 ss.

46. "The misleading postevent information has no effect on memory for the original event". Confira-se: MCCLOSCKEY, Michael; ZARAGOZA, Maria. Misleading Postevent Information and Memory for Events: Arguments and Evidence Against Memory Impairment Hypotheses. In: *Journal of Experimental Psychology General*, v. 114, n. 1, p. 1-16, April 1985.

versidade Johns Hopkins, todos os participantes veem uma sequência de imagens de um sujeito que entra em um escritório, conserta uma cadeira e então encontra e furta vinte dólares. Em uma das imagens, pode-se ver que o sujeito segura um martelo. Depois disso, os participantes leem uma descrição do que aconteceu. Parte deles, entretanto, lê uma narrativa afirmando que o sujeito segura uma "chave de fenda", e não um martelo. A outra parte das pessoas, por sua vez, lê uma narrativa em que o sujeito é descrito segurando uma "ferramenta".

Em um primeiro teste de memória, algumas pessoas são perguntadas se viram, nas imagens, um martelo ou uma chave de fenda. O grupo induzido (enganado), o que leu a narrativa falsa, tende a escolher, equivocadamente, a chave de fenda. Por outro lado, 70% das pessoas do grupo que leu a narrativa correta indicaram, corretamente, o martelo. Nesses resultados, identificou-se o tradicional efeito de desinformação.

A inovação do estudo, porém, está no segundo teste. A pergunta agora foi a de se os participantes viram um martelo ou uma chave inglesa. Neste caso, mesmo os que leram a narrativa falsa (a da chave de fenda) tendiam a escolher o martelo. Com efeito, 72% do grupo induzido (enganado pela narrativa) indicaram o martelo, em vez da chave inglesa, um resultado muito semelhante ao do grupo que leu a descrição correta. Assim, concluiu-se que a informação original, correta, vista na imagem (*martelo*) não desapareceu da memória em consequência da posterior leitura do dado falso (*chave de fenda*). A desinformação apenas se adiciona à informação original e só tende a prevalecer por ser mais recente. Se, entretanto, a pergunta for feita sem o dado objeto da desinformação, o fragmento real do episódio realmente visto tenderá a prevalecer[47].

Nessas condições, identifica-se a grande importância do desenvolvimento de métodos de inquirição aptos a minimizar os efeitos naturais das falsas memórias e a afastar da pergunta elementos linguísticos que possam gerar efeitos de desinformação, de modo a permitir à testemunha o resgate fiel dos fragmentos assimilados por seus sentidos, particularmente o da visão, já que se enfatiza aqui a figura da testemunha ocular. Dessas estratégias, se trata no próximo tópico.

47. No âmbito da neurociência, há interessantes estudos acerca dos mecanismos neurológicos presentes na ativação da memória e, em particular, nos momentos de intervenção da falsa memória, enquanto efeito de desinformação. A esse respeito, consulte-se: OKADO, Yoko; STARK, Craig E. L. Neural activity during encoding predicts false memories created by misinformation. In: *Learning & Memory*, v. 12, n. 1, p. 3-11, January 2005.

6. Estratégias de composição – e de recomposição – da memória da testemunha e sua possível incidência no processo penal brasileiro

*6.1. A relevância de métodos voltados à precisão do relato testemunhal: a recordação passada registrada (*past recollection recorded*) e a memória presente revivida (*present memory revived*)*

Como há tempos vêm advertindo alguns estudiosos estrangeiros, é surpreendente que, apesar da importância do testemunho ocular como meio de prova, praticamente não haja treinamento específico dos agentes investigativos no processo de coleta dos depoimentos[48]. Esse cenário acaba por gerar problemas como o não aproveitamento do potencial informativo da testemunha e, mais relevante, a assimilação de dados imprecisos ou falsos, apresentados como memória em decorrência de procedimentos inadequados na condução do depoimento. Já se viu, no tópico anterior, como as perguntas podem produzir efeitos de desinformação capazes de, decisivamente, afetar a memória testemunhal.

No contexto da persecução penal, sobreleva em relevância o momento investigativo. Nessa fase, há maior proximidade entre o depoimento testemunhal e o episódio objeto do relato, o que favorece uma memória mais precisa, se bem aproveitada. Ademais, a declaração prestada na etapa investigativa tende, por uma série de fatores, a predominar, pelo menos em seus elementos essenciais. Isso decorre tanto da maior proximidade com o episódio quanto da natural tendência das pessoas de sustentação posterior daquilo que antes declararam, mesmo quando confrontadas com dúvidas. É o denominado *efeito compromisso*[49].

A propósito, é rica a discussão doutrinária e jurisprudencial, ainda não explorada com mais minúcias entre nós, acerca da possibilidade de a testemunha, mesmo não tendo *no presente* a memória completa do acontecimento, simplesmente confirmar declarações prestadas aos investigadores. Pela passagem do tempo, a

48. FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative Interviewing*: The Cognitive Interview. Springfield: Charles C. Thomas Pub, 2002. p. 3: "Despite the obvious importance of eyewitness information in criminal investigation, police receive surprisingly little instruction on how to conduct an effective interview with a cooperative eyewitness (Sanders, 1986). In a study by the Rand Corporation (1975) more than half of the police departments polled reported that they had no formal training whatsoever for newly appointed investigators […] Most text books in police science either completely omit the issue of effective interviewing techniques or provide only superficial coverage […]."

49. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 494.

testemunha já não tem a memória de detalhes do evento, mas lembra haver prestado informações à autoridade investigativa e confirma o que está escrito no termo por ela então assinado. A essa hipótese, a doutrina norte-americana chama *past recollection recorded*[50], o que se pode traduzir por *recordação passada registrada*, um conceito inteiramente aplicável ao processo penal brasileiro.

Convém dizer algo mais sobre esse ponto. O fundamento subjacente à ideia da *recordação passada registrada* é o da possibilidade de aproveitamento, como prova, do registro de um momento em que a testemunha tinha a memória viva do episódio. Nessa hipótese, o meio de prova não é o relato testemunhal oral, no momento presente, mas o documento escrito passado, cujo valor informativo hoje se confirma. Como assinala Jefferson Ingram, na hipótese da recordação passada registrada (*past recollection recorded*), quando a testemunha originalmente registrou o evento por escrito enquanto ainda era recente em sua memória, o escrito é a prova, e não o testemunho oral[51]. Essa situação é aplicada de forma residual, quando não se consegue, por nenhuma técnica, ativar a memória presente da testemunha *relativamente ao episódio em si*. Naturalmente, o escrito passado tem menor valor probatório e está sujeito a questionamentos, no âmbito do contraditório.

Como exemplo na jurisprudência norte-americana, interessa referir o caso *Wilson v. State*, julgado em 2010 pela Corte de Apelação Criminal do Texas. Neste caso, de homicídio, uma testemunha ocular registrou seu depoimento *quando* tinha uma acurada e recente memória dos detalhes do fato. Essa testemunha, atualmente, já não tinha a memória de tais detalhes, mas identificou o documento e a assinatura. A testemunha foi submetida ao *exame cruzado* (contraditório pela defesa, durante a inquirição), e a Corte de Apelação texana concluiu que o documento deveria ser admitido como prova[52].

Por outro lado, no caso *Ohio v. Perry*, julgado em 2002 pela Corte de Apelação de Ohio, não se admitiu como prova um vídeo produzido por uma criança testemunha, porque esta não era capaz de confirmar, hoje, que a mídia refletia corretamente o seu conhecimento acerca dos fatos[53]. Com isso, podem-se identificar os

50. Para um estudo aprofundado, com extensas referências jurisprudenciais, consulte-se: INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*. 12. ed. Waltham: Elsevier/Anderson, 2014. p. 311-317.

51. INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*, cit., p. 312.

52. ESTADOS UNIDOS. Court of Criminal Appeals of Texas. Ronald Wilson, Appellant v. The State of Texas. N. PD-0307-09. Decided: March 03, 2010. Veja-se também: INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*, cit., p. 313.

53. INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*, cit., p. 315-316.

seguintes elementos essenciais à admissão de prova sob o amparo da doutrina do *past recollection recorded*: *i)* a testemunha não tem memória atual suficiente para prover informações sobre as circunstâncias do episódio; *ii)* a testemunha pode confirmar que o *registro* foi feito quando ela possuía memória precisa do evento; *iii)* a testemunha é capaz de confirmar que a memória *registrada* reflete seu conhecimento ao tempo do registro[54].

O instituto da recordação passada registrada difere de outro, denominado *present memory revived*, que se pode traduzir por *memória presente revivida*. Nesta hipótese, aplicam-se estímulos, inclusive escritos, à testemunha, para que resgate mentalmente o episódio e construa sua memória presente, expressando-a[55]. Aqui, a ativação da lembrança implica que a pessoa está apta a testemunhar a partir de sua memória *atual*, de modo que o testemunho oral *presente* é que funciona como meio de prova, e não o escrito ou outra referência utilizada para reativar a memória. Neste sentido, a título de exemplo na jurisprudência norte-americana, a Corte de Apelação da Carolina do Norte já admitiu, em um caso de violência sexual agravada (caso *State v. Cook*, julgado em 2009)[56], o testemunho da mãe da suposta vítima *depois de ter sua memória revivida* pelo exame da transcrição de uma entrevista sua com oficiais. No caso, antes de ler a transcrição, a testemunha não conseguia lembrar todos os detalhes, mas, uma vez examinado o documento, conseguiu testemunhar *a partir de sua memória presente*.

As duas situações aqui expostas, ambas compatíveis com o processo penal brasileiro, bem demonstram: a) a relevância *particular* da adequação dos métodos de obtenção do memória *precisa* da testemunha já no momento *investigativo*, pois esse registro poderá ser utilizado depois como prova (ou como elemento de informação), se cumpridas determinadas condições (âmbito da *past recollection recorded*); b) a outra relevância, também particular, da adequação dos métodos utilizados na reativação da memória *presente* da testemunha, depois de transcorrido expressivo período de tempo, agora já na etapa *judicial* (âmbito da *present memory revived*).

Acerca do ponto a), por mais forte que seja, no sistema brasileiro, a consciência de que a prova apta à formação do convencimento do juiz é aquela produzida em contraditório judicial (art. 155, *caput*, do CPP), não se pode recusar a decisiva influência, admitida ou não, dos elementos informativos alcançados na fase

54. INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*, cit., p. 315.

55. INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*, cit., p. 312.

56. ESTADOS UNIDOS. Court of Criminal Appeals of North Carolina. State of North Carolina v. Richard Daniel Cook. N. COA07-1262. Decided: February 03, 2009.

investigativa. Nos próprios termos do art. 155 do Código Processo Penal, o convencimento judicial não poderá se formar *exclusivamente* com base nos subsídios da etapa pré-processual, ressalvadas as provas cautelares, as não repetíveis e as antecipadas. *A contrario sensu*, o juiz pode utilizar *também*, na formação de seu convencimento, os elementos informativos unilaterais da fase investigativa, apesar das críticas doutrinárias a esse respeito (sem grande ressonância na jurisprudência, aliás). O que se veda é que a convicção se baseie *exclusivamente* nos dados unilaterais informativos da fase de investigação preliminar.

Nessas condições, não há mais espaço para o simples desprezo de declarações testemunhais prestadas na fase policial investigativa. Essa recusa nega a realidade de que muitos juízes continuam a formar seu convencimento com base, essencialmente, nessas declarações, mesmo quando isso não fique reconhecido, de forma expressa, na sentença[57]. Ademais, há algum respaldo normativo para tanto, visto que a norma aplicável (art. 155, *caput*, do CPP) permite que o juiz utilize também esses elementos, ainda que não em caráter exclusivo[58]. Em geral, aplica-se a lógica da *corroboração* judicial como fundamento da validade, para a

57. Como bem observado por Scarance Fernandes: "[...] o inquérito, como instrumento da fase de investigação, assumiu papel relevante no direito brasileiro, pois, além de servir à propositura da ação penal, tem, de uma forma ou outra, servido também para a condenação. Assumiu, contudo, função anômala, não condizente com os princípios constitucionais do devido processo legal, principalmente o contraditório, a ampla defesa, e a presunção de inocência." Veja-se: FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 99.

58. Como reafirmou recentemente a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Embora esta Corte Superior de Justiça tenha entendimento consolidado no sentido de considerar inadmissível a prolação do édito condenatório exclusivamente com base em elementos de informação colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que tanto o magistrado singular quanto a autoridade impetrada apoiaram-se, também, em elementos de prova reunidos sob o crivo do contraditório, não havendo que se falar, assim, em ofensa ao art. 155 do Código de Processo Penal." Confira-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 460.136/RJ, 5ª T., rel. Min. Jorge Mussi, j. 23.08.2018, *DJe* 30.08.2018. No mesmo sentido, da Sexta Turma do STJ: "Malgrado este Sodalício tenha firmado o posicionamento no sentido de considerar inadmissível a prolação de édito condenatório exclusivamente com espeque em elementos de informação obtidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na espécie, porquanto a condenação do paciente amparou-se também em provas judicializadas, colhidas no âmbito do devido processo legal." Consulte-se: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 340.815/MT, 6ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 02.02.2016, *DJe* 23.02.2016.

formação do convencimento, dos elementos informativos obtidos na fase de investigação preliminar.

Esse cenário reclama uma preocupação maior, portanto, com as técnicas de inquirição testemunhal empregadas pelos agentes investigativos, na fase pré-processual.

Assim, cumpre examinar, adiante, algumas estratégias voltadas à minimização dos efeitos de desinformação derivados de falsa memória, quer a memória recente (fase investigativa), quer a memória distante (fase judicial).

6.2. A entrevista cognitiva, ainda no âmbito investigativo: estratégias de minimização dos efeitos de desinformação

*6.2.1. Conceito de entrevista cognitiva (*cognitive interview*)*

A *entrevista cognitiva* (*cognitive interview*) é um método multidisciplinar de inquirição de testemunhas baseado em determinadas técnicas de estímulo mnemônico preciso, de modo a alcançar o máximo aproveitamento do relato e prevenir ou limitar a incidência de falsas memórias. Seria impossível, neste artigo, oferecer em minúcias todos os detalhes dessa abordagem. Pode-se, entretanto, apresentar algumas linhas essenciais, baseadas na sistematização de Fisher e Geiselman[59].

O método foi concebido para aplicação na fase investigativa, notadamente por agentes policiais, no âmbito da primeira declaração da testemunha, com base em sua memória recente do episódio.

Apreendem-se, entre as técnicas cognitivas de aplicação sequencial, as seguintes: a) *recomposição do contexto do episódio original;* b) *narrativa livre*; c) *aprofundamento da memória: princípio do detalhe*, *princípio do* momentum *e técnica da ordem cronológica inversa*.

*6.2.2. Recomposição do contexto do episódio original (*recreating the context of the original event*)*

O resgate da memória dos fragmentos do episódio está marcadamente ligado ao cenário onde a informação foi assimilada. Isso se deve a um princípio psicológico chamado *especificidade de codificação* (*encoding specificity*). As pessoas

59. FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative Interviewing*: The Cognitive Interview, cit., p. 15-17.

tendem a construir a memória episódica com mais precisão quando restabelecidas as condições espaciais presentes ao tempo do acontecimento. O cenário oferece uma série de pistas e fragmentos associados às informações buscadas na memória. O termo *cenário*, aqui, emprega-se não só no significado estritamente espacial, mas também com abrangência do conjunto de circunstâncias, temporais, emocionais e outras, atreladas ao lugar do fato central objeto de resgate mnemônico.

Assim, como etapa inicial e preparatória, a entrevista cognitiva inclui a recomposição *mental* (ou mesmo a física) do *contexto* (espacial, temporal, circunstancial) do episódio original, de maneira a auxiliar a testemunha na construção de sua memória episódica presente. Dessa forma, a narrativa fica menos sujeita a refletir influências posteriores ao evento e adições adquiridas quando a testemunha contou o fato a outra pessoa[60].

Com o sentido exposto, não se trata, necessariamente, da diligência de "reprodução simulada dos fatos", aplicável nos moldes do art. 7º do Código de Processo Penal brasileiro. Essa diligência, mais específica, envolve uma recomposição invariavelmente física, com um conjunto de personagens, inclusive (se não houver recusa) o próprio investigado.

A técnica aqui examinada até *pode* implicar a presença da testemunha ao lugar do fato, para que ali melhor consiga revisitar mentalmente o episódio sobre o qual prestará seu depoimento. Entretanto, a técnica pode envolver, mais simplesmente, só uma oportunidade prévia, dada à testemunha, de revisita mental do tempo e do lugar do episódio. Como, a esse respeito, observam Fisher e Geiselman, o entrevistador pede à testemunha que, durante algum tempo, mentalmente volte ao lugar do acontecimento, recriando fatores externos (tempo), emocionais (estado de espírito, medo) e cognitivos (pensamentos) existentes no momento do episódio original. Segundo os mesmos autores, "o entrevistador permitirá à testemunha o tempo necessário para recriar o período de tempo transcorrido até o evento em foco"[61]. Nem sempre será possível, com efeito, uma revisita física ao lugar. Em se tratando de memória episódica, porém, poderá sempre mostrar-se muito útil esse esforço prévio de recomposição *mental* das circunstâncias do fato, antes do início do depoimento.

60. FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative Interviewing*: The Cognitive Interview, cit., p. 100.

61. FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative Interviewing*: The Cognitive Interview, cit., p. 99-102.

Por seu turno, a reconstituição simulada (art. 7º do CPP) pode se justificar também por semelhantes razões, de estímulo à formação da memória, mas encerra uma feição mais evidente de verificação circunstancial física sobre a viabilidade de o crime ter ocorrido de determinada maneira[62], *antes narrada* em depoimentos da vítima, de testemunhas, de suspeitos ou de investigados[63]. Assim, a reprodução simulada, normalmente, é realizada posteriormente às declarações iniciais, com a finalidade de confirmação. Na entrevista cognitiva, a recomposição do cenário original, mental ou eventualmente física, tem o objetivo de ativar ou incrementar a memória da testemunha quanto aos detalhes e fragmentos circunstanciais do episódio, como etapa preparatória do depoimento que será prestado depois. Não há óbice, de toda sorte, que a reprodução simulada se realize como etapa inicial, com os objetivos aqui enfatizados.

De resto, inexiste vedação, no plano da *discricionariedade investigativa*, a que o delegado de polícia aplique a técnica de revisita física, independentemente da hipótese do art. 7º do Código de Processo Penal, de maneira a melhor aproveitar o potencial mnemônico da testemunha, inserindo-a no contexto original para depois tomar-lhe o depoimento.

*6.2.3. Narrativa em aberto (*open-ended narrative*)*

No tópico 5 (*supra*), já se individualizou, com referências a experimentos, o *efeito de desinformação* oriundo de perguntas dirigidas a testemunhas oculares. Por maiores que sejam as cautelas na forma linguística das perguntas (algo distante da realidade investigativa brasileira, a propósito), há sempre o risco do efeito de desinformação. Por isso, diversos estudos têm enfatizado a importância da técnica *open-ended*, vale dizer, de *narração em aberto*. Trata-se, simplesmente, de

62. Segundo Tourinho Filho: "Às vezes deverá a Autoridade Policial, para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública." Confira-se: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 252.

63. Conforme Gustavo Badaró: "Não há disciplina legal do procedimento probatório a ser seguido na reconstituição do crime. Normalmente, levam-se em conta as informações prestadas pela vítima. Nada impede, porém, em caso de confissão, ou em outras situações que a autoridade policial considere relevantes, que se realize a reconstituição com base nas informações do próprio investigado, até mesmo para a verificação da veracidade de suas informações. Também é possível fazê-lo com base em informações de testemunhas." Veja-se: BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018. p. 137.

solicitar à testemunha que narre o fato total, sem interrompê-la durante essa narrativa. Assim, evita-se que perguntas sobre pontos específicos possam, de alguma forma, afetar a lembrança da testemunha e induzir uma falsa memória.

Conforme Fisher e Geiselman, a narrativa em aberto inicial permite que o entrevistador infira a representação geral da testemunha sobre o evento e que desenvolva uma estratégia eficiente para depois testar os registros mnemônicos. O investigador poderá tomar notas das *imagens mentais* da testemunha sobre o crime e desenvolver um plano preliminar quanto a quais fragmentos explorar, e em qual ordem, no momento – posterior – de aprofundamento, com perguntas específicas. A não interrupção, como assinalam os mesmos estudiosos, é uma das habilidades mais difíceis para o aprendizado de investigadores. Nesse momento, porém, a interrupção pode gerar frustrações na testemunha, tornando mais delicada a construção linguística da narrativa[64].

6.2.4. *Aprofundamento da memória (*probing memory codes*): princípio do detalhe, princípio do* momentum *e técnica de perguntas em ordem cronológica reversa*

Depois da narrativa em aberto (*open-ended narrative*), passa-se aos procedimentos de *aprofundamento da memória* (*probing memory codes*), em que se destaca a *técnica de perguntas em ordem cronológica inversa* (*reverse-order technique*). Essa fase destina-se a explorar e a detalhar, mediante perguntas ou instruções específicas, os pontos relevantes expostos na narrativa aberta da testemunha.

Segundo o *princípio do detalhe*, cada cena objeto da narrativa testemunhal deve ser abordada de forma concentrada e independente, iniciando-se pela cena mais importante. Nesse âmbito, o investigador deve instruir a testemunha quanto à relevância de identificar e narrar cada cena com o máximo possível de detalhes. Tanto quanto possível, o entrevistador deve utilizar perguntas mais abertas e não interromper a testemunha durante a resposta (nem dar a impressão de que vai interromper). Mais abertas são perguntas do tipo "descreva a aparência física do sujeito", em vez de "o sujeito tinha tatuagens"? A concentração da memória da testemunha no detalhe permite a ativação e o resgate de outros elementos *associados* a cada fragmento registrado na memória[65].

64. FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative Interviewing*: The Cognitive Interview, cit., p. 73-77 e 153-158.

65. FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative*

Por outro lado, conforme o *princípio do "momentum"*, uma vez que a testemunha traz uma imagem à sua consciência, é mais eficiente o uso dessa mesma imagem para resposta a uma série de perguntas do que a busca de uma imagem diferente a cada pergunta[66]. Assim, o investigador deve fazer todas as perguntas relevantes a cada cena (imagem) de uma só vez, enquanto a testemunha tem o cenário em mente, e não antecipar perguntas relativas a outra(s) cena(s). Trata-se de aproveitar a memória ativa da testemunha para cada cena narrada, sem desviá-la para outros contextos e cenários. O entrevistador, portanto, deve ordenar as perguntas de maneira que cada uma delas possa ser respondida pela imagem que a testemunha presentemente mantém em sua consciência[67].

A título de exemplo, em determinado caso de assalto à mão armada, quando se pede à testemunha que descreva a arma (*pergunta 1*) e, logo em seguida, que descreva a mão direita do assaltante (*pergunta 2*), a imagem mental para a resposta é a mesma: a da testemunha face a face com o agente (*imagem A*). Depois disso, pode-se pedir à testemunha que descreva a parte de trás da camisa do agressor (*pergunta 3*), o que, por sua vez, já evocará outra imagem (*imagem B*), a do sujeito enquanto corre, em fuga. Essa ordem permite, nas duas primeiras perguntas, respostas que aproveitem a imagem então presente na consciência da testemunha (face a face com o agressor), antes de se perguntar algo que lhe reclame outra imagem (a do agressor fugindo)[68]. Isso reclama adiar certas perguntas até um

Interviewing: The Cognitive Interview, cit., p. 44-49 e 123-125.

66. FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative Interviewing*: The Cognitive Interview, cit., p. 123-125, esp. 123: "The Principle of Momentum suggests that once an image is brought into consciousness, it is more efficient to use that image to answer the next several questions to bring up a different for each question."

67. FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative Interviewing*: The Cognitive Interview, cit., p. 125: "One key to successful interviewing is to present the questions in an order that minimizes the number of times *E/W* [the witness] must draw a mental image into consciousness. This is accomplished by *ordering the questions so that each question can be answered by the image currently held in consciousness.*"

68. O exemplo é de Fisher e Geiselman. Confira-se: FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative Interviewing*: The Cognitive Interview, cit., p. 125: "Compare the following two question sequences. The same three questions are asked in both sequences: two questions relevant to the *face-to-face* image and one relevant to the *running* image. (The questions refer to the simple narration presented earlier, in which the *E/W* has one view of the assailant face-to-face as he is holding the gun in his right hand, and a second view of the assailant's back as he is running away.).

momento posterior do depoimento, em que possam melhor corresponder à imagem mental da testemunha.

Por fim, destaca-se a *técnica de perguntas em ordem cronológica reversa* (*reverse-order technique*). Estudos demonstram que a narrativa em ordem cronológica inversa (*reverse order*) é capaz de resgatar mais informações totais do que o relato do início ao fim (*forward order*)[69]. A técnica consiste em perguntar o que aconteceu por último, então o que ocorreu imediatamente antes, e assim em sequência, até o início, em ordem reversa. A razão disso é que, quando se pergunta à testemunha seguindo a ordem normal (do antes ao depois), há uma tendência de que relatos iniciais imprecisos persistam por toda a narrativa, "contaminando" os registros posteriores. A tendência é de que os eventos posteriores apareçam em correspondência com os eventos anteriormente narrados. Na ordem reversa, há uma probabilidade menor – como demonstram alguns experimentos – de que a memória dos eventos posteriores influencie o resgate mental dos eventos anteriores.

Isso decorre de um fenômeno interessante. Quando as pessoas narram um episódio na ordem cronológica normal, há uma tendência de que a memória seja influenciada por informações esquemáticas (*thematic-based recall*), vale dizer, pelo conhecimento sobre como os eventos acontecem normalmente, e não sobre o que, de fato, ocorreu no caso específico. A inversão da ordem cronológica permite quebrar esse esquema. É difícil, com efeito, pensar no esquema (no que normalmente acontece) enquanto se narra o episódio específico do final até o início.

Além de tudo, pensar no episódio de uma forma diferente permite à testemunha acessar outros registros em sua memória.

A título de exemplo, em um caso de assalto, pode-se perguntar à testemunha "quantas pessoas você viu fugindo"? Em seguida, "que direção eles tomaram"? (ordem cronológica normal). Se a memória do primeiro evento for imprecisa, baseada só em uma reconstrução plausível (e não na cena realmente vista), a indicação errada do número de participantes (por exemplo: 4 pessoas) pode influenciar um falso resgate também quanto à direção seguida por agente ou por todos. Por outro lado, adotando-se a ordem cronológica inversa, há menor probabilidade de que a resposta sobre a direção influencie a memória acerca da quantidade de agentes.

When the questions are asked in the correct order (both *face-to-face* questions are asked consecutively), the *E/W* [the witness] must change images only once, between # 2 and # 3."

69. GEISELMAN, R. Edward; CALLOT, Robin. Reverse versus Forward Recall of Script-based Texts. In: *Applied Cognitive Psychology*, v. 4, p. 141-144, March-April 1990.

Cumpre asseverar que a técnica não elimina os efeitos de desinformação, mas reduz a possibilidade de sua incidência.

A esse respeito, depois de interessantes estudos experimentais, Coral Dando e Thomas Ormerod concluíram que a técnica, *por si só*, não incrementa a memória da testemunha. Esses pesquisadores, a propósito, chegam a advertir para possíveis efeitos negativos da técnica, a menos que seja empregada em caráter complementar, posteriormente aos procedimentos iniciais de narrativa livre na ordem cronológica normal. De toda sorte, enfatizou-se a utilidade da técnica para o resgate de itens na memória da testemunha que seriam inacessíveis por outros meios[70]. Em outro estudo, mais recente, os mesmos autores, agora juntamente com Wilcock e Milne, sustentam de forma mais precisa a eficácia da técnica, desde que empregada depois da narrativa na ordem cronológica normal[71], de maneira a não turbar a integridade do panorama temporal presente na memória da testemunha. As pesquisas demonstram que há uma memória total de mais informações corretas quando se utilizam as duas técnicas, do que quando se adota duas vezes só a técnica da ordem cronológica normal (*forward order*).

6.3. Entrevista cognitiva judicial? Limites no ordenamento jurídico brasileiro e o papel nuclear do contraditório na inquirição: método do exame direto e cruzado

No regime brasileiro vigente de inquirição de testemunhas durante a fase instrutória do processo judicial, inspirado no modelo norte-americano, adota-se o método do *exame direto* (*direct examination*) *e cruzado* (*cross-examination*). Trata-se de uma expressão do processo penal de tipo *acusatório* e *adversarial*, em que as *partes*, acusadora e acusada, assumem o protagonismo *direto* da *inquirição* (art. 212, *caput*, do CPP), cabendo ao *juiz* somente o controle da regularidade (art. 212, *caput*, do CPP) e também uma intervenção suplementar, voltada ao esclarecimento de dúvidas sobre pontos específicos (art. 212, parágrafo único,

70. DANDO, Carol J.; ORMEROD, Thomas C. Effects of the change temporal order technique on eyewitness memory. In: TAATGEN, N. A.; VAN RIJN, H. (Ed.). *Proceedings of the 31st Annual Conference of the Cognitive Science Society*. Austin: Cognitive Science Society, 2009. p. 2644-2649.

71. DANDO, Carol J.; ORMEROD, Thomas C.; WILCOCK, Rachel; MILNE, Rebecca. When help becomes hindrance: Unexpected errors of omission and commission in eyewitness memory resulting from change temporal order at retrieval? In: *Cognition*, v. 121, n. 3, p. 416-421, August 2011.

do CPP)[72]. Assim, à parte que indicou a testemunha cabe o exame direto, à parte contrária, o exame cruzado e ao juiz, finalmente, a intervenção suplementar. Nesse contexto, parece que se deva aplicar também, como no modelo norte-americano[73], a oportunidade do *reexame direto* (*redirect examination*) e do *reexame cruzado* (*recross examination*), antes da intervenção final do juiz.

Percebe-se, desde logo, que a formação da prova testemunhal em contraditório judicial não permite a incidência total dos princípios e das técnicas de entrevista cognitiva, como examinados no tópico anterior. Há, entretanto, espaço para a intervenção de um *controle cognitivo*, inspirado naqueles princípios e técnicas, da inquirição da testemunha desenvolvida pelas partes, de maneira a minimizar os efeitos de desinformação.

Por certo, não haverá mais espaço, no âmbito judicial, para uma narrativa testemunhal em aberto. Isso já ocorreu quando de suas declarações na fase investigativa, quando detinha uma memória mais próxima do episódio. De toda sorte, os princípios cognitivos são aptos a orientar, nesse ponto, a intervenção do juiz voltada a impedir ou a reformular perguntas que, de alguma forma, possam induzir efeitos de desinformação.

Por outro lado, a consciência das limitações cognitivas poderá orientar o questionamento, pelas partes, do relato testemunhal apresentado na fase investigativa, de modo a buscar, da testemunha, o aprofundamento de detalhes relevantes. Diversos métodos cognitivos podem ser empregados nesse esforço, como os princípios do detalhe e do *momentum* e a técnica de perguntas em ordem cronológica inversa. Ademais, nesse mesmo contexto, o *confronto* da narrativa apresentada está na própria essência do contraditório, quando do exame cruzado.

---

72. Esse sistema opõe-se ao chamado *presidencialista*, vigente antes da reforma introduzida pela Lei 11.690/2008, em que o juiz inicia a inquirição e, em seguida, passa a palavra às partes, que formulam suas perguntas à testemunha não de forma direta, mas com o intermédio judicial. Antes da reforma, Marcos Zilli assim já defendia a superioridade do método do exame direto e cruzado: "Assim, a cada sujeito parcial, incumbiria, inicialmente, a inquirição da testemunha por ele arrolada, o que seria realizado diretamente, ou seja: sem a interferência do juiz, a quem, de qualquer forma e por óbvio, caberia o poder-dever de fiscalizar e interferir, sempre que necessário, para o bom andamento dos trabalhos. Nesses termos, a formatação 'adversarial' traz inegáveis benefícios justamente por abrir espaço para que a exploração da prova seja efetuada, inicialmente, pelo sujeito parcial responsável pela introdução daquela fonte no processo." Consulte-se: ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 189-190.

73. INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*, cit., p. 323-324.

No *exame direto*, o emprego de técnicas cognitivas pode resultar na obtenção de mais informações precisas da testemunha[74]. Considerando o cenário prático do sistema brasileiro, a propósito, isso se torna ainda mais relevante, uma vez que a fase investigativa frequentemente não oferece, em seus instrumentos escritos (termos de depoimentos prestados em inquéritos policiais), narrativas testemunhais detalhadas. Além disso, a fase investigativa, em razão precisamente da falta de treinamento específico, muitas vezes, reflete, em seus resultados, o emprego de procedimentos inadequados de inquirição: termos de depoimento com dados superficiais ou até contraditórios. As omissões e as deficiências expressivas, em maior ou menor grau, podem ser objeto de reconstrução cognitiva, na fase judicial, inicialmente por ato da parte que indicou a testemunha, no exame direto.

Não se deve esquecer de que a *parcialidade* inerente aos sujeitos processuais pode se traduzir, concretamente, em tentativas de confundir ou turbar, e não de elucidar, a expressão da memória testemunhal. Nesse caso, o controle cognitivo deverá ser exercido *pela parte adversa* e *pelo juiz*.

Merece destaque, nesse domínio, o *controle cognitivo* passível de ser exercido *no exame cruzado*. Segundo Jefferson Ingram, o exame cruzado reflete o exercício do direito de *confrontar* e de *inquirir a testemunha adversa*, não só quanto à matéria objeto do exame direto, mas também quanto a pontos afetos à credibilidade do depoente[75]. Em sentido semelhante, como observa Gomes Filho, abre-se à parte adversa, a quem "a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação", pelo exame cruzado, em relação aos "fatos já abordados no primeiro exame (*cross-examination as to facts*)" e a "elementos para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer testemunha"[76].

A aplicação de técnicas cognitivas, a exemplo da ordem cronológica inversa e da retomada de pontos do relato para fins de detalhamento, poderá se mostrar útil no aprofundamento da memória e na identificação de efeitos de desinformação produzidos na fase investigativa e/ou no próprio exame direto.

74. Há estudos e guias voltados à aplicação prática dos princípios da entrevista cognitiva por sujeitos parciais, em juízo. Confira-se, por exemplo: COUGHLIN, Geoff. *Unlocking Memories*: Cognitive Interviewing for Lawyers: Elicit 40% more information from your witnesses. London: Ark Group, 2015.

75. INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*, cit., p. 318.

76. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Org.). *As Reformas do Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 246-297, esp. 286.

Sem dúvida, a eficácia do método, no plano defensivo, já será então bastante limitada. Só com a possibilidade de maior influência do investigado na fase investigativa, inclusive com investigações conduzidas pela defesa, haverá um cenário possível de um mais abrangente controle cognitivo da memória testemunhal, pela iniciativa de todos os sujeitos processuais[77]. Por enquanto, persiste o campo restrito de investigação cognitiva na fase judicial, para fins de controle dos registros obtidos na etapa de investigação preliminar, sendo discutível até mesmo a intervenção, nesse âmbito, de um perito psicólogo, para abordagem e avaliação do valor do relato testemunhal acerca do episódio[78].

Considerações finais

No presente artigo, buscou-se problematizar a eficiência da prova testemunhal, sobretudo quanto aos seus aspectos linguísticos, em uma tentativa de discussão dos limites de sua utilização e das variáveis a serem consideradas não somente no momento de sua produção – tanto na inquirição policial quanto dos depoimentos em juízo –, mas também na posterior valoração.

Por ainda ser um dos meios de prova mais corriqueiros na prática forense – o que revela certa dependência do sistema de justiça a esse meio probatório –, pouco se discute sobre a sua confiabilidade e capacidade de confirmação dos fatos alegados pelas partes em um processo. No entanto, o sistema de justiça criminal não pode continuar a ignorar os recentes avanços da psicologia e da

77. Scarance Fernandes, sobre a investigação defensiva, assinalava que: "Não há, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados." Confira-se: FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*, cit., p. 99. Recentemente, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em ato normativo datado de 11.12.2018, regulamentou a investigação defensiva, inclusive na etapa da investigação preliminar (art. 2º). A consolidação dessa possibilidade, caso ocorra, pela previsão de procedimentos adequados, poderá representar um rico campo de aplicação de técnicas cognitivas também por advogados nas entrevistas a testemunhas. Uma regulamentação *legal* abrangente, nesse domínio, é essencial.

78. Elizabeth Loftus e Katherine Ketcham ilustram, com diversos casos, a intervenção do especialista no processo, pondo em teste a memória da testemunha ocular. Consulte-se: LOFTUS, Elizabeth F.; KETCHAM, Katherine. *Witness for the Defense*: the accused, the eyewitness, and the expert who puts memory on trial. New York: St.-Martin's Press, 2015.

epistemologia acerca da limitação da capacidade cognitiva humana, apta a gerar distorções aos relatos agregados aos processos.

Nessa direção, a linguagem e os sentidos humanos são dois óbices relevantes à narrativa, pela testemunha, de um episódio por ela presenciado, inclusive em razão do nível de autonomia da linguagem, inevitavelmente impregnada pelas próprias idiossincrasias do depoente, que implicam um relato subjetivizado e distanciam a narrativa da realidade, bem como das influências externas e da possibilidade de sugestionabilidade de ordem linguística pelos responsáveis pela colheita do testemunho.

Ademais, não se pode olvidar que a confluência da origem de tais falhas é a própria memória humana, sugestionável e manipulável, na medida em que o processo de reconstrução da memória episódica perpassa por descaminhos naturais e/ou provocados por induções ou de *misleading postevent*, os quais podem transformar até mesmo inferências em falsas recordações.

Não se propõe como solução, neste artigo, a abolição da prova testemunhal, mas tão somente a sua problematização no processo penal. Para tanto, é essencial a introdução de métodos voltados à precisão do relato testemunhal, não somente nos depoimentos produzidos em juízo, mas também nas inquirições da investigação preliminar e no seu posterior manejo durante a fase judicial, seja pela recordação passada registrada, seja pela memória presente revivida, que inegavelmente podem vir a influenciar a decisão judicial, cenário em que o pleno exercício do contraditório é pedra angular.

Nesse contexto, a entrevista cognitiva é um instrumento essencial, mormente porque se vale de estratégias de minimização dos efeitos de desinformação, tais como a recomposição do contexto do episódio original, a preponderância da narrativa livre e estratégias de aprofundamento da memória. Trata-se de mecanismo que deve ser inserido na prática criminal brasileira, tanto no âmbito investigativo quanto no judicial, em que o contraditório é via fundamental na promoção de um controle cognitivo na apuração da credibilidade dos relatos.

Referências bibliográficas

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BADARÓ, Gustavo. Editorial dossiê "Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos". In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 43-80, jan.-abr. 2018.

BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2018.

BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. In: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 371-409, jan.-abr. 2018.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da Pesquisa Jurídica*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COUGHLIN, Geoff. *Unlocking Memories*: Cognitive Interviewing for Lawyers: Elicit 40% more information from your witnesses. London: Ark Group, 2015.

DAMÁSIO, António. *A estranha ordem das coisas*. A vida, os sentimentos e as culturas humanas. Lisboa: Círculo de Leitores, 2017.

DAMÁSIO, António. *O erro de Descartes*: emoção, razão e o cérebro humano. São Paulo: Companhia das Letras: 1996.

DANDO, Carol J.; ORMEROD, Thomas C. Effects of the change temporal order technique on eyewitness memory. In: TAATGEN, N. A.; VAN RIJN, H. (Ed.). *Proceedings of the 31st Annual Conference of the Cognitive Science Society*, Austin, p. 2644-2649, 2009.

DANDO, Carol J.; ORMEROD, Thomas C.; WILCOCK, Rachel; MILNE, Rebecca. When help becomes hindrance: Unexpected errors of omission and commission in eyewitness memory resulting from change temporal order at retrieval? In: *Cognition*, v. 121, n. 3, p. 416-421, August 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria Geral do Procedimento e o Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzer Hassan Choukr e Juarez Tavares. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FISHER, Ronald P.; GEISELMAN, R. E. *Memory-Enhancing Techniques for Investigative Interviewing*: The Cognitive Interview. Springfield: Charles C. Thomas Pub, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Elogio da Teoria*. Trad. J. T. Proença. Lisboa: Edições 70, 2001.

GAY, Peter. *O estilo na história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

GEISELMAN, R. Edward; CALLOT, Robin. Reverse versus Forward Recall of Script-based Texts. In: *Applied Cognitive Psychology*, v. 4, p. 141-144, March-April 1990.

GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: MOURA, Maria Thereza de Assis (Org.). *As Reformas do Processo Penal*. São Paulo: Ed. RT, 2008.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus*. Uma breve história do amanhã. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

INGRAM, Jefferson L. *Criminal Evidence*. 12. ed. Waltham: Elsevier/Anderson, 2014.

KARTON, Joshua. Lost in Translation: International Criminal Tribunals and the Legal Implications of Interpreted Testimony. In: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, v. 41, n. 1, p. 1, Jan. 2008. Disponível em SSRN: [https://ssrn.com/abstract=1511946 or http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1511946]. Acesso em: 26.06.2018.

KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade do processo penal para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.

KLAMING, Laura; VEDDER, Anton H. Brushing Up Our Memories: Can We Use Neurotechnologies to Improve Eyewitness Memory? In: *Law, Innovation and Technology*, v. 1, n. 2, p. 203-221, 2009. Tilburg Law School Research Paper N. 024/2010. Disponível em SSRN: [https://ssrn.com/abstract=1685789]. Acesso em 26.06.2018.

KOEHLER, Jonathan J. Linguistic Confusion in Court: Evidence from the Forensic Sciences. In: *Journal of Law and Policy*, v. 21, p. 515-539, March 2013.

LOFTUS, Elizabeth F. *Eyewitness testimony*: with a new preface by the author. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

LOFTUS, Elizabeth F.; KETCHAM, Katherine. *Witness for the Defense*: the accused, the eyewitness, and the expert who puts memory on trial. New York: St.-Martin's Press, 2015 (reprint).

LOFTUS, Elizabeth F.; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: A example of the interaction between language and memory. In: *Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior*, v. 13, n. 5, p. 585-589, October 1974.

LOPES JR., Aury. O problema da 'verdade' no processo penal. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (Org.). *Verdade e prova no processo penal*. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Trad. J. Alves de Sá. Campinas: Servanda Editora, 2013.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Alexandre Augusto Correia. São Paulo: Saraiva, 1960. v. III.

MCCLOSCKEY, Michael; ZARAGOZA, Maria. Misleading Postevent Information and Memory for Events: Arguments and Evidence Against Memory Impairment Hypotheses. In: *Journal of Experimental Psychology General*, v. 114, n. 1, p. 1-16, April 1985.

OKADO, Yoko; STARK, Craig E. L. Neural activity during encoding predicts false memories created by misinformation. In: *Learning & Memory*, v. 12, n. 1, p. 3-11, January 2005.

POPPER, Karl. Verdade e Aproximação da Verdade. In: MILLER, David (Org.). *Textos Escolhidos Popper*. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2016.

POSNER, Richard. *Divergent Paths* – The Academy and the Judiciary. Boston: Harvard University Press, 2015.

RAMOS, Vitor de Paula. *Prova testemunhal*: do Subjetivismo ao Objetivismo. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. São Paulo: Ed. RT, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2008.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*. O juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. Trad. José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2003.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A prova testemunhal e o fenômeno das falsas memórias, de Flaviane Baldasso – *RBCCrim* 166/129-174 (DTR\2020\3819);
- A prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho, de Caio Badaró Massena – *RBCCrim* 156/23-59 (DTR\2019\31664);
- 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);
- Memory conformity and eyewitness testimony: a review, de Rodrigo Faucz Pereira e Silva e Antônio Jaeger – *RBCCrim* 152/233-257 (DTR\2019\84); e
- Se não me falha a memória: breve discussão sobre a suscetibilidade da prova testemunhal, de Maria Cecilia Pereira de Mello e Luiza Cobra Gervitz – *RDM* 2 (DTR\2019\35439).

Standards probatórios: remédio ou veneno? É uma questão de lugar!

Standards of proof: medicine or poison? It's a matter of place!

Vitor Paczek Machado

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogado e parecerista do IBCCrim.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5917-7220
vitor.escritorio@terra.com.br

Carlos Hélder C. Furtado Mendes

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS. Bolsista CAPES.
Orcid: https://orcid.org/0000-0001-5256-1297
carloshmendes@gmail.com

Recebido em: 10.09.2019
Aprovado em: 02.06.2020
Última versão do(a) autor(a): 09.06.2020

Áreas do Direito: Processual; Penal

Resumo: A pergunta de pesquisa é se há legitimidade na utilização de *standards* de prova no processo penal brasileiro. A hipótese é de que o lugar processual de utilização dessa técnica probatória é o ponto de reflexão. O artigo utiliza revisão bibliográfica da literatura nacional e internacional como metodologia, acrescentando pontuais análises discursivas de decisões judiciais. Depois de uma apertada revisão bibliográfica sobre as noções de *standard* probatório, pretende-se analisar como se tem inserido o discurso no processo penal brasileiro, e como tem servido para o incremento meramente estético da decisão penal (a exemplo do *beyond a reasonable doubt* – BARD), sem atingir a funcionalidade pretendida de objetivação do controle

Abstract: The data search is based on the use of standards of evidence in Brazilian criminal proceedings. Analysis is a procedural process of using the probative technique is the point of reflection. The article uses a bibliographic review of national and international literature as a methodology, adding specific discursive analyzes of judicial decisions. After a bibliographical review on the notions of probative standard, it is intended that the discourse has been introduced in the criminal penal process, and since it has served to merely aesthetic increment of the criminal decision (an example does beyond a reasonable doubt – BARD), without achieving a specific objective of objectifying the control of the criminal responsibility exercise. In the end, it

ao exercício subjetivo de valoração probatória na atribuição da responsabilidade criminal. Ao final, propõe-se a ressignificação do *standard* probatório por meio da noção de regras de admissibilidade, sugerindo-se o procedimento e regras concretas para a efetivação do controle ao exercício do poder punitivo.

Palavras-chave: Contraditório – *Standards* probatórios – Regras de admissibilidade probatória – BARD – *Beyond a reasonable doubt* – Controle da decisão judicial.

is proposed the re-signification of the evidential standard through the attribution of rules of admissibility, with the same procedure and concrete rules for an effective exercise of punitive power.

Keywords: Contradictory – Standards of proof – Admissibility rules of evidence – BARD – Beyond a reasonable doubt – Control of judicial decision making.

Sumário: 1. Introdução. 2. *Standards* probatórios: conceito e funcionalidade. 3. A utilização do *standard* probatório para condenação "acima de uma dúvida razoável" – Veneno retórico. 4. Delimitando conceito e função de prova: a relação entre prova-verdade e o endosso à captura psíquica do juiz. 5. O conceito de prova e a vinculação ao exercício do contraditório: a importância das regras de admissibilidade. 6. A possibilidade de concretização de *standards* como regras de admissibilidade (negativo-proibitivas ou de inadmissibilidade) para a valoração. 7. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

A pergunta deste artigo está na validade, ou não, da utilização de *standards* de prova no processo penal brasileiro. A hipótese é de que o lugar processual de utilização dessa técnica probatória é o ponto fundamental de reflexão, em termos de redução dos espaços de "decisionismo" judicial. O artigo utiliza revisão bibliográfica da literatura nacional e internacional como metodologia, acrescentando pontuais análises discursivas de decisões judiciais, para aproximar a noção conceitual à prática processual-punitiva brasileira. Depois de uma apertada revisão bibliográfica sobre as noções de *standard* probatório, pretende-se analisar como se tem inserido o discurso no processo penal brasileiro, e como tem servido para o incremento meramente estético da decisão penal (a exemplo do *beyond a reasonable doubt* – BARD), sem atingir a funcionalidade pretendida de objetivação do controle ao exercício subjetivo de valoração probatória na atribuição da responsabilidade criminal.

Em tensão à instrumentalidade meramente estético-retórica de utilização conceitual, apresenta-se o *standard* probatório de admissibilidade – numa concepção negativo-proibitiva (*i.e.*, regra de inadmissão) – que tem concreto potencial de controle efetivo da (e prévio à) valoração da prova, promovendo a limitação do poder punitivo e proteção dos direitos fundamentais. A tese é de

que, com as proibições de prova (regras de inadmissibilidade), pode-se contribuir à qualificação do conhecimento para a decisão penal, buscando proteger o julgador da errônea valoração dos conhecimentos apreendidos. Aqui chegamos à resposta da pergunta inicial: assim como a depender da dosagem, remédio vira veneno, devemos ajustar a utilização desta técnica processual, compreendendo que o *standard* probatório tem espaço no devido processo legal, especialmente no âmbito da (in)admissibilidade da prova (concepção negativo-proibitiva), podendo contribuir para a redução dos espaços de decisionismo judicial; a questão é adequar a técnica de incidência da atuação (lugar sistemático).

2. *Standards* probatórios: conceito e funcionalidade

Partindo da vaga premissa de que a prova[1] é uma reconstrução "ritualizada"[2] de um fato da vida, os *standards* probatórios são "modelos de constatação" para o controle do livre convencimento motivado[3]. Trata-se de uma técnica que busca racionalizar a apreciação das provas no processo – tanto no campo da valoração como no campo da admissibilidade, na clássica divisão quadripartite[4] –, com o intuito de qualificar a decisão judicial, introduzindo meios de redução de erro nos julgamentos (finalidade epistêmica) e graus, ou níveis, probatórios que devem ser satisfeitos para a "avalizar"[5] a decisão.

1. Para Gomes Filho, prova significa um "conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão". (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 42.)
2. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 748.
3. Embora fixando a questão no "juízo de fato" – e, portanto, caindo no erro da cisão entre questão de fato e de direito, conforme explica Lenio Luiz Streck (toda questão de fato é uma questão de direito. Ver: STRECK, Lenio Luiz. *Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim?* Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim] –, Knijnik afirma que o modelo de constatação é um "mecanismo que melhor permite a submissão do juízo de fato ao contraditório objetivo", sendo pressuposto para a decisão judicial, a correta identificação de qual *standard* probatório será utilizado (KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 17-19 e 31-34).
4. Postulação, admissão, produção e valoração. (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 364-365).
5. Susan Haack explica que *standards* probatórios servem para distinguir graus em que as provas devem avalizar a conclusão de determinada decisão judicial e não podem ser

A preocupação com o conhecimento acessado pelo julgador para proferir a decisão penal é fundante para o sistema processual[6]. Preocupado com o controle ao exercício do poder, Ferrajoli explica que o cognitivismo processual e a estrita legalidade – construída a partir da verificabilidade e refutabilidade – são pilares do devido processo legal; são essas as duas bases para o controle empírico da decisão, permitindo-se que o fato não seja "constituído", mas "regulado", no intuito de qualificar a reconstrução histórica do caso, franqueando a refutação e a verificação deste procedimento de comprovação (*veritas, non auctoritas facit legem*)[7].

Esse modelo de justo processo está em antítese ao "decisionismo" penal e ao subjetivismo inquisitivo, duas técnicas para a promoção de espaços impróprios de discricionariedade judicial, que têm como marca a falta de uma ancoragem empírica precisa, subjetividade no julgamento e o estorvo de situações fáticas concretamente determinadas; todas essas, características de um sistema autoritário[8].

Mais objetividade para o acertamento fático é desejável, seguindo-se a noção de evitação do erro e de desvios de finalidade na jurisdição penal; isso significa assumirmos a existência do erro no sistema penal, sendo necessário reduzi-lo por meio de técnicas processuais. A reflexão direciona para qual erro se trata (reduzi-lo ou distribuí-lo?) e o "preço pago" para tal intento.

A imposição de padrões probatórios está nesse interregno epistêmico, pois visa constranger o exercício do livre[9] convencimento motivado, evitando cair

---

vinculadas à probabilidade matemática. Para ver a relação entre *standard* probatório e aval: HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica*: ensayos de epistemologia jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 68-69.

6. Ao centralizar a sua noção de justo processo nas técnicas de definição e comprovação do caso penal, Ferrajoli explica: "garantias penais e processuais representam precisamente aquele conjunto de técnicas de definição e de comprovação dos pressupostos da pena encaminhadas a reduzir ao máximo o poder judicial arbitrário" que satisfaça um modelo "parcial e tendencial" (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Trotta, 1995. p. 40).
7. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Trotta, 1995. p. 36-37.
8. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Trotta, 1995. p. 42-44.
9. A respeito do tema, explica Figueiredo Dias que o princípio do livre convencimento motivado, o qual se debruça na verificação da fundamentação sobre as conclusões

no extremo do sistema das provas tarifadas, contribuindo-se para a qualificação do conhecimento da decisão penal na expectativa de proteger o julgador da errônea valoração dos resultados capturados da prova. Trata-se de promover uma estrutura processual voltada à racionalidade e fiabilidade do julgamento, com a finalidade de potencializar a efetividade dos direitos fundamentais e restringir os espaços impróprios de discricionariedade no julgamento penal.

Destarte, recordemos que jurisdição[10] é exercício de poder[11]; e, como tal, tende a ser abusivo e expansivo, devendo ser controlado. Daí a importância de *standards* probatórios como uma técnica para contribuir com o controle do exercício do poder punitivo, por meio da qualificação da decisão penal[12].

3. A utilização do *standard* probatório para condenação "acima de uma dúvida razoável" – Veneno retórico

A utilização do *standard* probatório, ao invés de qualificar a decisão penal, está sendo um veneno para a decisão penal, tendo em vista o uso meramente retórico sem a funcionalidade de controle pretendida. Essa constatação empírica vem

probatórias, não pode ser incontrolável, podendo ser questionado na via recurso especial: "O princípio [do livre convencimento motivado] não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável – e portanto arbitrária – da prova produzida", razão pela qual "a consequência mais relevante da aceitação destes limites à discricionariedade estará também aqui em que, sempre que tais limites se mostrarem violados, será a matéria susceptível de recurso 'de direito' para o STJ" (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Clássicos jurídicos. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974. Reimpressão em 2004. p. 202-203).

10. LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1963. p. 341.

11. A conceituação utilizada é de Max Weber. Para o autor, poder é "toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade". (MAX, Weber. *Economia e sociedade*. Trad. Regis B. e Karen E. B. São Paulo: UNB, 2004. p. 33.)

12. Como explica Gomes Filho "o Estado democrático de direito tem como uma de suas características essenciais a limitação do poder, à qual se liga a idéia de garantia, que permeia os conceitos de legalidade, separação de poderes e de inviolabilidade dos direitos individuais". Daí por que o "desempenho do poder no Estado democrático reclama publicidade e transparência, o que supõe a permanente explicitação das razões da atuação estatal", ou seja, o poder estatal não se submete somente à lei, mas a uma "correção argumentativa" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001. p. 75-76).

ao encontro da hipótese desta pesquisa: a utilização do *standard* probatório está sendo feita em um lugar inapropriado.

Na experiência estadunidense Larry Laudan, em seu *Verdade, erro e processo penal*, demonstra a impropriedade na utilização do BARD (sigla: BARD[13]; tradução: além de uma dúvida razoável), por causa da anemia semântica que mais prejudica, do que qualifica, o julgamento de casos penais. Nossa adesão à tese de Laudan é parcial, restrita à sua crítica do BARD. Articuladamente, o autor expõe a fragilidade do *standard* de prova acima de uma dúvida razoável, afirmando-o "inadequado, deliberadamente pouco claro, totalmente subjetivo e aberto a um número de interpretações semelhante ao número de juízes em atuação"[14].

Para sustentar sua hipótese, Laudan analisa julgamentos no sistema de justiça estadunidense, mediante a análise de diversos casos criminais onde foram apreciadas matérias referentes à certeza para além da dúvida razoável. Nessa pesquisa de campo, Laudan percebeu a patente imprecisão conceitual do BARD e os efeitos jurídicos dessas constatações, como a cassação, pelas Cortes de Apelação, de julgamentos onde o Juiz conceituou o sentido da dúvida razoável para o Júri[15]. Trata-se de rica pesquisa, embora não se concorde com as demais conclusões

13. A doutrina criou diversas interpretações da dúvida razoável. Na origem (século XVIII), condicionava-se a condenação à absoluta segurança da autoria e do crime, embora o que se tinha como seguro era a "certeza moral", o que foi encampado na Suprema Corte dos EUA no caso *Commonwealth vs. Webste*r (1850), pelo Presidente, Justice Lemuel Shaw (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 64-660).

14. LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 61.

15. No estado atual, o BARD abandona a relação com certeza moral e, no geral, trabalha com noções do tipo: julgamento "seguro em crenças que consideramos apropriadas para a tomada de decisões importantes na vida"; julgamento que não comporte "dúvida que faria uma pessoa prudente hesitar em atuar"; julgamento com "convicção estável na culpabilidade do acusado"; julgamento que não comporte uma "dúvida para a qual pode oferecer uma razão"; julgamento que não comporte uma dúvida "como uma crença altamente provável". Indo além, o autor afirma que alguns tribunais de apelação cometeram o ato supremo de desespero: evitar qualquer explicação do que é acima de uma dúvida razoável. Essa pluralidade de situações sobre o significado do nível de prova para condenar tem levado Tribunais de Apelação (de ao menos 10 Estados) a determinar que os juízes não expliquem o BARD aos jurados, embora haja tribunais que exigem a explicação. No âmbito federal, alguns tribunais compreendem que o sentido da dúvida razoável é pré-jurídico e concebido pelo senso comum, sendo desnecessária a explicação. Nas análises discursivas feitas pelo autor, é patente a inexistência de um sentido unívoco e a potencial genericidade conceitual. Metaforicamente, dando um passo atrás

teóricas feitas pelo autor, especialmente sua obsessão pela verdade que flerta com o sistema inquisitorial de processo penal.

Essa problemática também está presente no Brasil, onde ao menos dois casos rumorosos se apropriaram do BARD para atribuir a responsabilidade criminal, simbolicamente transmitindo um padrão de legalidade: o caso "Mensalão" (Ação Penal 470) e a Operação "lava jato". Contudo, uma análise discursiva de decisões tomadas nesses casos demonstra que o *standard* probatório não vem cumprindo o prometido papel de controle ao exercício da valoração da prova, mas servindo de mero adorno estético desnecessário; uma simples utilização retórica na construção da decisão penal.

No julgamento do Mensalão[16], a utilização do *standard* probatório foi feita por oito ministros (Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Rosa Weber). O discurso dessa técnica de julgamento foi pautado na exaltação do *standard* probatório em referência, pois teria o "condão de constituir prova adequada e necessária do ponto de vista da racionalidade empírica, e, nessa medida, convincente justificativa para um decreto condenatório";[17] ou que esse *standard* probatório permitiria identificar uma dúvida que não "seja reduzida a um patamar baixo no qual a versão defensiva seja irrazoável, inacreditável ou inverossímil".[18] Cruzou-se essa argumentação com o princípio da presunção de inocência como regra de julgamento (*in dubio pro reo*)[19], concluindo-se tanto pela condenação como pela absolvição dos réus.

---

para fugir do abismo conceitual pode ser uma alternativa. Alguns críticos da dúvida razoável tentam criar um conjunto de instruções para facilitar a identificação do sentido deste nível de prova, o que para Laudan não é adequado, tendo em vista que existe um problema estrutural no conceito, servindo no máximo como um impedimento do jurado tomar uma decisão apressada. Em suas conclusões, Laudan afirma que: a) é preciso definir o sentido do BARD, pois os diversos sentidos prejudicam os julgamentos; e b) há um erro sistemático na referência às estruturas das provas para condenar, o que vem causando absolvições e condenações inválidas (exemplo dos tribunais), de modo que o BARD precisa ser repensando e abandonado (LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 64-102).

16. STF, AP 470, rel. Min. Joaquim Barbosa, TP, j. 17.12.2012, acórdão eletrônico *DJe*-074 divulg 19-04-2013 public 22-04-2013 RTJ vol-00225-01 PP-00011.
17. Folhas 52.709 do inteiro teor do acórdão.
18. Folhas 51.117-53.119 do inteiro teor do acórdão.
19. Maurício Zanoide de Moraes afirma que o *in dubio pro reo* é um desdobramento da presunção de inocência e não equivalente a esse. Trata-se de técnica que incide no âmbito

Seguindo o Mensalão, nos julgamentos da operação "lava jato"[20], também se utilizou esse *standard* probatório. Entre os diversos casos julgados, um processo é paradigmático, pois o então Juiz Federal titular, Sérgio Moro, condenou um acusado com base na existência de prova acima de qualquer dúvida razoável; mas, no julgamento da apelação, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, absolveu integralmente o réu com base no mesmo discurso. A excrescência é que o primeiro grau condenou com base na certeza acima de dúvida razoável e o tribunal afastou a condenação, também com base nesse "padrão" probatório, mas agora fixado na carência de certeza acima de dúvida razoável, o que demonstra a falta de funcionalidade e objetividade do conceito[21].

Essa análise discursiva pontual, endossa a hipótese de pesquisa, pois, na aplicação do critério da "certeza acima de uma dúvida razoável", há uma sintomática fragilidade argumentativa, tal como identificado por Laudan na experiência estadunidense. No Mensalão, se utilizou do conceito de maneira genérica e sem justificação da incidência, pela eleição deste *standard* como adequado numa circularidade argumentativa, embora exista a regra de tratamento do *in dubio pro reo* no processo penal brasileiro, que, em tese, é mais protetora do acusado (tendo em vista que a dúvida não precisa ser "razoável", bastando qualquer dúvida para a absolvição).

A mesma crítica serve à aplicação na Operação "lava jato", porque se utiliza para condenar e para absolver o acusado, com base no mesmo arcabouço probatório. Trata-se de situação sintomática, indicadora de que o referido padrão não está cumprindo a função, endossando a premissa de que o *standard* probatório é genérico e inútil (Laudan), reforçando a ideia de que estamos diante de mero argumento estético-retórico da decisão penal, desnecessário para o julgamento de casos penais.

---

da norma de juízo (suficiência de prova, probabilidade, certeza, dúvida etc.) que se retira da presunção de inocência, especialmente quando existir dúvida fática, momento no qual deve-se decidir em favor do acusado (MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 404-406).

20. Caso que investigou desvios de recursos na Petrobras, com origem na Justiça Federal de Curitiba, capital do Paraná.

21. Processo 5012331-04.2015.4.04.7000. Disponível em: [https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=8684969&termosPesquisados=NTAxMjMzMS0wNDIwMTU0MDQ3MDAwIDUwMTIzMzEtMDQuMjAxNS40LjA0LjcwMDA=].

Enfim, a aplicação da técnica do *standard* probatório, por meio do BARD, demonstra uma utilização meramente retórica que, na expectativa de alcançar todas (o todo, veremos na sequência, é excessivo) as situações possíveis de um caso penal, torna-se um genérico e inútil artifício, subjetivo e sem definição clara[22]; indo além, pela sua excessividade em querer impor regras probatórias a todas as situações concretas da vida, o BARD torna-se um veneno retórico a serviço do decisionismo, dando um simulacro de "legitimidade democrática" à "decisão" do inquisidor.

Como veremos na sequência, é possível estabelecer um *standard* probatório funcional em termos de controle ao exercício do poder. Mas antes é preciso definir o conceito e a função da prova que vamos utilizar.

4. Delimitando conceito e função de prova: a relação entre prova-verdade e o endosso à captura psíquica do juiz

Em termos de hermenêutica, a ressignificação de uma técnica processual exige a delimitação do significante que sustenta o sentido da construção na cadeia de significantes, ou seja, o significante prévio da estrutura proposta. Precisamos definir o que entendemos por prova; especialmente porque a terminologia "prova" na legislação e doutrina brasileira se mostra problemática, confusa e – por vezes – contrária às balizas constitucionais. O dimensionamento da referência é imprescindível em termos de significação sistemática, porque (a referência; o *a priori* kantiano) vai permitir formar significantes próprios que dão sentido às normas procedimentais do rito[23]. Em poucas palavras, o mito funda o

22. Explica Laudan que "na prática atual dos Estados Unidos e de outros países do *common law* a dúvida razoável está completamente indefinida ou definida de uma maneira tão imprecisa que resulta inteiramente inútil". Concluindo, afirma o autor que "o que observamos aquino é um EdP [*standard* de prova] senão uma excusa ou um pretexto débil para condenar ou absolver" (*sic*) (LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, p. 106, 2005).

23. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Separata !TEC*, ano 1, n. 4, p. 1-2, jan.-fev. 2000. Ainda trabalhando a importância do princípio dispositivo e a consolidação de um sistema acusatório para a significação do processo penal: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.) *Observações sobre os sistemas processuais* penais (escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v. 1). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 63-78.

rito. Definir qual a referência na cadeia de significância ou o ponto de partida de compreensão é o que permitirá dar sentido a toda estruturação de ressignificação, mediante o preenchimento dos significantes. Compreender assim permite nos relacionarmos com o mundo e distinguir onde "a linguagem começa a fazer sentido"[24].

Dentro da noção de processo como situação jurídica e sua vinculação com cargas e chances, a prova tem a função de captura psíquica do julgador. A discussão entre a qualidade da decisão penal, amorfismos e solipsismos[25] é fundamental em termos de devido processo legal e, por isso, já foi enfrentada de diversas maneiras, muitas delas por meio da noção de verdade.

Ferrajoli vai afirmar que não se pode abdicar da verdade no processo, sob pena de conduzi-lo a um substancialismo decisionista, sendo uma irracionalidade que já foi desmistificada no campo científico[26]. Contudo, a verdade é uma categoria problemática, desde o local em que está inserida no sistema processual até sua excessividade conceitual e a possibilidade de "prová-la".

Ciente dessa excessividade, ao discutir o lugar da verdade no processo penal, Rui Cunha Martins afirma que centralização da verdade no sistema é inadequada, devendo-se reconfigurar o "*lugar* do 'verdadeiro' no âmbito de uma dinâmica processual". Essa perspectiva de descentralização é uma "estratégia de distanciamento" preocupada com a evidência e tem o objetivo de fixar a noção de que o conhecimento do processo não pode ser dado por adquirido (a evidência tem efeito sedante e anula o contraditório). A questão passa a ser definir o "*timing* de

24. COUTINHIO, Jacinto. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 1998. Disponível em: [https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587]. Acesso em: 30.01.2019.

25. Explica Streck que, com a viragem ontológico-linguística, "a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito solipsista (*Selbstsüchtiger*), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Interessante, aqui, é lembrar que a tradução literal de *Selbstsüchtiger* é "viciado em si mesmo". Não poderia haver melhor adequação do original alemão da palavra "solipsista" com o seu significado no contexto da aplicação do direito em um lugar como o *terrae brasilis*". (STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? 5. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 17).

26. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Trotta, 1995. p. 62-63.

entrada em cena desse elemento que é 'verdade' – *um elemento entre vários* (atenção: não é dizer pouco) – no seio dos dispositivos processuais"[27].

Nesse sentido, estamos de acordo com Jacinto Coutinho que trabalha com a ideia de conhecimento disponível para o julgador, dando sinais de que o papel da prova é a captura psíquica do juiz. A partir de Jacques Lacan, Coutinho vai explicar que a Verdade é a satisfação plena (gozo pleno); ela é o todo, mas "o todo é demais para nós"[28], tal como a certeza; ambas são excessivas. Logo, são categorias contingenciais e relativas[29], a partir da assunção da falta[30] como fundante do sujeito desejante.

27. A demonstração como um estopim para provar, um suporte que constrói a prova com a intencionalidade de obter a convicção de seu destinatário (MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 5 e 81-82).

28. No escrutínio sobre a pretensão de certeza, Jacinto Coutinho faz glosas a Carnelutti, quando analisa as profundas reflexões sobre a verdade no direito, em especial no campo penal, e a sua possibilidade (como faz Carnelutti) de substituir a pretensão de verdade por certeza, pois sustenta o autor italiano, com base em Heidegger, que a "verdade é o todo e o todo é demais para nós" (CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 2, p. 5, 1965). Em glosas a Carnelutti, Jacinto Coutinho vai identificar que o "furo" na pretensão de substituir a verdade pela certeza está justamente na proposição de que a certeza é uma escolha (Carnelutti fala que certeza deriva do latim *cernere*), revelando o drama do processo (que Jacinto Coutinho vai dizer que não é só dele) na medida em que "escolher é escolher o que quer que seja; tudo", de modo que "não poucas vezes, sequer a gente sabe o porquê" (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 78-79 e 84-85, 2004).

29. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 385-392.

30. Como explica Agostinho Ramalho, desde Freud sabe-se que somos sujeitos do desejo. O "conceito psicanalítico de sujeito do desejo constitui uma ruptura do eu consciente. Em Freud, o desejo por definição, é inconsciente. O sujeito do desejo é, por definição, inconsciente. Ele porta um saber do qual, entretanto, ele não sabe. Ele porta um saber que o ultrapassa. Esse saber, no fundo, é efeito de fazer linguagem, porque em todo discurso tem-se sempre uma dimensão que ultrapassa a intencionalidade que se pode pôr nesse discurso. Em qualquer discurso, seja qual for, científico ou não, filosófico ou não, ou sujeito sempre diz mais do que quer". E complementa o autor: "há essa dimensão que ultrapassa tudo aquilo que o sujeito pode pôr de intencionalidade no seu discurso. O inconsciente é uma referência a esse ultrapassamento, a isso que está para além do discurso. Toda a fala é acompanhada de um cortejo de silêncios, que tem uma enorme eloquência. O que não se diz é frequentemente mais significativo do que o que se diz." (MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o Juiz-cidadão. *Revista ANAMATRA* – Órgão Oficial da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, Brasília, ano VI, n. 21, p. 43, out.-dez. 1994.)

É importante destacar que assumir a deficiência do conceito "verdade" não significa uma "*verifobia*" que nega a existência dela, sob pena de cairmos na relativização irracionalista denunciada por Ferrajoli. Significa assumir que no processo penal essa categoria é problemática, provocando a adoção de uma postura agnóstica em termos de instrumentalidade conceitual. Também implica assumir que não se pode confundir a qualidade da decisão penal e o melhor conhecimento disponível ao julgador – que é desejável – estruturado dentro do devido processo legal, com a pretensão de verdade.

A assunção do déficit conceitual indica a captura psíquica do julgador como o núcleo funcional da noção de prova, afastando a verdade como categoria central deste conceito. As reflexões de Franco Cordero sobre a relação entre prova e processo são elucidativas a respeito disso. Para o autor, "os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem fez", com base num conhecimento empírico captado por meio da prova – que é o material para o seu funcionamento, ou seja, "toda matéria útil ao juízo histórico". Nesse ambiente, as partes lançam argumentos, que servem como "atrativos, para obter uma captura psíquica" do julgador[31].

Endossando essa perspectiva de superação da visão formal e material sobre os conceitos de prova, Guasp e Aragoneses Alonso afirmam que a finalidade dos atos de prova deve ser "conseguir o convencimento psicológico do Juiz"[32]. Em outro estudo sobre o tema, Aragoneses Alonso afirma que o convencimento psicológico do julgador é o ponto de partida para analisar as provas no processo penal[33]. As alegações das partes na delimitação dos fatos para o julgamento do caso é essencial, porque a prova tem o objetivo de converter essas alegações em "convencimento psicológico" do julgador, dentro da estrutura formal criada (sistema acusatório), na expectativa de "fazer do passado presente", sem critérios subjetivos e com adequação da decisão ao direito[34].

31. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Colômbia: Temis S.A., 2000. t. II, p. 3-7, 11 e 16.
32. Com essa premissa, o conceito de prova é "o ato ou série de atos processuais pelos quais se trata de convencer o Juiz da existência ou inexistência de dados lógicos que serão levados em conta na decisão" (GUASP, Jaime; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Derecho procesal civil*. 4. ed. revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses. Madrid: Civitas S.A., 1998. p. 300-301).
33. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Gráficas Mesbar, 1976. p. 251.
34. ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal* – introducción. 2. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997. p. 561. Endossando essa premissa, Lopes

Acolher a noção de captura psíquica implica colocar o contraditório como estrutura fundante do conceito de prova. Prova serve para atestar uma proposição – a hipótese fática – que será tida como provada pelas partes; provar uma hipótese fática é resultado do aproveitamento de chances e possibilidades da situação jurídica processual e todo ato processual pode levar a promessas e ameaças contidas em uma sentença, desde que a parte exercite o ato processual, assumindo-se que tanto os efeitos favoráveis quanto os desfavoráveis da sentença dependem do êxito ou fracasso da parte[35].

5. O conceito de prova e a vinculação ao exercício do contraditório: a importância das regras de admissibilidade

O termo "prova" no processo penal abarca diversos sentidos. Isto porque tanto a legislação como a doutrina processual penal trazem atrelado ao significado de "prova" o que se denomina por *fontes* de prova, *meios* de prova, *elementos* de prova e *resultados* de prova. O primeiro sentido é atribuído à demonstração de um fato tido como processualmente "verdadeiro" a partir de dados de conhecimentos idôneos obtidos por meio de procedimentos racionais[36].

O segundo sentido se refere a uma experimentação, uma pesquisa feita na fase de instrução probatória que se destina a recolher e analisar os elementos necessários para confirmar ou refutar as hipóteses sobre os fatos. A experimentação se relaciona com a busca do tipo de prova que se julga capaz de demonstrar a existência do *thema probandum*. Como afirma Prado, antes mesmo de obter os

Jr. compreende que pelas provas, as partes buscam criar condições "para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato passado, sendo que o saber decorrente do conhecimento desse fato legitimará o poder contido na sentença" (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 344). James Goldschmidt, refletindo sobre as contribuições da prova, afirma que a finalidade das partes é convencer o juiz das suas alegações. Embora o autor se utilize da "verdade", como categoria de convencimento – o que não concordamos –, é válida sua compreensão porque centraliza a atividade probatória ao convencimento do julgador (GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: *Derecho, derecho penal y proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 860).

35. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. III El proceso como situación jurídica, una crítica al pensamento procesal. Madrid: Marcial Pons, 2015. P. 276.

36. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 303-304.

resultados práticos decorrentes do tipo de prova que se pretende incorporar no processo, se tem uma consideração psicológica relacionada aos possíveis rumos que o processo pode tomar a partir da juntada daquele tipo de prova. Trata-se de exercício mental no qual se estabelece um objetivo pretendido e como se pretende alcançá-lo. A experimentação faz parte da construção deste percurso[37].

O terceiro sentido tem a ideia de desafio ou obstáculo a ser superado, denominado por Gomes Filho de ônus probatório[38], cuja melhor definição no campo do processo penal, e aqui adotada, atrela-se à noção de carga probatória[39].

Com essas categorias inseridas no rito, a regra probatória é vinculada à atuação das partes (exercício do contraditório) e o elemento probatório capaz de ser valorado pelo julgador é somente aquilo extraído a partir do contraditório. E, por sua vez, também o contraditório se vincula à atuação das partes, os contraditores[40].

37. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 218.

38. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 306.

39. Carga probatória e ônus da prova não se confundem e não se aproximam. Como define Lopes Jr., carga no processo penal é um conceito vinculado à noção de unilateralidade, logo não é passível de distribuição, mas sim de atribuição. Portanto, não há que se falar em carga para a defesa, mas em sede de processo penal tão somente se terá carga probatória atribuída ao acusador, devendo este se liberar desta carga (LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 201). Sobre a carga da prova, acentua Goldschmidt que esta se apresenta sob os aspectos formal e material, cujo primeiro regula a relação entre as partes e o juiz, dispensando este de se informar de ofício e de praticar as diligências necessárias a fim de averiguar a verdade. Quanto ao aspecto material da carga probatória, regula a relação mútua das partes designando a parte à qual incumbe a prova de um fato determinado. O raciocínio desenvolvido quanto às cargas processuais, feito por Goldschmidt, torna as cargas em uma faceta passiva da situação jurídica processual, ou seja, tratam-nas como "exigências de evitar, mediante a realização de um ato processual, em última instância, uma sentença desfavorável. Seu fundamento jurídico é a luta entre partes que constituem a essência do processo e que traz consigo a exigência para as partes de atuar e de usar meios de ataque e defesa. "A consequência de sua falta de cumprimento é tipicamente o prejuízo da situação jurídica da parte, isto é, a aparição ou o aumento da expectativa de uma sentença desfavorável (perspectiva)." (GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. v. II, 88-89; GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. III El proceso como situación jurídica, una crítica al pensamento procesal. Madrid; Marcial Pons, 2015. p. 354-355.)

40. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 1. ed. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006. p. 119-120.

Portanto, se a "prova" como elemento a ser valorado pelo juiz na decisão penal vincula-se à atividade das partes no exercício do contraditório (é o elemento probatório extraído a partir do contraditório) e se para o exercício dele sobre o "meio de prova", este deve ser admissível e capaz de ventilar uma "fonte de prova" lícita; logo, há uma relação de submissão – no âmbito da validade – entre a valoração das provas (elementos de prova) e a "fonte de prova" coletada e inserida no processo por um "meio de prova": tanto "fonte de prova" quanto seu "meio de produção" estão submetidos à prévia admissibilidade, como condição de eficácia do próximo ato processual (vinculação e prejudicialidade no procedimento).

É este momento que oportuniza o elo entre "fonte de prova" e valoração judicial, isto é, a ligação entre fato histórico e a decisão. Por esta afirmação se relaciona a "fonte de prova" ao fato histórico investigado, posto que a fonte de prova corresponde a uma das informações que compõe o fato, que irá corroborar ou descartar a hipótese fática levantada pelas partes. Ao mesmo tempo, relaciona-se a valoração judicial do "elemento de prova" às regras de admissibilidade, ou seja, somente poderá ser valorado aquilo que depois de admitido, passou pelo contraditório[41].

No processo penal, a vinculação unilateral da carga probatória à acusação é uma escolha política. De tal escolha, decorrem consequências na atividade probatória, como o vínculo da acusação à carga probatória, e de igual modo a desconstrução das provas e argumentações defensivas. Ao se afirmar que a carga de provar está toda nas mãos do acusador, significa a proibição do protagonismo da atividade judicial. A atividade das partes impõe a inércia jurisdicional.

Conforme Franco Cordero[42] explica, tal inércia é consequência do sistema acusatório, que impõe ao julgador a posição estática de espectador imparcial (*terzietà*). A prioridade do sistema é estabelecer, a partir de uma atividade dialética das partes, um procedimento concebido no levantamento de hipóteses e nos contributos das provas trazidas tanto pela acusação quanto pela defesa. Neste

41. Conforme Haack, a partir da epistemologia se verifica que os elementos probatórios que se mostram suficientes e capazes de sustentar a conclusão sobre o caso concreto decorrem de regras acerca da carga probatória e dos *standards* de prova, que são proposições de quem está obrigado a desenvolver, como desenvolver a atividade probatória e o grau (ou nível) de prova que deve se satisfazer ou alcançar nos processos penais (HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica*: ensayos de epistemologia jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 68-69).

42. CORDERO, Franco. *Tre studi sulle prove penale*. Milano: Dotti. A. Giuffrè Editore, 1963. p. 200.

prisma, a atividade probatória com atuação das partes somente deveria alcançar o julgador pelo (e a partir do) contraditório que incide nos *meios* de provas ou meios de provar os fatos, cuja função é inserir no processo as *fontes* de provas.

Não por outro motivo, Prado afirma: o juiz que "procura sabe ao certo o que pretende encontrar" e está inclinado à hipótese "perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador"[43]. Ao menos duas premissas, a primeira afeta àquele que recai a carga de provar a acusação, cuja parcialidade lhe é inerente e por causa disto, neste primeiro ponto, não compromete a imparcialidade daquele que julga; a segunda, volta-se ao procedimento pelo qual – em um processo penal acusatório – se submete esta introdução da informação decorrente da *fonte* de prova nos autos processuais, de modo que pelo esforço argumentativo daquele que quer provar algo, é possível vincular a interpretação da informação fornecida pela fonte de prova à sua proposição ou hipótese fática.

Nesta segunda premissa, se pode perceber que a apreensão pela parte, da informação trazida pela fonte de prova, transforma a informação em conteúdo parcial. Logo, esta informação parcial (pois interpretada pela parte) somente deverá ter contato com o julgador posteriormente ao filtro do contraditório. É o contraditório que possibilita o surgimento de uma outra leitura interpretativa acerca da informação trazida pela fonte de prova, o que em total medida protege a tomada de decisão da prematuridade[44].

Tendo em vista a introjeção desta informação pelo seu destinatário (ou seja, a pretendida absorção da informação probatória pelo julgador) e sendo a introdução da *fonte* de prova ao processo decorrente da atividade daquele que quer provar (a adoção de *meios* de prova em um contexto construído pela narratividade da parte), por evidente que a informação trazida ao processo não pode alcançar o julgador sem antes ser submetida ao contraditório[45], sob pena da tomada de decisão ou a adesão por uma das hipóteses levantadas pelas partes, ocorrer bem antes do momento oportuno para o pronunciamento judicial. É, portanto, a imparcialidade da tomada de decisão que se pretende proteger com o exercício do contraditório, bem como a promoção da originalidade cognitiva judicial.

---

43. PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penas. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 218.

44. Em termos práticos, o procedimento deveria contar com dois julgadores: um para realizar a análise da admissibilidade da prova; e outro, a valoração do caso.

45. Neste mesmo sentido, Aury Lopes Jr. dirá que o julgador deve "dar 'ouvida' a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido" (LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 100).

Até que a parcialidade do *meio* de prova seja confrontada, mediante contraditório, para a extração de uma informação de relevância ao processo, este não pode(ria) alcançar o julgador. O contraditório, portanto, é o instituto processual que permite maior qualidade à informação. Não por acaso é que Gomes Filho afirma ser justamente o antagonismo entre as falas dos interessados no provimento final que garante a imparcialidade do juiz. O autor ressalva que "sem que o diálogo entre as partes anteceda ao pronunciamento estatal, a decisão corre o risco de ser unilateral, ilegítima e injusta; poderá ser um ato de autoridade, jamais de verdadeira justiça"[46].

Por óbvio que a imparcialidade judicial se desfaz quando há adesão do julgador a uma das hipóteses (acusatória ou defensiva) fundadas nos *elementos* de prova colhidos. Mas, para que se extraia *elementos* probatórios das *fontes* de provas trazidas aos autos, exige-se o contraditório como opção de civilidade e reconhecimento da dignidade do acusado[47]. A prática do contraditório evita o contágio do julgador por uma informação sem qualidade probatória necessária, em termos de devido processo legal.

Quanto às diferentes concepções entre *meios* de prova e *fontes* de prova, afirma Maier[48] que os primeiros se referem às distintas maneiras segundo as quais as partes podem incorporar ao processo os conhecimentos determinados e necessários, certos ou prováveis, sobre as hipóteses defendidas (ex.: testemunho, perícia, juntada de documentos). São canais de informação de que se serve o julgador[49]. Sobre *fonte* de prova, assevera Maier[50] se tratar de pessoas que intro-

46. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 135-137.

47. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 136.

48. MAIER, Julio B. *Derecho procesal penal*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011. t. III – parte generale: Actos procesales, p. 82-96.

49. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro), p. 308-309. No mesmo sentido, Badaró irá afirmar que meios de prova são os instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são levadas para o processo. "Assim, a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento é uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova." Conclui o autor que os meios de prova somente existem no processo (BADARÓ, Gustavo. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2003. passim).

50. Julio B. Maier define as pessoas que trazem informações ou conhecimento ao processo penal de órgãos de prova.

duzem no processo penal um conhecimento determinado sobre um objeto de prova[51] ou *thema probandi*[52]. Gomes Filho irá dizer que também serão fontes de prova coisas das quais se pode conseguir um *elemento* de prova, ou seja, as fontes de provas podem ser divididas em fontes pessoais e fontes de prova reais[53].

Conforme leciona Badaró[54], tais fontes decorrem do fato ilícito, são anteriores ao início do processo; portanto, não guardam relação de existência com esse. Será fonte de prova tudo o que puder servir para esclarecer algo sobre a existência do fato apurado; tudo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz[55], mesmo que não chegue ao conhecimento deste[56]. O detalhe esclarecido pelo autor, a partir de Sentís Melendo, é que as *fontes* de prova têm como destinatários as partes, vez que servem para substanciar as alegações ou hipóteses levantadas no processo[57].

---

51. Ainda, segundo Julio B. Maier, objeto da prova é o tema ou situação real a que a própria prova se refere. Em algumas ocasiões, irá se referir ao fato punível em si mesmo com todos os seus elementos; em outras, referir-se-á a circunstâncias meramente valorativas e normativas que não pertencem ao acontecimento fático em si. É comum, de acordo com o autor, o objeto da prova se referir a apenas um elemento que constitui o fato punível.
52. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Colômbia: Temis S.A., 2000. t. II, p. 9: "*las partes enuncian los diferentes temas y aducen las pruebas: en cuanto al ministerio público, son los hechos objeto de la acusación; luego los defensores indican los hechos que se proponen probar y piden que se admitan determinadas pruebas*".
53. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 308.
54. BADARÓ, Gustavo. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 165-166.
55. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 386.
56. Um documento que ateste a veracidade da hipótese (acusatória ou defensiva), mas que não foi carreado aos autos processuais por *meios* de prova e, portanto, não se tornou conhecido pelo julgador. Uma pessoa que presenciou o fato ilícito, mas que não testemunhou sobre o ocorrido no processo.
57. BADARÓ, Gustavo. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2003. p. 167. Na obra, Badaró direciona seu raciocínio para a hipótese de que caberá ao juiz também o papel de destinatário da fonte de prova. Fundamenta sua posição "dentro do que se denominou ativismo judicial, no qual os poderes do juiz vêm sendo ampliados, os juízes também podem ser destinatários das fontes de provas". Justifica o autor que: "o que não parece adequado é que o juiz saia averiguando e buscando fontes, pois neste caso, transformar-se-ia em um juiz instrutor, ao mesmo tempo em que seria o julgador

Razão assiste a Sentís Melendo[58]. Portanto, mesmo que existam passagens no texto legal em que o legislador processual penal atribua o sentido de *fonte* de prova à palavra "prova", não se pode vincular o julgador como seu destinatário. Os dados objetivos de conhecimento e informação que confirmam ou negam determinada hipótese processual são denominados por Gomes Filho[59] de *elementos*

da causa, com seríssimos riscos de perda da imparcialidade." Ademais, para o autor "se o juiz tiver conhecimento das fontes, seja porque as partes as levaram para o processo mediante um meio de prova, seja porque a produção de um meio de prova revelou uma nova fonte de prova, nada impedirá que o juiz determine a normal produção daquela prova". Conclui que "pode também ser determinada a produção de ofício de um meio de prova, sem que sobre o mesmo haja qualquer fonte no processo, como, por exemplo, quando o juiz determina que se junte aos autos a certidão de antecedentes criminais do acusado". Não se concorda com este pensamento, com o risco de expor apenas uma síntese dos motivos da discordância, estes se embasam pela essência do sistema acusatório que impede o julgador de atuar como parte. Questiona-se ademais qual seria a relevância de se juntar ao processo uma certidão de antecedentes criminais do acusado, senão apenas para justificar a tomada de decisão que se pauta na presunção da culpabilidade. Tal postura esbarra em um dos princípios norteadores do processo, a presunção de inocência. Por fim, não é possível permitir ao julgador dispor de fontes de provas que não foram trazidas ao processo pelas partes. O motivo de tal impedimento é a relação direta com a criação de expectativas e resultados já discorridos, mas que para elucidação recomenda-se a obra de Rui Cunha Martins (*O ponto cego do direito*) citada anteriormente.

58. SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979. p. 170-171. De fato, razão assiste ao autor, principalmente quando este diferencia *fontes* de prova e *meios* de prova. Contudo, não passa despercebido o erro cometido por Sentís Melendo quando se posiciona em acordo com o princípio da oficialidade do julgador no direcionamento e na ordenação dos meios de prova. Para o autor, o princípio inquisitório deve ter prevalência ao dispositivo na produção dos meios de prova, tendo em vista que estes se direcionam ao juiz. Discorda-se deste ulterior pensamento pelo risco à imparcialidade e violação do sistema processual penal acusatório.

59. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 307. Também em *Limites ao compartilhamento de provas no processo penal*, Gomes Filho irá explicitar seu entendimento acerca do contraditório *para* a prova e *sobre* a prova, de modo a admitir que na primeira situação o elemento probatório é somente formado depois do contraditório, sendo o contraditório condição de existência *para* a formação da prova (ex.: prova testemunhal); na segunda situação trazida pelo autor, na qual o contraditório existe *sobre* a prova, afirma o autor se tratar do contraditório exercido sob os elementos probatórios (ex.: prova documental) colhidos antes do processo. A nosso ver, não é

de prova. Conforme já explicado anteriormente, entende-se que estes *elementos* de prova, ou dados objetivos colhidos, somente os são depois da submissão dos *meios* de provas ao contraditório. É o conjunto destes *elementos* probatórios que proporcionará o alto grau de "certeza" ou a "probabilidade" de estar provado ou não o enunciado acusatório, alcançando-se assim a convicção judicial.

Sob este aspecto, o *resultado* de "estar provado" extraído dos diversos *elementos* de prova demostra que o crucial para o processo é o aspecto epistemológico acarretado à força ou o peso da prova, afastando para um local secundário o grau de confiança e crença do julgador, ou seja, o "compromisso" ou a "correspondência" com a "verdade". Como salienta Haack, o grau de crença do julgador é uma questão distinta e claramente secundária, contudo, diretamente relacionada à força dos elementos de prova. Quanto mais as provas avalizam o enunciado, mais haverá a captura psíquica do julgador[60].

A discussão das provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas (art. 155 do CPP), torna mais complexa a delimitação do sentido dado à "prova" e reforça a necessidade de distinção da hipótese defendida. Para Soares, "tratam-se de elementos de prova colhidos antes da instauração de processo penal e trazidos aos autos sem o adequado contraditório em sua produção, cuja valoração judicial a lei excepcionalmente admite" (*sic*)[61]

Todavia, não nos parece adequado considerar exclusivamente de elementos de prova, muito menos da flexibilização do exercício adequado do contraditório como afirma o autor. Com efeito, se assim o fosse, seria dispensável o exercício do contraditório para a produção de prova. No entanto, a premissa que rege a

acertado diferenciar as constituições probatórias a depender do momento em que se colhe a (fonte de) prova. Mesmo sendo uma prova documental colhida antes do processo, trata-se de fonte de prova sob a qual em contraditório irá se produzir os *elementos* de prova a serem adotados – se relevantes ao processo – na tomada de decisão que deverá ser congruente ao *resultado* da prova (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, ago. 2016).

60. Embora Haack fale "confiança" e consideração do enunciado como "verdadeiro" ela assume que o julgador é seduzido pelo aval, para então dar o enunciado como provado, o que estreita a relação com a noção de captura psíquica (HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUES, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica*: ensayos de epistemología jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 71).

61. SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 58.

matéria é a de que a produção probatória que integra a estrutura dialética somente é formada pelo crivo do contraditório.

Pelas lições de Fazzalari[62], a estrutura processual consiste na participação dos contraditores em simétrica paridade de suas posições, de modo que possam exercitar um conjunto de escolhas, de reações, de controles e de prestações de conta dos resultados. Se a atividade probatória é essencial para o processo e não há que se falar em processo sem a atuação das partes em contraditório, por evidente que a prova como elemento capaz de atestar uma hipótese fática processual não pode ser formulada sem a participação dos interessados na atividade probatória. Trata-se de outra coisa, mas não de prova.

O fator que diferencia estas categorias probatórias não é a relativização do exercício do contraditório, mas o momento no qual deverá ser exercido, cujo critério é a possibilidade de preservação da (fonte de) prova ou a produção imediata ou antecipada de elementos de prova. Contudo, também não será possível uma abordagem aprofundada sobre tais categorias, mas, ainda assim, se faz fundamental a análise, mesmo com o risco da superficialidade, principalmente por se entender de grande valia ao tema aqui discutido.

Lopes Jr. e Gloeckner[63] afirmam que, excepcionalmente, tendo em vista a urgência ou o risco de perecimento de uma prova importante, adotar-se-á o incidente de produção antecipada de provas[64] como procedimento a ser seguido para outorgar o *status* de ato de prova a determinado ato de investigação. Nada mais é que instrumentalizar uma forma de colher antecipadamente a prova, tendo em vista a impossibilidade de fazê-lo em momento processual oportuno[65].

Para justificar a produção antecipada da prova, deve se atentar para dois requisitos básicos: a "relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a

62. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 1. ed. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora. 2006. p. 119-120.

63. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal brasileiro*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 209.

64. Os autores alertam para a necessidade de revisar a legislação que versa – ainda que parcialmente – sobre o incidente probatório. Tal produção antecipada de provas está disciplinado no art. 225 que dispõe que "Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento".

65. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal brasileiro*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 211.

sentença" e a "impossibilidade de sua repetição na fase processual" (momento oportuno) em razão do provável perecimento da fonte de prova[66]. Antecipar a produção probatória não exclui a exigência do contraditório e do direito de defesa, ao contrário, simboliza o justo exercício antecipado de ambos para a produção da prova. A urgência jamais irá dispensar o contraditório como critério de produção da prova[67].

Não é a fonte da prova que se conserva urgentemente em face do perecimento, mas o que se tem é a produção – a partir do contraditório antecipado – da formação de elementos de prova que deveriam ser alcançados em momento processual oportuno, mas que, pela urgência, se antecipou sua formação. Pode-se dizer que são provas antecipadas pela urgência; contudo, caso os elementos de prova produzidos estejam eivados de vícios e (ainda) não haja ocorrido o perecimento ou a perda da fonte de prova, nada impedirá que se repita a produção probatória. Como explica Lopes Jr., trazendo Pontes de Miranda para a teoria de nulidades para o específico campo do processo penal, aquilo que foi feito com defeito, existe, mas pode – e deve, em se tratando de direito processual penal – ser refeito[68].

Não se pode confundir ou misturar as categorias de prova antecipada e cautelar, nem as colocar como espécies de um gênero denominado "prova cautelar em sentido amplo"[69]. Provas antecipadas não são cautelares pois não se prestam à conservação da fonte de prova para que se evite uma frustração probatória (prova antecipada é o produto da antecipação da produção probatória). De igual modo, prova cautelar não é o mesmo que meios de investigação de prova. Separar estes institutos processuais também é fundamental para que seus proventos tenham tratamento adequado.

"Meios de investigação de prova"[70], como o próprio nome o define, são meios de investigação de fontes de prova. Servem para a identificação de fontes de

66. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal brasileiro*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 212.

67. Ver nesse sentido: LOPES JR., Aury; PACZEK, Vitor. Antecipação de prova testemunhal e a perspectiva do RHC 64.086: mais uma vez sobre a finalidade do processo. *Boletim do IBCCrim*, v. 294, p. 2021-2023, 2017.

68. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 953.

69. ARANTES FILHO, Marcio Geraldo. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 53.

70. O termo utilizado neste trabalho reflete o exposto por Arantes Filho, em que a utilização do termo "meio de obtenção de prova" pressupõe ou induz equivocadamente a já existente fonte de prova que irá se obter, logo presume-se a culpabilidade do sujeito passivo

prova. Diligências que atendem ao esclarecimento do fato oculto não têm capacidade de conservar cautelarmente nenhuma fonte de prova, mas identificá-la como tal e assim tornar possível que as partes processuais lancem mão de meios (meios de prova, meios de produção de prova) para as produzir como prova. Cumprida esta função, os meios de investigação devem ser excluídos do processo, principalmente por representarem uma impossibilidade do exercício adequado do contraditório[71].

Conceder o contraditório diferido em relação a uma declaração autoincriminatória involuntária, por exemplo (como é o caso de interceptações telefônicas), é se utilizar da forma processual como maquiagem de legitimidade e constitucionalidade. Desconsideram-se a partir disto as finalidades peculiares dos institutos que funcionam como engrenagens de um sistema processual.

A face oculta deste específico contraditório diferido sob declarações autoincriminatórias é a subtração do princípio *nemo tenetur se detegere*. Não se pode dizer que o instituto da interceptação telefônica produz uma prova cautelar, não é possível vislumbrá-lo como um instrumento (medida cautelar probatória) mediante o qual se conserva qualquer fonte de prova, senão que tal argumento legitima a burla contra a autoincriminação.

Pela interceptação telefônica – como meio de investigação (de prova) –, se identificam fontes de prova (ex.: pessoas que compõem o esquema criminoso, objetos utilizados, proventos do crime), mas não é possível sua conservação. Cumprida esta função endoprocessual, os registros decorrentes da interceptação

da medida imposta (ARANTES FILHO, Marcio Geraldo. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 29 – nota de rodapé 58).

71. Não se quer dizer que a natureza jurídica de um instituto não possa ser híbrida a partir da sua finalidade ou objetivo alcançado, mas ainda assim o tratamento é diferente. É possível que um mesmo instituto processual seja uma medida cautelar e um meio de investigação de prova (ex.: busca e apreensão). Contudo, discorda-se de Arantes Filho que, embora afirme que a finalidade dos meios de investigação de prova seja a descoberta de fontes de prova e não a produção de elementos probatórios, admite que seja possível o contraditório postergado sob estes meios de investigação. O autor fundamenta o seu raciocínio a partir do fato de que destes meios de investigação de prova podem resultar elementos de informação que poderão ser utilizados como fonte de convencimento judicial para avaliação de objetos de prova, se confirmados por elementos probatórios produzidos em contraditório. Como exemplo de prova cautelar – em sentido estrito de meio de investigação de prova –, destaca o autor o instituto da interceptação telefônica, Lei 9.296/96. (ARANTES FILHO, Marcio Geraldo. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 53).

devem ser excluídos, não podendo servir para o convencimento judicial, sob pena de inefetividade do contraditório, ainda que sob o argumento circular de que são confirmatórios de elementos já produzidos em juízo (se já produzidos elementos probatórios suficientes e satisfatórios para a condenação, não deveria se cogitar sua confirmação por outros meios).

Quanto às ditas provas cautelares, antes de defini-las, é preciso entender o que são medidas cautelares penais. Isto porque uma tem ligação direta com a outra. De acordo com Gimeno Sendra, medidas cautelares são medidas dirigidas a garantir o cumprimento efetivo da sentença[72]. Na mesma direção, aponta Badaró[73] que parcela doutrinária compreende se tratar de instrumentos que asseguram o provimento final, o resultado de uma hipotética condenação (instrumentalidade hipotética).

Contudo, essa noção não serve para o processo penal por ignorar a diferença básica entre processo penal (ser) e civil (ter)[74]. Indo além, faz-se menoscabo com a presunção de inocência e a pretensão acusatória (e não punitiva), desconsiderando a absolvição como resultado da sentença final e, portanto, uma presunção da culpa[75]. Esta definição civilista importada para o Direito Processual Penal comina na confusão entre cautelaridade e antecipação de tutela, essa última inexistente no processo penal. Sem contar que tal concepção exclui de seu âmbito as medidas cautelares penais probatórias, pelo fato de permitir, a partir da aplicação deste conceito, antecipar-se a produção probatória sem a validade ofertada pelo contraditório.

---

72. "*Las medidas cautelares están dirigidas a garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia. [...] Para garantizar estos efectos o la futura y probable ejecución de la parte dispositiva de la sentencia surge la conveniência de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas cautelares*". (GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3. ed. 1999. Madrid: Editorial Colex, 1999. p. 472.)

73. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 988.

74. CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el processo penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960. p. 19.

75. Tal concepção demonstra ainda uma severa influência civilista no âmbito do processo penal, de modo a desconsiderar a presunção de inocência como regra de tratamento ao acusado em todo o percurso processual até o provimento final. Assegurar o provimento final no processo civil corresponde à conservação do bem patrimonial em disputa, de modo que se ateste que à época da decisão, este bem – objeto da pretensão resistida – possa ser entregue ao seu real titular.

Apresenta-se mais acertada a definição sobre as medidas cautelares penais trazida por Pujadas Tortosa[76]. Medidas cautelares penais servem para a proteção do processo sobre vários perigos de frustração, ou seja, protege-se o processo do risco da frustração processual. Um risco que, segundo a autora, é aquele que eventualmente impossibilita a válida prossecução do processo e a realização de seu objetivo[77].

Quanto às provas penais e às ditas medidas cautelares penais, Pujadas Tortosa também afirma que deve se considerar um risco à frustração processual a eventual indeterminação do fato ou do sujeito investigado proporcionada pela ausência de indícios que permitam se conhecer o passado (fato ilícito). Portanto, uma tutela cautelar probatória presta-se a evitar a ocultação, destruição ou manipulação de *fontes* e *meios* de prova[78].

Definitivamente, a prova cautelar não se apresenta semelhante às provas irrepetíveis ou antecipadas – muito menos aos meios de investigação de prova –, mas

76. PUJADAS TORTOSA, Virgínia. *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*. Tesis doctoral, Universitat de Girona, Departament de Dret Públic. Girona, enero de 2007.

77. PUJADAS TORTOSA, Virgínia. *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*. Tesis doctoral, Universitat de Girona, Departament de Dret Públic. Girona, enero de 2007, p. 129.

78. PUJADAS TORTOSA, Virgínia. *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*. Tesis doctoral, Universitat de Girona, Departament de Dret Públic. Girona, enero de 2007, p. 213-214: Sobre os perigos cautelares elenca e discorre a autora: "1. *Imposibilidad de afirmar indicios suficientes de comisión delictiva por parte de un sujeto concreto (supuesto 2). La tutela cautelar acordada por esta causa tratará de evitar que la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes de prueba, por parte del sujeto pasivo del proceso, obligue a sobreseerlo en virtud del art. 637. 2º LECrim.* 2. *Imposibilidad de afirmar indicios suficientes que acrediten el carácter delictivo del hecho o su existencia (supuesto 4). Ante esta eventualidad, es factible acudir a la tutela cautelar para evitar que la ocultación, destrucción o manipulación de fuentes de prueba, por parte del sujeto pasivo del proceso, obligue a sobreseer el proceso de modo provisional (en caso de no poder acreditarse el carácter delictivo del hecho) o definitivo (en caso de no existir indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que dio motivo a la formación de la causa).* 3. *Imposibilidad material de practicar alguna prueba en el juicio oral (supuesto 6). Este peligro debe combatirse evitando que el sujeto pasivo, con la intención de frustrar la práctica probatoria y forzar así una (quizás improcedente) sentencia absolutoria, destruya, oculte o manipule medios de prueba. Cabe advertir que el sujeto pasivo también puede impedir la práctica probatoria mediante la suspensión de la vista por ausencia del mismo. Pero este supuesto debe reconducirse, claramente, a la frustración del proceso por ausencia del acusado*".

como fontes de provas recolhidas a partir da execução de uma medida cautelar probatória. Logo, recolhe-se a fonte de prova pela execução da cautelar (antes do processo ou no decorrer deste), conserva-se até a inclusão no processo penal por um meio de prova e submete-se ao contraditório em momento processual oportuno. Não se pode dizer que executada uma medida cautelar probatória, cujos frutos foram (fontes de) provas recolhidas, se constitui a "prova penal". Portanto, volta-se a afirmar: a constituição probatória é somente possível quando estabelecido o contraditório sob o meio de prova.

Diferente também é o instituto processual da prova irrepetível. Muito embora a doutrina[79] entenda que sejam semelhantes, sob outra óptica, se percebe que não se trata de institutos de mesma peculiaridade. Provas não repetíveis "são aquelas que, por sua própria natureza, têm de ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise"[80]. Este conceito é o que se apresenta mais adequado em virtude de atestar o grau de emergência do perecimento da fonte de prova. Logo, conserva-se a informação desta fonte de prova por meio de seu registro e respectivos elementos. Um exemplo claro é o exame de corpo delito.

O contraditório será exercido, ainda que sob o registro da fonte de prova e de seus elementos, em momento processual oportuno para a formação de elementos de prova. Contudo, por se tratar de prova irrepetível pela emergência do perecimento da fonte de prova, é importante permitir a manifestação da defesa na formação da documentação ou do registro da fonte perecível, seja para solicitar outras provas, seja para a formulação de quesitos à perícia etc. Pela "impossibilidade de repetição em iguais condições" [81], caso o registro de seus respectivos elementos seja feito com vícios, não poderá ser refeito, por quanto irrepetível (ex.: perícia em que consta juízos de valor do perito ou com conclusões alheias à sua competência) e cujo efeito é a exclusão da prova, por carregar consigo uma informação descreditada pelo vício.

Em resumo, dentro do interesse comum em qualificar a informação trazida aos autos processuais, conclui-se que somente com contraditório pode se

79. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *As reformas no processo penal*: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 254-255.

80. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal brasileiro*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 326.

81. LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal brasileiro*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 326.

falar em "prova", visto que sua função recognitiva e ritualizada serve para a captura psíquica do julgador.

6. A possibilidade de concretização de *standards* como regras de admissibilidade (negativo-proibitivas ou de inadmissibilidade) para a valoração

A prova serve para a captura psíquica do juiz e só há "prova" com a adesão do contraditório, que está condicionado à tensão dos elementos de prova com as regras de admissibilidade. A partir dessas regras de admissibilidade é que se identifica uma potencial funcionalidade para o *standard* probatório, colocando essa técnica processual para contribuir com a qualificação da decisão penal, mediante a redução dos espaços impróprios de decisionismo judicial.

Seguindo a preocupação contra os amorfismos processuais típicos de sistemas inquisitórios, Franco Cordero analisa o abuso do livre convencimento motivado, afirmando que, com o sistema acusatório, além da distribuição de carga probatória às partes, foram impostas formas legais à produção de provas, sendo a palavra-chave nesse sistema a "admissibilidade", que "evoca a apreciação preventiva à qual todas as provas estão submetidas", mediante um ato descolado da aquisição[82].

Na experiência brasileira, Geraldo Prado compreende que a minirreforma de 2008 no processo penal brasileiro (Lei 11.690/2008) colocou "a qualidade da decisão penal como meta", mediante um duplo impacto: a busca pela "melhor prova possível" e por "um trajeto normativo indispensável para a aquisição desta prova, sua introdução no processo, e ao final sua avaliação pelo juiz, como condições de validade"[83].

Nesse raciocínio, é possível afirmar *standards* probatórios como regras de admissibilidade (negativo-proibitivas). Evita-se a generalização do conceito com fórmulas abstratas e contribui-se para a proteção de direitos de maneira concreta e específica, reduzindo os espaços de discricionariedade. A objetividade parece estar na eleição de critérios de admissão adequados.

82. CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Colômbia: Temis S.A., 2000. t. II, p. 37. Sobre a relação entre amorfismo processual e sistema inquisitório, ver: CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Colômbia: Temis S.A., 2000. t. I, p. 23-25.

83. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 38-39.

O local de incidência destas regras de admissibilidade estaria nos meios de prova no processo penal. Conjuntamente, seria necessário reformular o rito procedimental, impondo para todos ritos um contraditório sobre a admissão da prova antes do recebimento da denúncia combinado com a repartição de competências jurisdicionais, mediante a diferenciação do Juiz que atuou na investigação preliminar e daquele que atuará no processo; em suma, quem admitiu ou inadmitiu a prova não pode valorar. Ao lado disso, é preciso reconfigurar o procedimento da prova ilícita, pois a (in)admissão seria prévia ao processo (recebimento da denúncia).

Em suma, para que uma *fonte de prova* seja introduzida no processo, mediante um meio de produção de prova, há que se observar tais diretrizes processuais[84]. Toda fonte de prova, para que seja introduzida no processo, deve, pelo meio de prova, ter comprovado seu critério de validade (respeito ao contraditório e seus desdobramentos, como o direito à informação [fiabilidade e integridade], direito ao confronto [conhecimento das fontes de prova] etc.).

Trata-se de regras de admissibilidade caracterizadas pela objetividade, previamente delimitadas na lei processual (respeito à legalidade processual, sem amorfismos), buscando-se atender à preservação da fiabilidade do material probatório, decorrente do axioma *nulla poena sine probatione*.

84. Alguns exemplos do que se afirma aqui pode ser visto em diversos dispositivos do Código de Processo Penal brasileiro. Para ilustrar o que se argumenta, se analisará o Capítulo VI do Código, que versa sobre a prova testemunhal. A pessoa da testemunha, por excelência, é uma fonte de prova que possibilita ao processo informações acerca do fato natural. Seu testemunho é o veículo pelo qual se reporta a informação para dentro dos autos processuais, portanto, meio de prova. As regras de admissibilidade, que utilizar-se-á como exemplo, reportam à prova testemunhal seu aspecto oral e não escrito. Uma de suas proibições se dará em razão de função, ministério, ofício ou profissão das pessoas que devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. Entre outras regras de admissibilidade, presente está a possibilidade do exercício do contraditório, ou seja, há evidentemente uma possibilidade de se contraditar a testemunha, previamente, em virtude das possíveis circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade. Esta etapa do exercício de se contraditar uma testemunha pode ser vista como parcela do próprio direito ao contraditório, sob o aspecto de que este servirá para assegurar que a informação (testemunho) que ingressará ao processo seja uma informação qualificada para a resolução do caso, ou seja, a corroboração ou o descarte da hipótese fática levantada pela parte. Note-se que a informação que pode ser trazida aos autos pela testemunha vincula o fato histórico ao "fato processual" (proposição fática acusatória ou defensiva), isto se dará em relação a qualquer outra fonte probatória que é inserida aos autos do processo.

A admissibilidade também está diretamente vinculada à forma de aquisição da fonte de prova; aquisição fora dos parâmetros será inadmitida e tratada como ilícita, a teor do art. 157 do CPP. A partir disto, a leitura do artigo 157 do CPP denuncia uma falha processual e sistêmica que permite o ingresso do conteúdo informacional trazido pela prova ilícita. Diz-se, do conteúdo, posto que pelo artigo a prova declarada ilícita deverá ser desentranhada dos autos processuais. Porém, sendo inadmissíveis as provas ilícitas, pois obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, sequer deveriam ser acostadas aos autos. A licitude da aquisição deve ser verificada anteriormente ao entranhamento dessa no processo e por outro juiz, não se podendo correr o risco de contágio do conteúdo informacional ilícito com o julgador. O objetivo é proteger a formação cognitiva.

Se a forma é garantia e legitimante do exercício de poder da decisão penal, é adequado tipificar procedimentos de incorporação das provas ao processo. Evidentemente, falar em uma divisão de momentos probatórios, é afirmar a necessidade de contraditório em todas essas etapas. Tratar-se-á, então, de um contraditório qualificado e não diferido.

Essa situação se agrava na era digital[85], em que a tecnologia permeia nossas vidas e, no âmbito da investigação criminal, "as inovações tecnológicas introduzidas parecem capazes de realizar os objetivos perseguidos pela filosofia da consciência", que é a "verdade como ela é, a verdade real ou ao fato puro"[86]. Com essa mesma sensibilidade, Ramalho[87] também reconhece a importância de se

85. Os sistemas informáticos – principalmente a partir da denominada "internet das coisas" – constituem uma fonte inestimável de potenciais provas utilizáveis para a averiguação dos fatos históricos no marco processual penal. Para Salt, as tecnologias da informática utilizadas no aprimoramento das investigações penais geram assim uma mudança de paradigma no Direito Processual Penal quanto às normas procedimentais diante desta nova realidade (SALT, Marcos. *Nuevos desafios de la evidencia digital*: acceso transfronterizo y técnicas de acceso remeto a datos informáticos. 1. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017. p. 33).

86. PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 69.

87. A importância dada pelo autor a tais relatórios consiste na justa comprovação de diligências realizadas a fim de se obter fontes de prova, ou seja, I – a compreensão da diligência de recolha das fontes de provas; II – a garantia do cumprimento dos procedimentos forenses que asseguram a cadeia de custódia da prova; e III – o afastamento de hipóteses de contaminação da prova por terceiros. O autor destaca de modo não exaustivo alguns pontos de referência cujos relatórios devem constar desejavelmente,

qualificar o contraditório, especialmente sobre provas digitais. O autor descreverá o direito a um contraditório qualificado voltado aos relatórios diligenciais da condução investigativa ou da recolha da prova digital.

Assim como a depender da dosagem, remédio vira veneno, compreende-se que o *standard* de prova como regras de admissibilidade probatória (concepção semelhante à prova legal negativa[88]) pode contribuir para a redução dos espaços de decisionismo judicial, devendo-se ajustar a "dosagem" de utilização deste mecanismo, isto é, adequar o espaço de incidência e a finalidade desta técnica no devido processo penal.

A primeira proposta é tornar regra em todos ritos, uma fase de admissibilidade dos meios de prova, onde se realizará o filtro, antes do recebimento da denúncia, sendo dever da acusação apresentar todas as fontes de prova utilizados para formular a denúncia e os meios para sua produção no processo de conhecimento:

---

como "(1) notas preparadas durante a fase de exame; (2) detalhes sobre o modo como a investigação foi conduzida e o meio de obtenção de prova a partir do qual a informação foi recolhida; (3) detalhes sobre a técnica e o modo de garantia da cadeia de custódia; (4) a validade dos procedimentos técnicos utilizados, à luz dos requisitos impostos pelo estado da arte; e, (5) informação sobre o que foi descoberto a partir da informação recolhida. Entre a informação sobre os dados recolhidos deverão constar, entre outros elementos, (a) os ficheiros concretamente relacionados com o tema da investigação, bem como outros ficheiros aptos a sustentar as conclusões do especialista, como sejam ficheiros eliminados e recuperados; (b) o tipo de pesquisa efetuada, incluindo os termos de pesquisa, os programas objeto da pesquisa e os programas utilizados para recolher a prova; (c) informação relevante extraída a propósito do uso da *internet*, como o histórico de visitas e ficheiros de *logs*; (d) a eventual existência de técnicas anti-forenses no sistema informático, designadamente de eliminação e dissimulação de ficheiros; (e) o registro de datas e horas de todas as diligências efetuadas; (f) a possibilidade da prova ter sido fabricada por um terceiro, tendo inclusivamente em consideração o grau de segurança informática física e lógica do sistema visado; e (g) a fidedignidade do sistema e do processo de criação de registros e gravações". (*sic*) (RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Portugal: Almedina, 2017. p. 258.)

88. Como explica Gomes Filho, a prova legal negativa, embora pudesse levar a absurdos, tem um valor garantístico, pois se "postulava limitações ao livre convencimento, quando se tratasse de condenar. Desse modo, ao contrário do que sucedia em relação às provas legais tradicionais, ou positivas, em que determinados elementos autorizavam o reconhecimento da culpabilidade, mesmo contra o convencimento moral do juiz, segundo essa nova concepção, o juiz só estaria autorizado a condenar se, além de convencido, estivesse amparado por um mínimo de prova, de acordo com as estipulações do legislador" (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 32).

> "Oferecida a denúncia, o réu será intimado para apresentar defesa preliminar sobre os meios de prova, podendo arguir exceções e requerer diligência imprescindíveis para corroboração da hipótese.
>
> Parágrafo único: é dever da acusação apresentar todas as fontes, meios e elementos de prova utilizados, sendo a omissão causa de rejeição da denúncia."

A segunda proposta é divisão de competências entre o juiz que realizará a admissão e o outro que apreciará o processo. Segundo Gascón Abellán[89], o juiz deve se portar como *gatekeeper*, no controle de admissibilidade da entrada da prova no processo. Evidentemente que é preciso levar em consideração o questionamento: de qual juiz se fala? Ora, se o critério de admissibilidade também visa impedir o contato do julgador com o conteúdo por vezes não fiável, notadamente este primeiro contato deve ser feito por um juiz diferente daquele que julgará o caso (valoração do conteúdo na decisão final). Portanto, o juiz *gatekeeper* não poderá ser aquele que decidirá ao final. Aqui a prevenção seria um critério de exclusão de competência e pretende preservar a originalidade cognitiva, a imparcialidade do julgador e o contraditório: "A prevenção é um critério de exclusão de competência e o juiz que apreciará a admissibilidade dos meios de prova não atuará no processo, valorando os mesmos fatos."

A terceira questão entra nas regras de admissibilidade propriamente ditas. A primeira regra de admissibilidade é de que seja proibida a restrição de direitos fundamentais com base em denúncia anônima. A denúncia anônima imuniza as evidências do efetivo direito ao contraditório, pois não se sabe a fonte e nem a integridade da informação[90]. Essa noção impede a corroboração da informação anônima com outros indícios, pois a fonte está contaminada e o vício do contraditório contamina a eficácia:

> "Além de outros previstos, são requisitos para a autorização de medidas cautelares probatórias, pessoais ou patrimoniais:
>
> I – a identificação integral da fonte de prova; [...]
>
> Parágrafo único: não será concedida autorização judicial com base em denúncia anônima, sendo vedado a corroboração com outros elementos de prova, ressalvada a investigação por fontes autônomas."

89. GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba científica: un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica.* Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 192.

90. Como se reconhece a tempos no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (nos casos *Kostovski vs. Holanda, Windisch vs. Áustria* e *Lüdi vs. Suíça*) (ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita*: un estudio comparado. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 128). No âmbito da nossa Suprema Corte, HC 99.490.

A segunda regra de admissibilidade se fixa na proibição de compartilhamento de informações financeiras (fiscais e bancárias) dos órgãos de controle (Receita Federal ou UIF) com o Ministério Público ou com a Polícia. Não se impede a notícia do fato criminoso por relatórios de movimentação atípica ou representação fiscal para fins penais, isto é, é possível o apontamento da fonte de prova; mas o envio de dados financeiros para as agências de persecução é vedado, sendo típico caso de aquisição de elementos de prova de maneira inválida. Aqui a violação se dá à presunção de inocência e à intimidade, elementos do devido processo legal.

> "É inadmissível o compartilhamento de provas obtidas pelos órgãos de controle com a polícia e o ministério público, salvo com ordem judicial, sob pena de inadmissão no processo.
>
> Parágrafo único: o dever de informar a notícia do fato não poderá extrapolar a identificação da fonte de prova."

A terceira regra de inadmissibilidade está na exigência de fiabilidade e integridade das fontes de prova. Trata-se de assegurar a cadeia de custódia da prova[91], que representa estipular requisitos indispensáveis à atividade probatória, como a identidade, a integridade e a autenticidade, buscando alcançar a observância da manutenção integral, ou imodificabilidade, do material probatório, sua "mesmidade". É uma garantia de que não será valorada uma prova distinta daquela coletada, ou seja, uma garantia capaz de evitar uma contaminação, possíveis alterações, manipulações, substituições, destruições, ou trocas entre *fontes* probatórias[92-93]. Em termos constitucionais, busca-se a preservação do contraditório

91. Trata-se, nada mais, nada menos, de controlar a coerência da formação e representação do conhecimento para o convencimento do mérito realizado pelo julgador sobre o caso penal, de modo que o problema da cadeia de custódia está inserido na "relação entre aquisição probatória e a sua elaboração e/ou representação íntima" (MOCCIA, Sergio; IASEVOLI, Clelia. Verdade substancial e verdade processual. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 182).

92. "Mesmidade" como qualidade de ser do mesmo (VELASCO NUÑEZ, Eloy. Aseguramiento, custodia de la prueba tecnológica, análisis y valor. In: *Delitos tecnológicos*: definición, investigación y prueba en el proceso penal. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2016. p. 90).

93. Na experiência italiana, a alteração da prova conduz "à falta, ilogicidade ou à contraditoriedade da motivação, não apenas no texto do provimento, mas também nos atos do processo especificamente indicados nos motivos do gravame" (Sentença de Cassação 13.994, 23.03.2006) (MOCCIA, Sergio; IASEVOLI, Clelia. Verdade substancial e

(tanto no direito ao confronto como à informação). Essa proposição serve tanto para as provas ordinárias como para as científicas[94].

> "É inadmissível a fonte de prova sem comprovação quanto à integridade, confiabilidade e mesmidade.
>
> Parágrafo único: a invalidade da fonte de prova contamina os meios e elementos de prova, sendo ilícitos para processo."

A quarta está na ressignificação da regra de corroboração da delação premiada, tornando inadmissível a fonte de prova sem de corroboração extrínseca e intrínseca do fato e da autoria[95-96]. Busca-se proteger a presunção de inocência, o contraditório, além da precaução ao erro judicial. "É inadmissível a utilização de fontes de prova, originárias de delação premiada, sem a corroboração extrínseca e intrínseca do fato e da autoria."

Trata-se de qualificar o contraditório, exercendo-o na admissibilidade, para somente então partir-se ao conteúdo informacional contido na fonte probatória. Em tempos de economia política do *compliance,* nada mais adequado que

verdade processual. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 181).

94. Os pressupostos de admissibilidade das provas tidas como científicas vêm sendo mencionados em diversas decisões na jurisprudência estadunidense. Tais pressupostos foram firmados pela Corte Norte- Americana como "Rule 702 of the Federal Rules of Evidence" decorrente do julgamento no caso Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, sendo a própria Corte a sugerir que fossem considerados fatores como "testes prévios das teorias e técnicas empregadas pelo especialista científico", "se houve revisão por outros especialistas", "taxas de erros", "a sujeição da técnica utilizada aos *standards* definidos" e "se as técnicas e teorias aplicadas pelo especialista possui grande aceitação" (GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba científica: un mapa de retos. In: VÁZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 192).

95. BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei n. 12.850/13. *Consulex*, n. 443, p. 26-29, fev. 2015.

96. Refletindo sobre "as coordenadas hermenêuticas para a correta valoração de uma delação", Moccia e Iasevoli afirmam que o Juiz deve apreciar a história de vida do delator e em que contexto social subjetivo ele está envolvido, questionando a "consistência intrínseca" da delação (espontaneidade, autonomia, precisão e completude da narrativa) e a consistência extrínseca, baseada na "correspondência externa", ou seja, a corroboração das alegações com outros elementos de prova que endossam a credibilidade da narrativa (MOCCIA, Sergio; IASEVOLI, Clelia. Verdade substancial e verdade processual. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 171-172).

formular propostas de controle à atuação estatal, que embora sejam meramente exemplificativas, exaltam a relevância dos *standards* probatórios como regras de inadmissão ou proibição. São padrões que podem ser um remédio para o decisionismo judicial, buscando proteger a valoração judicial de desvios do devido processo legal, mediante a escolha do controle da racionalidade judicial, pois, recordemos, jurisdição é poder e tende a ser abusivo.

7. Considerações finais

1. O *standard* probatório – na perspectiva da regra de admissibilidade – pode ser útil em termos de controle ao exercício (do poder) jurisdicional, mas depende do local de incidência e o espaço de atuação.

2. A utilização do BARD mostra que a técnica processual caiu num ceticismo semântico. Essa generalidade, ao invés de contribuir para o controle de subjetivismo, tem o efeito rebote: incrementa-o, na contramão da pretendida redução dos espaços impróprios de decisionismo judicial.

3. Contudo, ao se inverter a lógica de atuação do *standard probatório*, remetendo-o a uma função mais singela de proibição (e não mais de satisfação, como se fez no BARD), identifica-se uma produtiva efetivação do controle ao exercício do poder punitivo e da proteção ao devido processo legal.

4. No entanto, é preciso definir a prova como produto do contraditório e cuja função é a captura psíquica do juiz. A verdade tem um caráter contingencial e circunstancial em termos sistemáticos. Essas conclusões estão de acordo com a compreensão do local da verdade no processo penal: a busca dela não pode ser a finalidade do processo, mas um critério de legitimidade da decisão judicial.

5. Junto com as regras de admissibilidade definidas, é preciso reconfigurar o rito processual pela inclusão da fase de inadmissão e defesa preliminar antes do início do processo (recebimento da denúncia). A decisão judicial, analisando essa fase, será destinada a um juiz diverso daquele que julgará o caso (prevenção como critério de exclusão de competência).

Referências

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Instituciones de derecho procesal penal*. Madrid: Gráficas Mesbar, 1976.

ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Proceso y derecho procesal*: Introducción. 2. ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1997.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo. *A interceptação de comunicação entre pessoas presentes*. 1. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

ARMENTA DEU, Teresa. *La prueba ilícita* (un estudio comparado). Madrid: Marcial Pons, 2009.

BADARÓ, Gustavo. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Ed. RT, 2003.

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BADARÓ, Gustavo. O Valor Probatório da Delação Premiada: sobre o § 16 do art. 4º da Lei n. 12.850/13. *Consulex*, n. 443, p. 26-29, fev. 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el processo penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 2, p. 5, 1965.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. In: *Separata !TEC*, ano 1, n. 4, p. 1-2, jan.-fev. 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Os sistemas processuais agonizam? In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Observações sobre os sistemas processuais penais* (escritos do Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. v. 1). Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

COUTINHIO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, 1998. Disponível em: [https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587].

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao "Verdade, dúvida e certeza", de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. *Revista de Estudos Criminais,* Porto Alegre, v. 4, n. 14, p.78-79, 2004.

CORDERO, Franco. *Procedimiento penal*. Colômbia: Temis S.A., 2000. t. II.

CORDERO, Franco. Tre studi sulle prove penale. Milano: Dotti. A. Giuffrè Editore, 1963.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*. 1. ed. Campinas: Bookseller Editora e Distribuidora, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*: teoría del garantismo penal. 8. ed. Madrid: Trotta, 1995.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Clássicos jurídicos. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, reimp. 2004.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. Prueba científica: un mapa de retos. In: VAZQUEZ, Carmen (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica*. Madrid: Marcial Pons, 2013.

GIMENO SENDRA, Vicente; MORENO CATENA, Victor; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Penal*. 3. ed. Madrid: Editorial Colex, 1999.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*: introdução principiológica à teoria do ato processual irregular. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Ed. RT, 2001.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro. In: YARSHELL, Flávio Luiz. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Limites ao compartilhamento de provas no processo penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 122, ago. 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *As reformas no processo penal*: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Ed. RT, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: *Derecho, derecho penal y proceso I*: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso*. III El proceso como situación jurídica, una crítica al pensamento procesal. Madrid: Marcial Pons, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. v. II.

GUASP, Jaime; ARAGONESES ALONSO, Pedro. *Derecho procesal civil*. 4. ed. revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses. Madrid: Civitas S.A., 1998.

HAACK, Susan. El probabilismo jurídico: una disensión epistemológica. In: VÁZQUEZ, Carmen. *Estándares de prueba y prueba científica*: ensayos de epistemologia jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2013.

KNIJNIK, Danilo. *A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LAUDAN, Larry. *Verdad, error y proceso penal*: un ensayo sobre epistemología jurídica. Trad. Carmen Vázquez y Edgar Aguilera. Madrid: Marcial Pons, 2013.

LAUDAN, Larry. Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, p. 106, 2005.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires: EJEA, 1963.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*: introdução crítica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal brasileiro*. 6. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., Aury; PACZEK, Vitor. Antecipação de prova testemunhal e a perspectiva do RHC 64.086: mais uma vez sobre a finalidade do processo. *Boletim do IBCCrim*, v. 294, p. 2021-2023, 2017.

MAIER, Julio B. J. *Derecho procesal penal*. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Del Puerto, 2011. t. III – parte general: Actos procesales.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na Perspectiva da Sociedade Democrática: o Juiz-cidadão. *Revista ANAMATRA* – Órgão Oficial da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho, Brasília, ano VI, n. 21, out.-dez. 1994.

MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*: the brazilian lessons. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAX, Weber. *Economia e sociedade*. Trad. Regis B. e Karen E. B. São Paulo: UNB, 2004.

MOCCIA, Sergio; IASEVOLI, Clelia. Verdade substancial e verdade processual. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório*: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PUJADAS TORTOSA, Virgínia. *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*. Tesis doctoral, Universitat de Girona, Departament de Dret Públic. Girona, enero de 2007.

RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*. Portugal: Almedina, 2017.

SALT, Marcos. *Nuevos desafíos de la evidencia digital*: acceso transfronterizo y técnicas de acceso remeto a datos informáticos. 1. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2017.

SENTÍS MELENDO, Santiago. *La prueba*: los grandes temas del derecho probatorio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto* – decido conforme minha consciência? 5. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim?* Disponível em: [www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-in-comum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim].

VELASCO NUÑEZ, Eloy. Aseguramiento, custodia de la prueba tecnológica, análisis y valor. In: *Delitos tecnológicos*: definición, investigación y prueba en el proceso penal. Madrid: Editorial Jurídica Sepín, 2016.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A aplicabilidade dos *standards* probatórios ao processo penal brasileiro, de Luis Irapuan Campelo Bessa Neto, Luiz Eduardo Dias Cardoso e Rodolfo Macedo do Prado – *RBCCrim* 165/129-158 (DTR\2020\372);
- Direito humano à prova e os *standards* probatórios nos processos penais, de João Paulo Kulczynski Forster, José Eduardo Aidikaitis Previdelli e Graziele Silva Costanza – *RBCCrim* 160/147-176 (DTR\2019\40095);
- Justiça, verdade e prova penal, de Diogo Erthal Alves da Costa – *RBCCrim* 161/187-225 (DTR\2019\41039);
- O necessário desenvolvimento de *standards* probatórios compatíveis com o direito processual penal brasileiro, de Guilherme Brenner Lucchesi – *RBCCrim* 156/165-188 (DTR\2019\31668); e
- Suficiência probatória no direito criminal brasileiro: descaracterização do *standard* probatório *beyond a reasonable doubt*, de Sebástian Borges de Albuquerque Mello e Alana Stefanello Gonçalves – *RBCCrim* 167/303-328 (DTR\2020\6427).

A inconstitucional ampliação da competência da justiça militar: Temer x Temer e o avanço da necropolítica

The unconstitutional expanding the competence of military justice: Temer x Temer fearing and the advancement of necropolitics

André Nicolitt

Doutor em Direito pela Universidade Católica Portuguesa (Lisboa), 2011. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2003. Professor do PPGD – Faculdade Guanambi – BA. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Membro do Instituto Carioca de Criminologia (ICC). Juiz de Direito Titular do Juizado Especial Criminal de São Gonçalo – RJ.
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3857-3838
anicolitt@gmail.com

Autor convidado

Áreas do Direito: Militar; Penal; Processual

Resumo: O presente artigo analisa a Lei 13.491/2017 que modificou o Código Penal Militar causando impacto sobre a competência da justiça militar no Brasil. Apresenta as deficiências na técnica legislativa, no processo legislativo da norma e a mácula de seu conteúdo, concluindo por sua inconstitucionalidade formal e material, apontando, de passagem, sua inconvencionalidade. O trabalho tem por marco teórico o Garantismo penal de Luigi Ferrajoli e a Necropolítica de Achille Mbembe. Trata-se de pesquisa dogmática, com digressões zetéticas, na qual se aplicou técnicas de revisão bibliográfica e análise documental. No desenvolvimento do trabalho, faz-se uma abordagem sobre as leis temporárias e o instituto do veto presidencial. Situa o problema diante do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, apresentado como resultado a necessidade de, no plano do controle difuso, se inaplicar a lei por inconstitucionalidade e no

Abstract: This article analyzes Law 13.491/ 2017 that modified the Military Penal Code, impacting the competence of military justice in Brazil. It presents the deficiencies in the legislative technique, in the legislative process of the norm and the taint of its content, concluding by its formal and material unconstitutionality, pointing, in passing, its unconventionality. The theoretical framework of the work is Guarantism of Luigi Ferrajoli and the Necropolitics of Achille Mbembe. This is dogmatic research, with zetetic digressions, in which techniques of bibliographic review and document analysis were applied. In the development of the work, an approach is made about the temporary laws and the institute of the presidential veto. It places the problem in front of the constitutionality control system in Brazil, as a result of the need for the law to be inapplicable due to unconstitutionality and in the concentrated plan, the declaration of formal

plano concentrado, a declaração de inconstitucionalidade formal, alternativamente, a inconstitucionalidade material da Lei 13.491/2017.

Palavras-chave: Competência – Justiça militar – Inconstitucionalidade – Garantismo – Necropolítica.

unconstitutionality, alternatively, the material unconstitutionality of the Law 13.491 / 2017.

Keywords: Competence – Military justice – Unconstitutionality – Guarantee – Necropolitics.

Sumário: Introdução. 1. Panorama da estrutura e dos problemas advindos da Lei 13491/2017. 2. Lei 13.491/2017: Impacto na competência da justiça. 3. Anotações conceituais sobre leis temporárias e o instituto do veto. 3.1. Leis temporárias. 3.2. Veto presidencial. 3.3. Estudo de caso: o veto presidencial na lei 13.491/2017. 4. Lei 13.491/201: garantismo e necropolítica. 4.1. Do garantismo. 4.2. Da Necropolítica. 5. Controle de constitucionalidade da lei. 5.1. A inconstitucionalidade formal. 5.2. Da inconstitucionalidade Material. 5.3. Do controle por órgãos administrativos e do necessário controle jurisdicional difuso. 5.4. Do controle concentrado em curso: sintetizando as possibilidades. Considerações finais. Referências.

Introdução

O presente artigo pretende analisar a Lei 13.491/2017 que modificou o Código Penal Militar causando impacto sobre a competência da justiça militar no Brasil. A legislação apresenta deficiência na técnica legislativa e o processo legislativo foi marcado por vício intransponível. Não obstante, tal fato vem sendo ignorado pela jurisprudência e pela doutrina que pouca atenção dispensou a nova legislação. Com isso, a realidade da justiça brasileira vem sendo marcada pela atuação de órgãos jurisdicionais desprovidos de competência para a análise de casos penais em razão da aplicação, sem questionamentos, do referido diploma. Diante deste problema, o objetivo do estudo é demonstrar a inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017.

A pesquisa se justifica pela possível contribuição concreta à operatividade micro e macro do sistema de justiça. Basta lembrar que atualmente tramita na justiça militar, por força da indigitada lei, um processo de grande repercussão em decorrência da morte do músico negro Evaldo Rosa e do também negro, catador de papel, Luciano Macedo, por 80 tiros disparados por militares do Exército Brasileiro. Além disso, está *sub judice* no Supremo Tribunal Federal a ADI 5.901 que discute a inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017.

O marco teórico que guiará a pesquisa, primeiramente será o garantismo penal de Luigi Ferrajoli, destacadamente no que tange às suas reflexões sobre o constitucionalismo contemporâneo, fundado na democracia substancial, na

separação dos poderes, no princípio da legalidade e na efetividade constitucional, com destaque aos direitos fundamentais. Recorremos também a construção teórica de Achille Mbembe sobre a necropolítica, que ajudará a entender o processo de militarização do Estado brasileiro.

Partindo de fontes diretas e indiretas[1], articulando, assim, teoria do direito, filosofia política e dogmática penal e processual penal, busca-se produzir uma pesquisa dogmática[2], com digressões zetéticas[3] e cariz interdisciplinar[4] visando à produção de um conhecimento crítico[5]. As técnicas utilizadas serão a revisão bibliográfica e análise documental, essa última relativa a documentos encontrados nos autos da ADI 5.901, bem como atos e justificativas de processos legislativos no Brasil.

O trabalho está estruturado da seguinte maneira: 1) Inicialmente será feita uma apresentação da estrutura da lei e dos problemas de técnica e do processo legislativo. 2) Em seguida serão apresentados os impactos sobre o tema competência no processo penal em razão da aplicação da lei. 3) A partir de então, serão discutidos aspectos conceituais importantes para a pavimentação das conclusões, são eles: Leis temporárias e excepcionais e veto presidencial. 4) Após este delineamento dogmático, serão apresentados o Garantismo e a Necropolítica como chaves analíticas do problema, para ao final, 5) demonstrar a inadequação da lei à ordem constitucional, destacadamente após o veto presidencial ao art. 2º do Projeto de Lei 5.768/2016.

1. Panorama da estrutura e dos problemas advindos da Lei 13491/2017

A indigitada Lei 13.491/2017 é composta por 3 artigos: O art. 1º que modifica o art. 9º do Código Penal Militar para ampliar o rol de crimes militares em tempo de paz e alterar parcialmente a competência para julgar os crimes dolosos contra

1. GUSTIN, Miracy de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*: teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 30-31.
2. BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 154.
3. BITTAR. *Metodologia...*, Op. cit., p. 155.
4. Articulando direito e filosofia política. GUSTIN. Op. cit., 30.
5. Sobre método crítico: HESSEN, Johannes. *Teoria do Conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 43-44; SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2001. vol. 1. p. 29-33.

a vida; O art. 2º que foi vetado e estabelecia: "Art. 2º Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada", ou seja, esboçava um caráter de lei temporária. Por fim, o 3º, que sem maiores problemas, prevê o início de vigência da lei a partir da publicação que ocorreu em 16.10.2017.

Como se vê, trata-se de uma lei pequena, mas que promove profunda modificação no sistema de competência, como veremos em seguida, mas não sem antes apontar algumas questões sobre a sua produção.

A elaboração ou alteração de lei deve observar os ditames da Lei Complementar 95/1998 que estabelece, inclusive, regras de estruturação e redação. Para ilustrar, dispõe seu art. 7º:

> "Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:
>
> I – excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;
>
> II – a lei não conterá matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão."

A Lei 13.491/2017 em seu artigo 1º, já afirma que o art. 9º, do CPM passa a vigorar com outra redação apresentando de imediato o novo conteúdo. A nova redação do inciso II, do art. 9º, amplia o conceito de crime militar em tempo de paz, com reflexos secundários no processo penal, já os parágrafos tratam eminentemente de matéria de processo penal.

Note-se, de início, que não foram observadas as prescrições do art. 7º, da LC 95/98. Não é de hoje que o CPM não apresenta boa sistemática, sempre padecendo da promiscuidade entre direito penal e processo penal. Note que as redações do antigo parágrafo único, do art. 9º, sempre primaram pela má técnica de ao invés de definir ou excluir crime militar em tempo de paz e, somente, secundariamente, influir na competência do processo penal, tomaram o caminho inverso. Isto é, define-se o que é crime militar fixando regra de competência do processo penal, transcreve-se:

> "CPM – art. 9º – Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum. (Parágrafo incluído pela Lei 9.299, de 8.8.1996)
>
> CPM – art. 9º – Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei 12.432, de 2011)."

Note-se, que a Lei 9.299/96 deveria ter tratado do tema no CPM com uma abordagem penal sobre a natureza não militar dos crimes dolosos contra a vida de civil em tempos de paz e não simplesmente ter definido regra de competência para a justiça comum, o que decorre da própria natureza do crime. Esta lei, por sua vez, modificou o art. 82 do Código de Processo Penal Militar para lá, corretamente, dispor que "O foro militar é especial, e, *exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil*, a ele estão sujeitos, em tempo de paz: (...)" (destaque nosso). Além disso, acresceu um parágrafo segundo no referido art. 82 do CPPM determinando que "Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum".

Seria tão mais simples se cada tema fosse tratado em seu devido lugar. Não obstante, o legislador, destacadamente confunde matéria penal com processual penal forçando o intérprete a buscar o sentido constitucional da lei, quando possível. Nesse caminho seguiu à época o STF[6]:

> "No caso, o artigo 9º do Código Penal Militar que define quais são os crimes que, em tempo de paz, se consideram como militares, foi inserido pela Lei 9.299, de 7 de agosto de 1996, um parágrafo único que determina que 'os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.
>
> Ora, tendo sido inserido esse parágrafo único em artigo do Código Penal Militar que define os crimes militares em tempo de paz, e sendo preceito de exegese (assim, CARLOS MAXIMILIANO, 'Hermenêutica e Aplicação do Direito', 9ª ed., n 367, ps. 308/309, Forense, Rio de Janeiro, 1979, invocando o apoio de WILLOUGHBY) o de que 'sempre que for possível sem fazer demasiada violência às palavras, interprete-se a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional a medida que ela institui, ou disciplina', não há demasia alguma em se interpretar, não obstante sua forma imperfeita, que ele, ao declarar, em caráter de exceção, que todos os crimes de que trata o artigo 9º do Código Penal Militar, quando dolosos contra a vida praticados contra civil, são da competência da justiça comum, os teve, implicitamente, como excluídos do rol dos crimes considerados como militares por esse dispositivo penal, compatibilizando-se assim com o disposto no 'caput' do artigo 124 da Constituição Federal.
>
> Corrobora essa interpretação a circunstância de que, nessa mesma Lei 9.299/96, em seu artigo 2º, se modifica o 'caput' do artigo 82 do Código de Processo Penal

6. STF, RE 260.404/MG, rel. Min. Moreira Alves, j 22.03.2001, *DJ* 21.11.2003.

> Militar e se acrescenta a ele um § 2º, excetuando-se do foro militar, que é especial, as pessoas a ele sujeitas quando se tratar de crime doloso contra a vida em que a vítima seja civil, e estabelecendo-se que nesses crimes 'a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum'. Não é admissível que se tenha pretendido, na mesma lei, estabelecer a mesma competência em dispositivo de um Código – o Penal Militar – que não é o próprio para isso e noutro de outro Código – o de Processo Penal Militar – que para isso é o adequado."

Não agiu diferente a Lei 12.432/2011 ao introduzir nova redação ao parágrafo único, do art. 9º do CPM com o intuito de tratar da morte de civil em decorrência de destruição de aeronave hostil. Poderia ter dito, por exemplo, que constitui crime militar a ação culposa ou dolosa de destruição de aeronave considerada hostil que viesse a causar morte de civil, definindo pena para o fato. Mas não, do modo tratado, a conduta continua sendo subsumida no art. 121 do Código Penal Brasileiro (comum), mas com a competência remetida para a justiça militar por força da indigitada lei, reclamando, assim, inúmeras críticas e questionamentos.

Os problemas de técnica não param por aí. O art. 2º da Lei 13.491/2017 foi vetado, mas possuía a seguinte redação: "Art. 2º Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada."

Note que o legislador mudou o inciso II, do art. 9º, substituiu seu parágrafo único por dois novos parágrafos com alíneas, porém, o fez de modo temporário, até dia 31.12.2016, quando então a lei deveria "voltar a redação anterior", ou seja, uma verdadeira aberração legislativa que viola o espírito do art. 12 da LC 95/98, destacadamente a alínea "c" do inciso III[7].

7. Art. 12. A alteração da lei será feita: I – mediante reprodução integral em novo texto, quando se tratar de alteração considerável; II – mediante revogação parcial; III – nos demais casos, por meio de substituição, no próprio texto, do dispositivo alterado, ou acréscimo de dispositivo novo, observadas as seguintes regras: a) revogado; b) é vedada, mesmo quando recomendável, qualquer renumeração de artigos e de unidades superiores ao artigo, referidas no inciso V do art. 10, devendo ser utilizado o mesmo número do artigo ou unidade imediatamente anterior, seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos; c) é vedado o aproveitamento do número de dispositivo revogado, vetado, declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal ou de execução suspensa pelo Senado Federal em face de decisão do Supremo Tribunal Federal, devendo a lei alterada manter essa indicação, seguida da expressão 'revogado', 'vetado', 'declarado inconstitucional, em controle concentrado, pelo Supremo Tribunal Federal', ou 'execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal.

O mais lógico seria criar um dispositivo determinando a regência da forma pretendida, de modo autônomo, durante o tempo que se desejava. Ocorre que teríamos aí outro problema, atinente em estabelecer regras temporárias em matéria processual, o que veremos à frente.

Por fim, cumpre dizer que a lei em questão teve origem no PL 5.768-A/2016 de autoria do Deputado Espiridião da Amin (PP/SC). Esse projeto, que recebeu rito de urgência, foi aprovado pela Câmara dos Deputados e remetido para o Senado Federal em 07.07.2016. No Senado, contudo, tramitou até sua aprovação e remessa para a sanção em 11.10.2017. Creio que não notaram os senadores que a esta altura o projeto já tinha perdido seu objeto, pois a lei temporária teria vigência, como dito, até 31.10.2016. Assim, foi submetida à sanção presidencial quase um ano após o termo final de sua pretensa vigência.

Mas, como nada é tão ruim que não possa piorar, o Presidente Michel Temer sancionou o projeto, vetando o art. 2º e transformando a lei temporária em lei permanente no tempo em que já havia se encerrado o período que justificava sua vigência.

Cumpre dizer que o período eleito tinha como referência a realização dos jogos olímpicos no Brasil, quando as forças federais estariam mobilizadas para atividades de segurança pública.

A par deste quadro, é possível passar à análise do impacto da lei relativamente à competência no processo penal.

2. Lei 13.491/2017: Impacto na competência da justiça

Embora a justiça (a jurisdição) seja una, é possível perceber em sua organização verdadeiros sistemas integrados e autônomos de órgãos jurisdicionais que podem ser chamados de "justiças".

Levando-se em conta a causa que será julgada (*causa petendi*), determinadas qualidades das pessoas submetidas a julgamento ou mesmo o lugar em que o fato ocorreu, a CRFB/1988 e as leis distribuem a competência pelos diversos órgãos que compõem cada sistema.

Do rol de órgãos jurisdicionais estabelecidos na CRFB/1988, podemos notar sua organização através de sistemas integrados de justiça, que podem ser classificados da seguinte forma: a) Justiça Comum e Justiça Especial (ou especializada); b) Justiça Federal e Justiça Estadual.

O primeiro grupo apontado é o das justiças especializadas, formado pela Justiça Eleitoral, Justiça Militar e a Justiça do Trabalho, que, em princípio, se dedicam

exclusiva e privativamente ao julgamento das causas atinentes às suas respectivas áreas. Assim, ao que interessa à matéria penal, a Justiça Eleitoral julga apenas os crimes eleitorais, a Justiça Militar julga os crimes militares, e a Justiça do Trabalho, apesar de não ter competência em matéria penal, julga os *habeas corpus* contra atos afetos à matéria de sua competência.

Por exclusão, tudo o que não é da Justiça Eleitoral, Militar ou Trabalhista, será absorvido pelo sistema chamado de "justiça comum", que tem a competência residual, ou seja, julga tudo que não for da competência das justiças especializadas.

A justiça comum é formada pelos Juízes Federais e Tribunais Regionais Federais, bem como pelos Juízes de Direito e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Por outro ângulo, temos a justiça classificada em Justiças Federal e Estadual. O Brasil é uma Federação com Estados Federados autônomos que organizam a chamada justiça local. Cada Estado possui um Tribunal de Justiça com Juízes de Direito a eles vinculados que formam a justiça comum estadual. Há também, a justiça especializada estadual, que é a Justiça Militar. Geralmente, a Justiça Militar estadual é organizada no primeiro grau com Juízes de Direito e Conselho de Justiça, e no segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, embora haja Estados nos quais o efetivo de policiais e bombeiros é superior a vinte mil integrantes e que, portanto, podem criar Tribunal de Justiça Militar estadual (art. 125, § 3º, da CRFB/1988), como ocorre, por exemplo, em São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul.

Sinteticamente, a justiça estadual pode ser classificada em comum e especial, tendo em vista a existência da Justiça Estadual Militar para o julgamento de bombeiros e policiais militares.

A Justiça Federal, igualmente, se divide em justiça comum e justiça especializada. A comum é formada por juízes federais e os Tribunais Regionais Federais, já a justiça federal especializada constitui-se da Justiça Militar (auditorias militares federais e Superior Tribunal Militar), Justiça Eleitoral e Justiça do Trabalho.

Como dito, a distribuição da competência no processo penal pode se dar em razão de alguns fatores, como: a matéria a ser julgada, a pessoa a ser submetida a julgamento, o local do fato etc. No que tange a justiça militar, olvidando-se a questão territorial que não interessa ao presente estudo, as chamadas competências *ratione materiae* e *ratione personae* são relevantes ao caso.

Partindo da constatação de que a justiça militar é uma justiça especializada que se estrutura tanto em nível federal, como estadual, é importante destacar que a competência da Justiça Militar federal é fixada em razão da matéria (*ratione*

materiae), já a competência da Justiça Militar estadual, além deste critério, considera também a pessoa que será julgada (*ratione personae*). Isso porque a CRFB/1988 (art. 124) diz que à Justiça Militar federal "compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei". Por sua vez, o § 4º, do art. 125 da CRFB/1988, sobre a competência da Justiça Militar estadual, acomete-lhe o julgamento dos militares dos Estados[8], ou seja, bombeiros e policiais militares pelos crimes militares definidos em lei. Desta feita, alia a questão da matéria (crime militar) com a qualidade do réu, ou seja, ser militar do Estado.

Desse modo, enquanto a Justiça Militar federal tem competência para julgar civis por crimes militares, a Justiça Militar estadual não pode julgar civis. Vale lembrar que há crimes militares que são praticados apenas por civis, como o caso da insubmissão (art. 183 do CPM) e outros previstos na Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/1983).

A Constituição Federal conferiu à legislação infraconstitucional o dever de definir os crimes militares, o que foi feito precipuamente pelo Código Penal Militar que define os crimes militares em tempos de paz e em tempos de guerra (art. 9º e 10, CPM).

Desde a Constituição de 1988 até hoje, o tema sofreu significativas mudanças. A Lei 9.299/1996 acresceu ao CPM um parágrafo único, no art. 9º que retirava a natureza de crime militar dos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil nas condições do *caput* do referido artigo do CPM, salvo quando realizados no contexto de ação militar realizada nos termos do art. 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/1986)[9], ressalva esta introduzida pela Lei 12.432/2011. Esta regência vinha ao encontro das diretrizes internacionais de proteção aos direitos humanos e foram bem recebidas no crescente processo de redemocratização do país[10].

8. STJ, Súmula 78: "Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de corporação estadual, ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa".

9. Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos: (...) § 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada. (Incluído pela Lei 9.614, de 1998) § 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório (Renumerado do § 2º para § 3º com nova redação pela Lei 9.614, de 1998).

10. Nesse sentido, vale lembrar normativas e julgados internacionais sobre o tema: CIDH, Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") *vs.* Brasil, sentença de 24 de

Por outro lado, a Lei 13.491/17, na contramão da história, ampliou generosamente a competência da Justiça Militar relativamente aos chamados crimes militares em tempo de paz. As mudanças ocorreram na seguinte ordem:

Antes do advento legislativo em comento, eram considerados crimes militares em tempos de paz os previstos no Código Penal Militar, com ou sem correspondência na "legislação penal comum", com regras específicas no caso de correspondência (CPM, art. 9º, I e II e alíneas). Além disso, os crimes dolosos contra a vida cometidos por militares contra civis eram da competência do Tribunal do Júri, exceto na hipótese de destruição de aeronave hostil prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, como dito.

A partir da antiga redação, os crimes com correspondência na legislação especial, ainda que em circunstâncias das alíneas, do inciso II do art. 9º do CPM, não seria da competência da justiça militar.

Com a Lei 13.491/2017 que deu nova redação ao art. 9º do CPM, tirando a expressão "legislação penal comum" e substituindo por "e os previstos na legislação penal"[11], crimes previstos em legislação especial, mesmo sem correspondência no CPM, tais quais a tortura e o abuso de autoridade cometidos por militares em certas condições (alíneas do inc. II), passam a ter natureza militar, de modo a atrair a competência da justiça castrense. Ademais, estabeleceu a famigerada lei que crimes dolosos contra a vida de civis, em certas condições, quando cometidos por militar das forças armadas, passam também para a competência da Justiça Militar da União[12].

---

novembro de 2010; CIDH, Caso Escher e outros *vs*. Brasil, sentença de 20 de novembro de 2009; ONU, Comissão de Direitos Humanos, 2005, Item 29 do Conjunto de Princípios Atualizados para a Proteção e a Promoção dos Direitos Humanos mediante a Luta contra a Impunidade.

11. É importante notar a diferença da redação antiga (os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum) com a atual (os crimes previstos neste Código *e os previstos na legislação penal*, quando praticados)

12. Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz (com nova redação dada pela Lei 13.491/2017): I – os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar

Note-se, que a combinação do *caput* com o inciso II, do art. 9º do CPM define que são considerados crimes militares os previstos neste código e também os na legislação penal quando praticados: *a)* por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; *b)* por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; *c)* por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; *d)* por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; *e)* por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.

sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; f) revogada. III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: a) Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica; b) Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999; c) Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e d) Lei 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral.

Assim, é possível notar que ocorreu significativa ampliação da competência da Justiça Militar Federal e também da Estadual uma vez que doravante, crimes relacionados ao Código de Trânsito, à Lei de Abuso de Autoridade, à Lei de Tortura e à Lei de Violência Doméstica podem ser julgados perante a Justiça Castrense da União, ou mesmo do Estado, caso o acusado seja Bombeiro ou Policial Militar.

Com a nova redação do inciso II, do art. 9º do CPM, não precisa estar previsto no Código Penal Militar para se configurar crime militar. Basta que ocorra nas condições das alíneas do inciso II referido, ainda que previsto em qualquer lei.

Para ilustrar, é possível que se considere crime militar em tempo de paz a uma lesão culposa no trânsito (art. 303 CTB), causada por militar em serviço ao circular com viatura da corporação. De igual modo, poderá haver uma ameaça no contexto da Lei Maria da Penha considerada como crime militar, ao se realizar, por exemplo, em uma vila militar ou quartel na forma de uma das alíneas do inciso II, do art. 9º do CPM. Por consequência, a competência para julgamento seria da justiça castrense.

Na doutrina diz-se que em tais hipóteses, não haveria a chamada "situação de interesse militar" que justificasse a competência de justiça tão excepcional. Deveria, portanto, ser afastada a competência da justiça militar (estadual ou federal)[13].

Em resumo, a partir da nova redação do inc. II, do *caput* do art. 9º do CPM (conferida pela Lei 13.491), mesmo os crimes previstos apenas na legislação penal extravagante passam a ser considerados crimes militares em tempo de paz atraindo a competência da Militar. Assim, na prática, qualquer crime cometido por um policial militar em serviço de policiamento, mesmo contra vítima civil, passa a ser de competência da Justiça Militar Estadual. Por exemplo, a tortura e o Abuso de Autoridade[14]. O novel diploma impacta ainda os enunciados sumulares do STJ que disciplinavam a matéria, designadamente os de número 6, 75 e 172[15].

13. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 256.

14. ABREU, Marcos Araguari. A ampliação da competência das justiças militares pela lei ordinária federal 13.491, de 13 de outubro de 2017, e a incômoda questão do "nós" contra os "outros". *Boletim Ibccrim*, Ano 26, n, 307, jun. 2018. p. 12.

15. STJ, Súmula 6: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de polícia militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade"; STJ, Súmula 75: "Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar o policial militar por crime de promover ou facilitar a fuga de preso de estabelecimento penal"; STJ, Súmula 172: "Compete à

Com tudo, o maior alarde promovido pela Lei 13.491/17 consiste na transferência da competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das forças federais contra civis para a Justiça Militar da União.

Nesse particular, a mudança atingiu apenas os militares das Forças Armadas da União. O § 1º, do art. 9º do CPM reproduziu o § 4º, do art. 125 que exclui da competência da Justiça Militar os crimes dolosos contra a vida perpetrados por policiais militares e bombeiros militares contra civis, *verbis*: Art. 9º, CPM: "Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri".

A grave lesão ao processo penal de cariz democrática resulta do § 2º do mencionado artigo:

> "Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto (...)".

No dispositivo elenca-se um elastério de situações que, na verdade, revelam "amplitude linguística que se presta a qualquer situação de (ab)uso". É possível, com base nesta norma, "sem filtragem constitucional ou convencional", permitir "toda sorte de violações aos direitos fundamentais"[16], como aquelas atribuíveis aos militares no contexto de descumprimento de atribuições estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; as ações que envolvam a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; as atividades de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, dentre outros de igual vagueza (incisos I, II e III e suas alíneas).

A comparação dos §§ 1º e 2º, do referido art. 9º, com sua nova redação, permite perceber que a lei criou, no que tange aos crimes dolosos contra vida praticados por militares contra civil, tratamento diferenciado para os militares dos Estados e os Militares das Forças Armadas da União.

Com efeito, policiais militares e bombeiros que, em serviço, cometerem homicídio doloso contra um civil responderão perante o Tribunal do Júri. Ao passo que militar das forças armadas federais que, no curso de uma ação militar

---

Justiça Comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade, ainda que praticado em serviço".

16. MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *Boletim Ibccrim*, Ano 25, 300, nov. 2017. p. 06.

fundada em decreto de garantia da lei e da ordem (GLO)[17], como não raro ocorre no Estado do Rio de Janeiro, comete homicídio doloso contra um civil, será julgado pela Justiça Militar da União.

Vale registrar que as operações de GLO, geralmente, ocorrem com a combinação de militares federais com militares dos Estados. Pensemos então, que um policial militar cometa homicídio doloso contra civil em coautoria (ou participação) com um militar do exército. Adotando-se a regência da nova lei, o policial será julgado pelo Tribunal do Júri e o agente da Força Armada Federal será processado perante a Auditoria Militar Federal. Este tratamento diferenciado, além de outros aspectos, será mais à frente, objeto de nossa análise. Por ora, o importante era traçar o panorama das alterações.

3. Anotações conceituais sobre leis temporárias e o instituto do veto

A compreensão do tema pressupõe duas notas conceituais que servirão de guia para análise dogmática do problema. Serão assim, apresentadas em dois subitens que seguem.

3.1. Leis temporárias

Juarez Cirino dos Santos aponta que as leis penais temporárias são aquelas editadas para vigência durante tempo determinado, enquanto as leis penais excepcionais, por sua vez, são aquelas editadas para vigência durante acontecimento determinado (calamidades públicas, como inundações, terremotos, epidemias etc.)[18]. Em termos similares, as leis penais temporárias e de exceção são criadas para um determinado período de tempo ou em virtude de circunstâncias excepcionais[19]. Bitencourt ensina que as leis excepcionais e temporárias vigem por período predeterminado, pois são criadas com a finalidade de regular circunstâncias transitórias especiais que, em situação de normalidade, seriam desnecessárias[20].

17. As operações de garantia da lei e da ordem (GLO) são regidas pela Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, e pelo Decreto 3.897, de 24 de agosto de 2001.

18. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Tirant, 2020, E-book. p. 73.

19. CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Compêndio de direito penal brasileiro:* parte geral. Valencia, Tirant, 2017. p. 99.

20. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. *v. 1*. p. 109.

Esta espécie normativa não apareceu no Código Criminal do Império (1830), tampouco no Código Penal dos Estados Unidos do Brasil (1890). A previsão deste tipo normativo se encontra no art. 3º do CP, *in verbis*:

> "Art. 3º, CP. A lei excepcional ou temporária, embora decorrido o período de sua duração ou cessadas as circunstâncias que a determinaram, aplica-se ao fato praticado durante sua vigência."

Diz-se que a norma nascida no Código Penal brasileiro de 1940 tem inspiração no Código Italiano (Projeto Rocco) bem como no polonês (art. 2º, § 3º), dinamarquês (art. 3º, I, *in fine*) e nos projetos alemão de 1925 (§ 3º) e francês (art. 3º, ali 2ª)[21]. Como se vê, a disposição atual se manteve inabalada com a reforma penal de 1984 (Lei 7.209/1984).

A importância do estudo das leis temporárias e excepcionais, via de regra, se dá em razão de ser atribuído a elas, por parte da doutrina, a chamada ultratividade[22]. Nota-se, por seu turno, que as normas penais e processuais penais possuem regências distintas quanto sua aplicação no espaço e no tempo.

De modo geral, o alicerce normativo da lei processual penal no tempo reside no aforismo latino *tempus regit actum*[23], não sendo diferente o processo penal brasileiro, cuja regência encontra-se no art. 2º, do CPP. Na literalidade, isto significa que a norma processual penal impõe a aplicação imediata, considerando como válidos os atos praticados na regência anterior sem a necessidade de renová-los ou adequá-los à nova lei[24]. Sobre o tema vale transcrever:

> "Reconhecendo-se aqui uma vez mais a óbvia e íntima ligação entre a norma penal material e a norma processual no seu relacionamento instrumental, mas, também, na sua estrutura (legalidade estrita e consequências a ela correlatas), quer-se destacar, no entanto, que a fruição dos direitos e garantias fundamentais no processo ("tutela" de cognição ou mesmo "tutela" executiva) e para o processo ("tutela" cautelar) deve ser analisada de forma autônoma em relação ao Direito Penal[25]."

21. HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao código penal.* Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 1. t. I. p. 140.
22. SANTOS. Op. cit., p. 73-74.
23. MELLADO, José María Asencio (Director); SORIANO, Olga Fuentes (Coordinadora); *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 22.
24. CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Tirant, 2018. p. 68.
25. CHOUKR. Op. cit., p. 70.

Por outro lado, não há registro de previsões legais de lei processual penal temporária. Tal fato seria uma afronta ao princípio do juiz natural. As regras de competência, à luz de tal princípio, requerem juízos prévios, perenes, sob pena de se verificar a ocorrência de tribunais de exceção. Elas decorrem do princípio do juiz natural. Esse consiste na exigência de independência e imparcialidade do juiz. O juiz natural traduz-se em uma dupla garantia do cidadão: a vedação de tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII) e a proibição de escolha de juízes (art. 5º, LIII)[26].

A imparcialidade do julgador não decorre de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação[27]. A Constituição e as leis definem o órgão jurisdicional que irá apreciar os fatos e isto se dá de forma genérica e abstrata. Não pode o chefe do poder ou as partes realizarem manobras ou manipulações a fim de escolher o julgador de uma determinada causa.

Afirma Binder que:

> "Para entender essa cláusula constitucional, deve-se ter em mente que qualquer processo criminal estruturado de acordo com os princípios republicanos tem uma espécie de 'obsessão': evitar qualquer possível manipulação política do julgamento e torná-lo verdadeiramente imparcial. A legitimidade social que o julgamento criminal fornece é essencialmente baseada na imparcialidade. Um julgamento sub suspeita de parcialidade perde toda a legitimidade e torna inútil todo o 'trabalho' que o Estado realiza para evitar o uso direto da força e o aparecimento de vingança privada[28].

Dito isso, a lei apresenta dois grandes problemas e em dois momentos distintos. Antes do veto e depois do veto. Vejamos:

Antes do veto presidencial, a lei pretendia ser temporária. Como vimos as leis temporárias e as excepcionais são criadas para regerem tempo determinado ou acontecimento determinado, sempre em razão de circunstâncias sociais ou naturais transitórias. Os dois problemas nesta fase consistem na inviabilidade de elaboração de lei penal temporária, apenas para mudar a natureza do delito (principalmente com escopo de promover efeito secundário de índole processual), e na impossibilidade de se criar lei processual temporária.

---

26. Art. 5º, "XXXVII. – não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...) LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente".

27. BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

28. BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002. p. 141. (tradução livre).

Vejamos primeiramente a questão penal. O grande exemplo brasileiro de lei temporária é a Lei 12.663/2012, chamada de Lei Geral da Copa, cujas disposições pretenderam estabelecer as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo FIFA 2014 e aos eventos relacionados, que foram realizados no Brasil em 2014.

Esta lei trouxe 04 dispositivos penais incriminadores (art. 30, 31, 32 e 34), relacionados à utilização indevida de Símbolos Oficiais e "Marketing de Emboscada"[29]. O art. 36 da Lei dispõe que "os tipos penais previstos neste Capítulo terão vigência até o dia 31 de dezembro de 2014".

Note-se que em razão dos interesses comerciais das grandes instituições que promovem estes jogos, há uma lógica que explica esta criminalização durante o período que rodeia a realização de grandes eventos como a copa do mundo. As leis temporárias ou excepcionais que criminalizam ou exasperam pena em razão de circunstâncias específicas são compreensíveis na lógica utilitária ou na perspectiva de tutela de bens jurídicos que em determinado período ou em certas circunstâncias, estariam a exigir maior ou menor proteção.

Por outro lado, uma lei que simplesmente muda a natureza do crime não possui justificativa para ser temporária ou excepcional já que o único efeito prático, em certos casos, será secundário e dirá respeito à competência ou outro tratamento processual.

Até poderíamos pensar em interferência na natureza do delito quando isso se refletir em um tratamento material mais gravoso, como os crimes hediondos. Seria possível explicar a razão de se querer considerar que determinado crime, em certo tempo ou circunstância possa ser equiparado a hediondo o que impõe a prática às situações penais mais severas.

Com algum esforço e boa vontade poderíamos até pensar na absurda ideia de mudança da natureza jurídica do crime visando um tratamento processual diverso, mas que tivesse por foco medidas cautelares, como a prisão, interceptação etc.

Mas, uma mudança de natureza voltada exclusivamente à competência é algo insustentável. Isto porque, a exigência de imparcialidade e independência não se flexibiliza em nenhuma circunstância e em tempo algum.

29. Ex.: Art. 32. Divulgar marcas, produtos ou serviços, com o fim de alcançar vantagem econômica ou publicitária, por meio de associação direta ou indireta com os Eventos ou Símbolos Oficiais, sem autorização da FIFA ou de pessoa por ela indicada, induzindo terceiros a acreditar que tais marcas, produtos ou serviços são aprovados, autorizados ou endossados pela FIFA: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano ou multa.

O segundo problema é que no que tange a regra do § 2º, do art. 9º a norma sequer é penal ou hibrida e sim puramente processual, embora constante no Código Penal Militar. A análise conjunta dos dois parágrafos no artigo nos permite perceber que na hipótese sequer discute-se a natureza dos crimes, reconhecidamente apontados como dolosos contra a vida.

> "§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri.
>
> § 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto."

Ora, a conduta realizada por um policial militar, considerada dolosa contra a vida, ao ser cometida, nas mesmas condições, por um agente das forças armadas federais, não pode ter outra natureza, destacadamente quando legalmente tida (é essa a expressão do § 2º) por dolosa contra a vida. Em outros termos, a leitura dos parágrafos nos faz crer que não estamos diante da mudança da natureza dos delitos e sim de uma regra puramente processual que define competência.

Neste aspecto consiste o outro problema. Se a modificação do art. 9º da norma pretensamente material, já não pode, pela sua característica, ser temporária ou excepcional, a modificação flagrante e exclusivamente processual por maior razão, não pode ser inserida no âmbito de legislação excepcional ou temporária, por interferir na definição de juízo em razão de circunstâncias não perenes, aproximando a mudança daquilo que se chama criação de tribunais de exceção. Estes problemas, após o veto, mudam de eixo. Isso porque o veto percebeu que estabelecer competência em regime temporário violaria do juiz natural, *verbis*:

> "Por fim, não se configura adequado estabelecer-se competência de tribunal com limitação temporal, sob pena de se poder interpretar a medida como o estabelecimento de um tribunal de exceção, vedado pelo artigo 5o, inciso XXXVII da Constituição[30]."

Nota-se que foi percebida a essência da questão e, portanto, a lei deveria ser vetada totalmente. Ademais, o texto já teria na verdade perdido o objeto, uma vez que foi encaminhada para sanção posterior a data de vigência prevista no art. 2º. Mas não, tomou-se caminho que agravou o problema. Vetou-se o artigo

30. BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem de Veto 402 de 13.10.2017.

que definiu a vigência temporária, transformando algo inconstitucional, que seria temporário, em algo inconstitucional com pretensão de permanência. Vale transcrever:

> "As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sob sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica. Ademais, o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão."

Ao argumento de que é recorrente o emprego das forças armadas em ações de segurança pública, entendeu-se tornar permanente a alteração da competência da justiça militar.

Nesse passo tivemos outros dois problemas. Primeiramente a ampliação indevida da competência da justiça militar para apreciar fatos que não configuram "situações de interesse militar" e sim estão ligados à segurança pública. Em segundo lugar, a violação da separação dos poderes, vez que através de veto o Presidente da República legislou.

Assim, é importante passarmos a uma nota sobre os limites e possibilidades do veto presidencial no sistema brasileiro.

3.2. Veto presidencial

O termo "veto" possui raiz latina, *vetare*, que indica proibir[31]. É possível, contudo, identificar recursos político-jurídicos análogos, isto é, que impedem a entrada em vigor de uma disposição já aprovada em outra instância, em épocas anteriores à ascensão do Império Romano. Na monarquia Grega, uma lei poderia ser anulada se fosse recusada em uma consulta popular, algo parecido ao referendo. Em Esparta o Senado oligárquico tinha o poder de suspender permanentemente a validade de decisões do rei e da assembleia, como uma forma de incentivar sua moderação[32].

31. CUNHA, Therezinha Lucia Ferreira. Veto e técnica legislativa. *Revista de informação legislativa*, v. 18, n. 72, out.-dez. 1981.

32. MOYA, Maurício Assumpção. Executivo versus legislativo: os vetos presidenciais no Brasil (1988-2000). (Tese de Doutorado) – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Políticas da Universidade de São Paulo, 2005.

No entanto, sustenta-se que "as mais remotas origens do veto datam dos romanos. Conheceram eles uma forma rudimentar de veto, exercido pelos tribunos do povo, para invalidar os atos dos magistrados da cidade"[33]. Entre as instituições romanas, o veto surge no início da República, por volta de 500 a. C., sob a forma do *intercessio*[34]. Nesta forma, inicialmente era utilizado pelos tribunos, representantes dos plebeus (populares). Seu escopo era impedir usurpações e outros atos violentos inspirados pelos patrícios (nobres) e executados pelo Senado ou pelos cônsules. O *intercessio* traduzia-se em veto absoluto, tornando definitivamente sem força de lei a norma aprovada[35].

É interessante notar a evolução do instrumento na Inglaterra. Desde o século XI o rei detinha grande poder legislativo, gozando da possibilidade de veto absoluto e o Parlamento promovia apenas o controle formal sobre a produção de leis, já que a iniciativa, via de regra, era do rei. No século XIV, iniciou-se um processo, através da Câmara dos Comuns, para limitar os assuntos conferidos à legislatura do rei. Após muitas disputas, no século XVI o poder real restou limitado a aceitar ou rejeitar os atos do Parlamento, ou seja, poder de veto[36]. No entanto, a partir de 1707[37], na Inglaterra, o veto caiu em desuso, é inaplicável na prática[38].

No Brasil, sempre houve algum tipo de poder de veto em todas as regulamentações constitucionais de 1824 a 1988[39]. Nesse particular, a doutrina nacional aponta que, com exceção ao período do império, a inspiração direta de nossos modelos constitucionais foi o norte-americano[40].

A Constituição de 1988, apesar de decorrer de um processo de redemocratização, de modo geral manteve o modelo de sanção e veto, servindo como referência para o modelo tradicionalmente adotado no Brasil[41], *verbis*:

33. CUNHA. Op. cit.
34. BARACHO. José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de informação legislativa*, v. 21, n. 83, p. 141-214, jul.-set. 1984.
35. MOYA. Op. cit.
36. MOYA. Op. cit.
37. BARACHO. Op. cit.
38. CUNHA. Op. cit.
39. MOYA. Op. cit.
40. DALLARI, Paulo Massi. O instituto do veto presidencial no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
41. Idem.

> "Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
>
> § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.
>
> § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.
>
> § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.
>
> § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional 76, de 2013).
>
> § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República."

O veto presidencial, instituto que faz parte do processo legislativo da formação de leis, pode ser definido como sendo um instrumento concedido ao Presidente da República para que ele possa recusar a sanção de um projeto de lei, no todo ou em parte, em virtude de inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público, sendo esta uma rejeição irretratável[42]. O veto tem o condão de suspender, de forma total ou parcial, a transformação do projeto em lei e sua manutenção dependerá da manifestação de deputados e senadores, que podem rejeitá-lo por maioria absoluta de cada uma das casas e, sendo o veto derrubado, a matéria deverá ser enviada ao Presidente para a promulgação.

O veto é a falta de assentimento do Chefe do Executivo ao projeto de lei elaborado pelo Poder Legislativo[43]. Em outros termos:

> "Concebe-se o veto como uma sanção negativa. Já nos referimos a isso. Assim não pensamos, pois sanção, no caso, significa aprovação e o veto é manifestamente o contrário disso. Sanção (ato positivo), veto é também ato positivo,

42. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 908-909.

43. FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, p. 1999. p. 343; FONSECA, Edson Pires. *Direito constitucional legislativo*: poder legislativo, direito parlamentar e processo legislativo. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2014. p. 277.

> embora contra alguma coisa. Mas não contra a sanção. Não existe sanção negativa; ou existe ato positivo, ou não existe. A não-sanção, no nosso sistema, equivale à sanção (CF, art. 66, § 3º), O veto não é simples negação da sanção; implicitamente contém negação da sanção. Nega-se a sanção, mas, além disso, volta-se contra o conteúdo do projeto. O veto, realmente, não se opõe à sanção, mas é manifestamente contrário à escolha contida na matéria vetada; vira-se, pois, contra o exercício do poder de iniciativa naquele caso concreto. Dirige-se contra a escolha dos interesses que o projeto pretende amparar. O poder de veto é, portanto, um ato positivo para impedir que a escolha da matéria e interesses, objeto da iniciativa, venha a se amparada pela ordem jurídica."[44]

A função primordial do veto é de conferir ao Executivo a capacidade de autodefesa, prevenindo a absorção das suas atribuições pelo Poder Legislativo, buscando o equilíbrio de forças entre os poderes Legislativo e Executivo. Em segundo plano, visa impedir a entrada em vigor de medidas legais insensatas, inoportunas ou prejudiciais aos cidadãos comuns. Constitui-se assim, um duplo mecanismo de defesa: do Executivo contra o Legislativo e dos cidadãos contra as más leis[45].

A possibilidade de veto é um mecanismo que remonta a Montesquieu, segundo o qual "se o Poder Executivo não tivesse o direito de refrear as ações do corpo legislativo, este se tornaria despótico, pois ao atribuir-se todo o poder que possa imaginar, aniquilaria todos os outros poderes". Com efeito, o Executivo participa da atividade legislativa, mas tão somente através do poder de veto, sem o qual poderia ficar alijado de suas atribuições. Disto se extrai a fonte inspiradora dos *founding fathers* norte-americanos[46].

Considerando as Constituições do Brasil, no que tange ao veto e seu impacto sobre o projeto de lei aprovado, é possível identificar três hipóteses de veto: a) integral, b) parcial[47] e o c) parcial restrito[48]. O veto integral consiste na rejeição de todo o projeto que não será revertido em lei, salvo se "derrubado" (§ 4º, art. 66). Por outro lado, os vetos parciais permitem ao Presidente vetar trechos da proposta, variando a liberdade conferida ao Chefe do Executivo. No veto parcial

44. SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.225.
45. MOYA. Op. cit.
46. Idem.
47. DALLARI. Op. cit.
48. MOYA. Op. cit.

comum, é possível vetar palavras individualmente, a exemplo do que ocorreu no caso da Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Lei da Anistia, na qual o Presidente João Figueiredo, vetou, no artigo 1º, a expressão "e outros diplomas legais", restringindo a anistia concedida a servidores públicos e a dirigentes sindicais[49].

Diversamente, o veto parcial restrito, prescreve que o veto abarque um dispositivo inteiro, seja uma alínea, um inciso ou um artigo, como se tem hoje com a regência do § 2º, do art. 66 da Constituição: "O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea." Assim, não pode recair sobre uma ou algumas palavras. Com isso, o constituinte buscou impedir que esse recurso fosse utilizado para perverter o sentido do projeto, por exemplo, ao transformar uma proposição negativa em afirmativa através de uma rejeição do advérbio[50].

O fato é que, historicamente o veto é sempre instituído como um poder de negação, de recusa[51], de supressão, conferindo ao Executivo um poder de autodefesa[52], de impedimento, oposição[53], interdição[54] de inovação legislativa supostamente inconstitucional ou contrária ao interesse público. Nunca foi pensado ou construído como instrumento de inovação, como um mecanismo positivo capaz de incrementar a ordem jurídica ou de conferir capacidade legislativa positiva ao Chefe do Executivo.

A partir dessas premissas, é possível analisar a questão do veto ao art. 2º da lei 13.491/2017.

3.3. Estudo de caso: o veto presidencial na lei 13.491/2017

Como já dito, a Lei 13.491/2017, que alterou alguns dispositivos do Código Penal Militar, incluía em seu art. 2º uma cláusula de vigência temporária que assim versava: "Art. 2º. Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada".

49. DALLARI. Op. cit.
50. MOYA. Op. cit.
51. CUNHA. Op. cit
52. MOYA. Op. cit.
53. BARRETO, Rômulo Paes. O veto nas repúblicas presidencialistas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 103, p. 47-66, jul.-set. 1989.
54. BARACHO. Op. cit.

Todavia, o artigo foi objeto de veto pelo então Presidente da República, Michel Temer. Por se tratar de dispositivo que versava sobre a vigência temporária da lei, o veto parcial acabou por transformar o que seria temporário em permanente.

Nota-se que, no caso em tela, a estrutura normativa e a cultura autoritária que marca a história do Brasil, favorece a violações ao princípio da separação dos poderes.

José Murilo de Carvalho[55] discorre sobre a evolução da cidadania no país e indica que a história institucional brasileira conduziu a uma estrutura que favorece a supremacia do Executivo[56]. Alerta o referido autor que:

> "(...) uma consequência importante dessa inversão é a excessiva valorização do Poder Executivo. (...) O governo aparece como o ramo mais importante do poder, aquele do qual vale a pena aproximar-se. A fascinação com um Executivo forte está sempre presente, e foi ela sem dúvida uma das razões da vitória do presidencialismo sobre o parlamentarismo, no plebiscito de 1993. Essa orientação para o Executivo reforça longa tradição portuguesa, ou ibérica, patrimonialismo. O Estado é sempre visto como todo-poderoso, na pior hipótese como repressor e cobrador de impostos; na melhor, como um distribuidor paternalista de empregos e favores[57]."

O veto presidencial em exame ilustra bem a ideia do governo se colocar como o mais importante, o todo poderoso que pode ignorar o limite de seu poder para ao ponto de transformar uma norma temporária em permanente. Vale frisar que o então Chefe do Executivo, Presidente Michel Temer não era desconhecedor de seus limites. Basta notar o que escreveu em sua obra Elementos de Direito Constitucional:

> "Quais, entretanto, os limites do veto presidencial?
>
> Em primeiro lugar, relembre-se que o veto pode ser *total* ou *parcial*, abrangendo, em (sic) conseqüência, a totalidade do texto do projeto ou parte dele (artigo, inciso, parágrafo, alínea).
>
> Em segundo lugar, a ideia de veto encerra a de *eliminação*, de *exclusão*, de *vedação*. Nunca de *adição*, de *acréscimo*, de *adjunção*.

55. CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil:* o longo caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
56. É bem verdade que no contexto do constitucionalismo contemporâneo, evidencia-se uma crescente onipotência do judiciário, o que se nota através da judicialização da política e do ativismo judicial.
57. CARVALHO. Op. cit., p. 219-221.

> (...)
>
> Por tudo isto, é impossível o veto *aditivo* ou *restabelecedor*, isto é, o veto que adicione algo ao projeto de lei ou restabeleça artigos, parágrafos, incisos ou alíneas suprimidos pelo Congresso Nacional[58]." (Destaques do autor)

Adverte o então professor Michel Temer, que a ideia de veto parcial introduzida no Brasil na reforma constitucional de 1926, pretendia impedir o que a doutrina designava por *riders*, "caudas legais", ou seja, uma prática na qual parlamentares inseriam emendas em projetos de interesse do governo o que o obrigava, não raro, aprovar tais emendas para não vetar a totalidade do projeto. Com o veto parcial era possível extirpar dos projetos interessantes ao governo aquelas emendas que lhe pareciam perniciosas.

Todavia Michel Temer, ainda professor, esclarece que a proscrição constitucional de se vetar palavras, como era possível na Constituição de 1969, tem por escopo evitar a desfiguração do projeto de lei, fazendo afirmativo o que era negativo, por exemplo. Aduz que o fundamento doutrinário de proibição de palavras ou conjuntos de palavras é que por esse mecanismo o Chefe do Executivo poderia modificar o todo lógico de um projeto de lei, podendo verdadeiramente legislar[59].

Mas, note que o então professor Michel Temer, já indicou que tal medida não seria eficiente para impedir o uso do veto de modo abusivo, ou seja, de modo a conferir poder legislativo positivo ao Presidente da República, vale transcrever:

> "*Data vênia*, não é bom esse fundamento, uma vez que: a) o *todo* lógico da lei pode desfigurar-se também pelo veto, por inteiro, do artigo, do inciso, do item ou da alínea. E até com maiores possibilidades; b) se isto ocorrer – tanto em razão do veto da palavra ou de artigo – o que se verifica é a usurpação de competência pelo Executivo, circunstância vedada pelo art. 2º da CF; c) qual a solução para ambas as hipóteses? O constituinte as previu: aposto o veto, retorna o projeto ao Legislativo e este poderá rejeitá-lo, com o quê se manterá o todo lógico da lei. Objeta-se, entretanto: a rejeição do veto exige maioria absoluta e, por isso, uma minoria (1/2) poderá editar a lei que, na verdade, não representa a vontade do legislador. Responde-se: se isto suceder, qualquer do povo, incluídos os membros do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, pode representar aos legitimados constitucionalmente (art. 103, I a IX, da CF)

58. TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 140.
59. TEMER. Op. cit., p. 141-142.

> para a promoção da representação de inconstitucionalidade daquela lei em face de usurpação de competência vedada pelo art. 2º da CF[60]."

Já o presidente Michel Temer, sem ignorar o processo legislativo e suas vicissitudes, vetou o art. 2º, da Lei 13.491/2017, olvidando tudo que houvera ensinado ao menos desde 1996, ano da edição consultada de seu livro, emitindo a seguinte mensagem de veto:

> "Senhor Presidente do Senado Federal,
>
> Comunico a Vossa Excelência que, nos termos do § 1º do art. 66 da Constituição, decidi vetar parcialmente, por contrariedade ao interesse público, o Projeto de Lei 44, de 2016 (5.768/16 na Câmara dos Deputados), que 'Altera o Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar'.
>
> Ouvido, o Ministério da Defesa manifestou-se pelo veto ao seguinte dispositivo:
>
> 'Art. 2º Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada.'
>
> Razões do veto
>
> 'As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sob sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica. Ademais, o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão. Por fim, não se configura adequado estabelecer-se competência de tribunal com limitação temporal, sob pena de se poder interpretar a medida como o estabelecimento de um tribunal de exceção, vedado pelo artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição[61]'."

Diante deste cenário, no qual se nota claramente o mesmo sujeito escrevendo com base na dogmática jurídica constitucional e emitindo uma mensagem de veto no exercício de função política, o que nos estimula a pensar quais as contribuições da teoria do direito e da filosofia política para a análise desta dissonância. Para tanto, selecionamos, precipuamente, as contribuições de Ferrajoli e Mbembe, com o intuito de uma leitura sobre o problema jurídico a partir do Garantismo e do problema político a partir da Necropolítica.

60. TEMER. Op. cit., p. 142.

61. BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem de Veto 402 de 13.10.2017.

4. Lei 13.491/201: garantismo e necropolítica

Importante desde já alertar que o presente tópico não tem escopo de promover uma abordagem sobre os temas Garantismo e Necropolítica. Na verdade, a ideia é usá-los como chave analítica, utilizando alguns de seus conceitos na análise do problema.

4.1. Do garantismo

O Garantismo nasceu em um sentido estrito de "garantismo penal", no seio da cultura jurídica italiana de esquerda, porém, posteriormente ganhou uma dimensão distinta, traduzindo-se mesmo em uma teoria geral do direito[62] com pretensão de se firmar como paradigma para todo o campo de direitos subjetivos, bem como para os poderes, públicos, estatais ou internacionais. Trata-se de uma teoria comprometida em afastar o perigo da violação dos direitos, revelando desconfiança na espontânea satisfação e respeito aos direitos, principalmente os direitos fundamentais. O Garantismo não se ilude com a crença em um "poder bom", ou no espontâneo respeito ao direito[63].

A teoria do garantismo objetiva a conformação do Estado real ao modelo ideal, obra dos valores ético-políticos e de justiça, absorvidos pelo direito positivo, valores como a dignidade da pessoa humana, a igualdade, os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos, bem como as garantias desses direitos fundamentais[64]. Nessas primeiras notas, já é possível perceber a importância da teoria para a análise do "dever ser" traduzindo na moldura legal do veto no Brasil e do "ser" consubstanciado no veto presidencial ao art. 2º, do projeto de lei que originou a Lei 13.491/2017.

Trata-se de um pensamento centrado na tradição iluminista, articulando mecanismos capazes de limitar o poder do Estado soberano. Esta limitação se refere aos três poderes, com destaque ao Legislativo que também está vinculado aos direitos fundamentais, de forma que nem mesmo a vontade da maioria pode negar ou violá-los[65]. O garantismo penal nos remete ao fato de que a crise jurídica

62. FERRAJOLI, Luigi. Garantias. In: *Revista do Ministério Público*, ano 22, jan.-mar. 2001, 85. p. 8-9.

63. FERRAJOLI. *Garantias...*, Op. cit., p. 9.

64. CASARA, Rubens. *Interpretação retrospectiva:* sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 87.

65. ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal:* a bricolage de significantes. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006. p. 86-87.

que vivenciamos não decorre da necessidade de se reconhecer o ordenamento ou aperfeiçoá-lo, mas, sim, da necessária superação de sua existência retórica, em busca de sua efetividade.

Ferrajoli apresenta o Garantismo como sinônimo de "Estado de Direito", não como "Estado Legal" ou "regulado pelas leis", mas um Estado nascido com as modernas Constituições, marcado, assim, no plano formal, pelo princípio da legalidade, pois todo poder público (Legislativo, Judiciário e Administrativo) está subordinado às leis e, no plano substancial, pela funcionalização dos poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais[66].

Em outro texto revela a importância da lei como limite ao Judiciário, da Constituição como limite ao legislador e a separação dos poderes como limite ao Executivo[67]. Discorre ainda o jurista italiano, sobre o constitucionalismo garantista como um sistema de limites e vínculos impostos pelas Constituições rígidas a todos os poderes e que devem ser garantidos pelo controle jurisdicional de constitucionalidade sobre o seu exercício[68].

A partir de tal referencial, a validade das leis só ocorre quando o seu conteúdo coincide com os princípios constitucionais e, portanto, a jurisdição está investida de uma função crítica: a de aferir a validade constitucional das normas. A lei é o "dever ser" e a Constituição é o "dever ser" das leis[69].

Como se vê, a partir do Garantismo, regras como separação dos poderes, legalidade, no que se inclui devido processo e a atividade de controle de constitucionalidade, são fundamentais para a democracia substancial e para o Estado Democrático de Direito.

À luz de tais parâmetros é possível notar que o hiato entre a dogmática constitucional do veto (Temer professor) e a realidade política da mensagem do veto Presidencial 402 (Temer Presidente), revela o quão autoritário (antidemocrática) é o reconhecimento da competência da justiça militar nos termos da Lei 13.491/2017.

66. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 687-688.

67. FERRAJOLI, Luigi. O constitucionalismo garantista e o estado de direito. In: STRECK, Lênio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 249.

68. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 24.

69. FERRAJOLI. *Constitucionalismo*, Op. cit., p. 23.

As bases garantistas, como vimos, alertam de igual modo para a importância do controle de constitucionalidade visando à conformação das leis ao seu dever ser constitucional, seja no plano das Cortes Constitucionais, como o STF, seja pelos juízes no exercício da jurisdição ordinária[70].

Com efeito, será fundamental submeter ao crivo do controle de constitucionalidade a Lei 13.491/2017, o que faremos oportunamente, não sem antes apresentar notas sobre a necropolítica e sua contribuição ao problema.

4.2. Da Necropolítica

> "Afastados como estão de seus 'alvos' (...) quase nunca têm a chance de olhar suas vítimas no rosto e avaliar a miséria humana que têm semeado. Militares profissionais do nosso tempo não veem cadáveres nem ferimentos. Talvez, eles durmam bem; nenhuma pontada em suas consciências os manterá acordados (ZYGMUNT, Bauman. Wars of the globalization era. *European Journal of Social Theory*, v. 4, n. 1, 2001)."

O termo "necropolítica" foi empregado em um ensaio publicado inicialmente no ano de 2003 em uma revista norte-americana chamada *Public Culture*, escrito pelo historiador e cientista político camaronês, Achille Mbembe[71]. O autor, conhecido por suas obras fazerem parte do chamado pensamento pós-colonial, possui o cuidado de produzir um conhecimento oriundo da África com influência de intelectuais europeus.

Embora sua análise seja geograficamente delimitada no continente africano, é possível entendê-la como uma suplementação dos estudos de Foucault, na medida em que este pesquisou o cenário europeu enquanto Mbembe teve por foco as periferias criadas pelo sistema capitalista, ou seja, os indivíduos que foram dispensados por não possuírem mais sua utilidade como mão de obra, utilizada em momentos anteriores e agora substituída por processos de produção modernos. Nota-se, desta forma, o perfeito ajuste deste estudo à realidade brasileira.

A necropolítica pode ser definida como uma política centrada na produção da morte em larga escala, revelando um mundo em crise sistêmica. Nesta perspectiva, a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na

70. FERRAJOLI. *Constitucionalismo,* p. 53.

71. MBEMBE, Achille. *Necropolítica:* biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018.

capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer[72], como primeiro passo em seu estudo evidencia que na necropolítica, a função da soberania é delimitar e escolher aqueles que irão continuar a fazer parte da sociedade e aqueles que deverão ser eliminados.

O poder não pretende mais efetuar o controle pela via disciplinar bem definida por Foucault. O objetivo não é mais prender, pois a ordem da economia máxima é representada pelo massacre[73]. O novo ideal não é prender, é matar. Para tanto, cria-se um cenário de guerra permitindo uma modalidade de crime que não faz distinção entre um inimigo interno e externo e populações inteiras são alvo do soberano. A vida cotidiana é militarizada[74].

O ensaio também evolui no contexto histórico ao relacionar as guerras da atualidade com suas reais finalidades. No passado, eram direcionadas à conquista de recursos e territórios, enquanto atualmente possuem como objetivos "forçar o inimigo à submissão, independentemente de consequências imediatas, efeitos secundários e 'danos colaterais' das ações militares" [75].

Discorrendo sobre Necropoder e ocupação colonial na modernidade tardia afirma Mbembe:

> "Poderíamos pensar que as ideias recém-desenvolvidas dizem respeito a um passado distante. No passado, com efeito, guerras imperiais tiveram como objetivo destruir os poderes locais, instalando tropas e instituindo novos modelos de controle militar sobre as populações civis.
>
> O 'estado de sítio' em si é uma instituição militar. Ele permite uma modalidade de crime que não faz distinção entre o inimigo interno e o externo. Populações inteiras são o alvo do soberano.
>
> O cotidiano é militarizado. É outorgada liberdade aos comandantes militares locais para usar seus próprios critérios sobre quando e em quem atirar."

O que se nota na sociedade brasileira contemporânea é uma crescente militarização da vida, da política, destacadamente da segurança pública. O uso sistemático de ações militares no âmbito da segurança pública vem sendo visto com naturalidade, submetido à normatização em pleno Estado de Direito em tempos de paz. O movimento de ampliação da competência da justiça militar quiçá tenha

72. MEBEMBE. Op. cit., p. 5-6.
73. MBEMBE. Op. cit., p. 59.
74. MBEMBE. Op. cit., p. 48.
75. MBEMBE. Op. cit., p. 51.

sido um dos primeiros movimentos de consolidação (pavimentação) jurídica da necropolítica. A questão se insere no debate eleitoral de 2018 quando afloraram bandeiras por métodos de "abate" de quem não for "cidadão de bem". O tema se aprofunda com o pacote anticrime do Ministério da Justiça. Ademais, arrematando um ciclo, estas ideias inflamam os discursos e estratégias sobre política pública em meio à pandemia da COVID-19.

Isso pode ser demonstrado através dos seguintes documentos:

> "Cumpre ressaltar que as Forças Armadas encontram-se, cada vez mais, presentes no cenário nacional atuando junto à sociedade, sobretudo em operações de garantia da lei e da ordem. Acerca de tal papel, vale citar algumas atuações mais recentes, tais como, a ocorrida na ocasião da greve da Polícia Militar da Bahia, na qual os militares das Forças Armadas fizeram o papel da polícia militar daquele Estado; a ocupação do Morro do Alemão, no Estado do Rio de Janeiro, em que as Forças Armadas se fizeram presentes por longos meses; e, por fim, a atuação no Complexo da Maré, que teve início em abril de 2014. Dessa forma, estando cada vez mais recorrente a atuação do militar em tais operações, nas quais, inclusive, ele se encontra mais exposto à prática da conduta delituosa em questão, nada mais correto do que buscar-se deixar de forma clarividente o seu amparo no projeto de lei. Por fim, sugere-se substituir a expressão ação militar por atividade de natureza militar, por ser mais usual[76]."

No mesmo tom, ouvimos as razões do veto ao art. 2º do Projeto de Lei 5768/2016, convertido na Lei 13.491/2017:

> "'As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sob sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica. Ademais, o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão. Por fim, não se configura adequado estabelecer-se competência de tribunal com limitação temporal, sob pena de se poder interpretar a medida como o estabelecimento de um tribunal de exceção, vedado pelo artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição'.

76. Projeto de Lei 5.768/2016, justificativa do Deputado Esperidião Amin (PP-SC) apresentada ao Plenário da Câmara dos Deputados em 06.07.2016. Disponível: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1474872&filename=-Tramitacao-PL+5768/2016]. Acesso em: 08.05.2020.

> Essas, Senhor Presidente, as razões que me levaram a vetar o dispositivo acima mencionado do projeto em causa, as quais ora submeto à elevada apreciação dos Senhores Membros do Congresso Nacional[77]."

Sintomática é a frase "Ademais, o emprego recorrente das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão". Nota-se que a pretensão é estabelecer, mas que tolerar, o uso permanente das forças militares no combate do inimigo interno. Para tanto, é preciso um aparato estatal que integre tais atividades ao sistema de justiça. Com efeito, a ampliação da competência da justiça militar representa esta estratégia, ou seja, é um reflexo da militarização da vida inerente à necropolítica.

O deslocamento da competência para a justiça militar é um sinal tenebroso para a sociedade contemporânea. Trata-se de um desdobramento da necropolítica. A ampliação dos crimes militares em tempos de paz significa de certo modo o reconhecimento de inimigos internos que devem ser enfrentados, abatidos e o julgamento por estes fatos deve ser feito pela justiça militar, versada, ao menos no âmbito federal (no qual maior problema surgiu), em julgar agentes que combatem inimigos, a partir de premissas singulares, especializadas, fundadas na disciplina e hierarquia militar. A ampliação do aparato de justiça estatal militar em tempos de paz aprofunda o imaginário de guerra e de inimigos internos.

A necropolítica possibilita uma análise crítica dos fenômenos de violência próprios da periferia do capitalismo[78]. Relacionando esta ideia com as políticas de segurança pública, tem-se que, se para uns a segurança pública significa proteção, para outros ela significa a morte. É a morte do outro, sua presença física como um cadáver, *que faz o sobrevivente se sentir único. E cada inimigo morto faz aumentar o sentimento de segurança do sobrevivente*[79]. Uma lógica de segurança pública fundada na necropolítica garante, para alguns, o gozo dos direitos para os abastados, mas para outros, materializa o permanente estado-de-exceção aos "condenados da terra", tão lembrados por Fanon[80].

---

77. BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral Subchefia para Assuntos Jurídicos. Mensagem de Veto 402 de 13.10.2017.
78. HILÁRIO, Leomir Cardoso. Da biopolítica à necropolítica: variações foucaultianas na periferia do capitalismo. *Sapere aude*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 194-210, jan.-jun. 2016. ISSN: 2177-6342.
79. MBEMBE. Op. cit., p. 62.
80. FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

Agamben, outro autor que favorece a reflexão de Mbembe, explica que o estado de natureza convive no seio do estado de direito em uma coincidência cada vez maior através da expansão do chamado "estado de exceção", concluindo que quando o estado de exceção tende a se tornar regra ocorre uma coincidência entre estado de direito e estado da natureza[81]. Ademais, denuncia o filósofo italiano que o totalitarismo moderno instaura uma racionalidade de exceção, de uma guerra civil legal *que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político*[82].

Com efeito, o estado de natureza não foi simplesmente superado pelo Estado civil, ele vive, como estado de exceção no seio do Estado de Direito, e sua instauração pertence ao poder soberano[83]. Essas ideias apontam uma zona de indistinção entre violência e direito e o poder do soberano é o de decidir quem vive e quem morre e quando a lei vale e quando não vale, instaura exceção e regra.

Mbembe conclui seu ensaio afirmando que "a noção de biopoder é insuficiente para explicar as formas contemporâneas de subjugação da vida ao poder da morte"[84]. Utilizando-se da necropolítica, o mesmo busca explicar a razão pela a qual no mundo contemporâneo, a implementação de armas de fogo[85] têm sido cada vez mais utilizada com interesses para a destruição de determinados tipos de indivíduos, tipos esses, que têm se ramificado de forma exponencial, o que se pode concluir que, o número de mortes também tende a acompanhar esse crescimento, criando assim vidas com o "status de mortos-vivos"[86].

O corte racial é fundamental no trabalho de Mbembe. Quem são os matáveis nessa guerra ficcional? A necropolítica pressupõe esse controle através da distribuição da espécie humana em grupos, da subdivisão da população em subgrupos e do estabelecimento de uma cesura biológica entre uns e outros, o que pode ser definido pelo termo "racismo"[87].

81. AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua i. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002. p. 37-45.
82. AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 63.
83. AGAMBEN. *Homo...*, Op. cit., p.128.
84. MBEMBE, Achille. Op. cit., p. 71.
85. Antecipa-se, por oportuno, outra nota analítica. O discurso de disseminação de arma de fogo para o "cidadão de bem" é muito intenso no Brasil contemporâneo (2019).
86. MBEMBE. Op. cit., p. 71.
87. MBEMBE. Op. cit., p. 128.

Assim, o racismo é uma tecnologia destinada a viabilizar o exercício do biopoder, o poder de morte, sua função é regular a distribuição de morte e tornar possível as funções assassinas do Estado[88].

Não à toa, a letalidade da ação militar estatal destacadamente em áreas periféricas é aterrorizante[89]. O território desta guerra que se quer oficializar pelo direito está bem descrito nas justificativas do "Pacote Anticrime" do Ministério da Justiça conduzido pelo então Ministro Sérgio Moro:

> "A realidade brasileira atual, principalmente em zonas conflagradas, mostra-se totalmente diversa da existente quando da promulgação do Código Penal, em 1940. O agente policial está permanentemente sob risco, inclusive porque, não raramente, atua em comunidades sem urbanização, com vias estreitas e residências contíguas. É comum, também, que não tenha possibilidade de distinguir pessoas de bem dos meliantes. Por tais motivos, é preciso dar-lhe proteção legal, a fim de que não tenhamos uma legião de intimidados pelo receio e dificuldades de submeter-se a julgamento em Juízo ou no Tribunal do Júri, que acabem se tornando descrentes e indiferentes, meros burocratas da segurança pública. As alterações propostas, portanto, visam dar equilíbrio às relações entre o combate à criminalidade e à cidadania[90]."

E por qual razão, se relaciona a justiça militar a esta estratégia necropolítica? Ao que nos parece a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça nos autos da ADI 5.901 nos dá boa pista sobre isso, vale transcrever:

> "O desenho institucional do órgão julgador militar – porque formado majoritariamente por militares, em atividade e vinculados à hierarquia castrense – não permite afastar, objetivamente, qualquer dúvida que se tenha sobre a sua imparcialidade para o julgamento de seus pares. Nesse sentido, cabe citar duas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) contra o Brasil, a saber: o Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil (Caso da 'Guerrilha do Araguaia') e ainda o Caso Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros (Caso da 'Favela Nova Brasília'). No Caso Gomes Lund, a Corte IDH

88. Idem.

89. NICOLITT, André; LIMA, Paulo Henrique. De tigres a tiros: negros, segurança pública e necropolítica. In: OLIVEIRA, Vanessa et al (Comp). *De bala em prosa:* vozes da resistência ao genocídio negro. São Paulo: Elefante, 2020. p. 133-137.

90. BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de lei 882/2019. Justificativa. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712111&filename=Tramitacao-PL+882/2019]. Acesso em: 08.05.2020.

> determinou investigar, processar e punir, no foro criminal comum (e não na Justiça Militar), os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos na ditadura militar. Já no Caso da Favela Nova Brasília, a Corte IDH determinou que o Estado o estabelecimento de mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que prima facie policiais apareçam como possíveis acusados, desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida."

Revela ainda a manifestação do Ministério Público os anseios de restrição máxima da justiça militar no plano internacional:

> "A atuação da Justiça Militar é objeto de preocupação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que, se de um lado, não exige sua abolição, de outro, pugna pela sua restrição a casos excepcionais envolvendo a proteção de bens jurídicos especiais, de natureza castrense. (...)
>
> Por isso, a Justiça Militar, por ser um foro de jurisdição especializada, não pode ter sua jurisdição ampliada sem vinculação com a proteção de bens jurídicos tipicamente militares."

O parecer faz referência a inúmeros Tratados Internacionais de Direitos Humanos,[91] aos quais o Brasil está vinculado e que expressamente excluem a possibilidade da justiça militar julgar crimes de militares cometidos contra civis, como é o caso da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, concluída em Belém, em 10 de junho de 1994 e promulgada pelo Decreto 8.766/2016, ao excluir em seu artigo IX, expressamente, a jurisdição militar em casos desta natureza.

Na doutrina[92], afirma-se que a Lei 13.491, ao ampliar a competência da Justiça Militar modificando a disciplina dos crimes militares em tempo de paz, introduziu uma normatização que contém claríssimos privilégios, instituindo um verdadeiro foro privilegiado, na contramão com o processo de transparência e democratização no qual vinha o Brasil. E mais, transcreve-se:

91. Declaração Universal de Direitos Humanos, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º) garantem a todas as pessoas julgamento por tribunais competentes, independentes e imparciais.

92. ABREU. Marcos Araguari de. A ampliação da competência das justiças militares pela lei ordinária federal 13.491, de 13 de outubro de 2017, e a incômoda questão do "nós" contra os "outros". *Boletim do IBCCrim*, ano 26, 307, jun. 2018.

> "Como se observa, toda a argumentação gravita em torno de questões rotuladas como de 'interesse público', direcionadas à preservação de uma alegada 'segurança jurídica'. Mas uma segurança jurídica do – ou para o – próprio poder, mais do que uma proteção para o cidadão, naquela mesma lógica do 'nós' contra os 'outros', como se este não fosse – ou como não se queira que seja –, de fato, um tempo de paz[93]."

Ainda que não houvesse, em razão da estrutura formada majoritariamente por julgadores militares, dúvidas sobre a imparcialidade desta justiça, sua inadequação decorre de que a sua especialidade envolve a "questão militar" o que não abrange exame, por falta de vocação e propósito, de questões afetas a violações de direitos humanos que nada se vinculam a ideia de disciplina e hierarquia. Trata-se de uma subversão da função da justiça militar com o escopo se servir aos anseios de militarização da vida.

5. Controle de constitucionalidade da lei

Nesta quadra pretendemos proceder a um crivo constitucional. Mais que uma aferição sobre a validade ou não de uma lei, como ensina Jorge de Miranda[94], o exame sobre a inconstitucionalidade não é meramente uma análise sobre "descorrespondência" de uma realidade a outra, na verdade este controle tem um duplo aspecto: afirma-se a obrigatoriedade do texto constitucional e ineficácia da norma que a contraria.

O constitucionalista português adverte que embora constitucionalidade e inconstitucionalidade sejam conceitos de relação, não se trata de mera relação lógica, vale transcrever:

> "Conceitos de relação: a relação que estabelece entre uma coisa – a Constituição – e outra coisa – um comportamento – lhe está ou não conforme, que com ela é ou não compatível, que cabe ou não sentido. Não se trata, porém, de relação de mero caráter lógico normativo e valorativo, embora implique sempre um momento de conhecimento. Não estão em causa simplesmente a adequação de uma realidade, ou a descorrespondência entre este e aquele acto, mas o cumprimento ou não de certa norma jurídica[95]."

93. Idem.

94. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional:* inconstitucionalidade e garantia da constituição. Coimbra Editora:2001. t. VI.

95. MIRANDA. Op. cit., p. 162-163.

Com efeito, embora nesta altura o que buscaremos é analisar a conformidade da Lei 13.491/2017 com a Constituição, o que está em causa no presente crivo, é, sobretudo, a força normativa da Constituição.

Sistematiza-se o controle de constitucionalidade no sistema brasileiro em vários aspectos. Primeiramente fala-se em espécies de inconstitucionalidade. Temos a formal quando há desobediência a procedimento legislativo estabelecido pela Constituição, não acerca do conteúdo[96]. Por outro lado, há inconstitucionalidade material quando o conteúdo do projeto de lei ou do ato normativo não estiver de acordo com o que determina a Constituição, ou seja, com o conteúdo ou valores consagrados no texto constitucional[97].

Fala-se ainda em inconstitucionalidade por ação e por omissão, originária ou superveniente e até mesmo de inconstitucionalidade de normas constitucionais[98]. Como não é o propósito do presente artigo verticalizar o estudo do controle de constitucionalidade, apresentaremos aqui apenas notas introdutórias para viabilizar a análise do problema.

Temos o controle preventivo (político), que se refere a projetos de lei, através das comissões de constituição e justiça e o mecanismo de veto fundado em inconstitucionalidade e, ainda, o controle preventivo jurisdicional, que é excepcional, através de mandado de segurança. Neste busca-se evitar que um projeto de lei gere uma norma maculada de inconstitucionalidade. Por sua vez, o controle repressivo é realizado pelo Judiciário, em face de lei ou ato normativo e tem por objetivo retirar do ordenamento jurídico a norma contrária a constituição, ou emprestá-la interpretação conforme.

No Brasil, há dois sistemas de controle Judiciário de Constitucionalidade. Primeiramente o sistema aberto ou difuso, que se dá diante de um caso concreto e através do qual qualquer órgão do Poder Judiciário estará apto a apreciar a inconstitucionalidade de uma lei. De outro modo, o sistema concentrado ou reservado, o qual "concentra" a apreciação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal, ou ao Tribunal de Justiça, dependendo da matéria[99]. Diz-

96. PORCIONATO. Ana Lúcia. Controle de constitucionalidade e ação civil pública. *Revista Jurídica da Faminas*, v. 3, n. 1, jan.-jul. 2007.

97. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 162-169.

98. MENDES. Op. cit., p. 1055-1056.

99. PORCIONATO. Op. cit.

-se assim, que no Brasil adotou-se um sistema misto, por congregar o sistema concentrado (austríaco) e o sistema difuso (americano)[100].

O que nos interessa para o presente ensaio são os tipos de inconstitucionalidade (formal e material) e as formas de controle concentrada e difusa. Na hipótese a Lei 13.491/2017 padece de constitucionalidade formal e material e pode sofrer controle concentrado e difuso. Vejamos cada um deles.

5.1. A inconstitucionalidade formal

É notório que a Lei 13.491 representou um atalho de forma aberrante ao processo legislativo. O Presidente da República não pode, por via de veto parcial, transformar uma lei temporária em uma lei permanente, em um claro acréscimo a Projeto de Lei, desvirtuando o fim colimado e aprovado pelo Congresso Nacional no momento do seu encaminhamento para apreciação[101]. Como se disse anterior e exaustivamente, veto é interdição e não adição.

Note-se que o texto substituído e aprovado no plenário apresentou a seguinte justificativa do Relator Deputado Júlio Lopes:

> "Em virtude da excepcionalidade da realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos no Rio de Janeiro, as alterações propostas pelo autor se fazem necessárias e meritórias e, para complementar a proposição, incluo, na forma de um substitutivo, uma cláusula de vigência até 31 de dezembro de 2016[102]."

Com efeito, jamais poderia o presidente subverter o projeto do modo que fez, ignorando as razões excepcionais apresentadas, transformando um mecanismo de controle aos atos legislativos (veto) em instrumento legiferante da Presidência da República ao arrepio do Congresso Nacional e do processo legislativo constitucionalmente previsto[103]. De fato, ocorreu uma burla ao devido processo legislativo (art. 5º, LIV, da CRFB/88), pois, desde a apresentação do projeto de lei

---

100. MENDES. Op. cit., p. 1048-1049.

101. PASSADORE, Bruno de Almeida; GOES, Ricardo Alves de. A inconsistente ampliação da jurisdição militar: Uma análise a partir do posicionamento de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais,* v. 157/2019, p. 85-129, jul. 2019.

102. SECRETARIA LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL. *Estudo do veto 34/2017*, Brasília, 08.09.2017. Disponível em: [http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7271930&disposition=inline]. Acesso em: 17.01.2018.

103. PASSADORE. Op. cit.

(5.768/2016) na Câmara dos Deputados até a sanção do Presidente da República, não houve qualquer justificativa ou análise explícita sobre o tema[104].

Não obstante, há uma sutileza no trato deste tema. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.901, a Procuradoria Geral da República se manifesta no sentido da "inviabilidade de exame de constitucionalidade do veto ao art. 2º do Projeto de Lei 44/2016[105]" ao argumento de que não pode haver controle de constitucionalidade do veto e de que a única forma de controle jurisdicional de projeto de lei seria por mandado de segurança com legitimação exclusiva a parlamentares, conforme jurisprudência pacífica do STF. Por fim, afirma que não há razão para invalidação de veto presidencial porque, sendo materialmente inconstitucional a lei, não poderia sequer ter vigência ainda que por tempo certo.

De fato, é verdade que diante da inconstitucionalidade, mesmo sem o veto, não poderia ter vigência. Mas, esse fato não tira o interesse de se discutir a possibilidade de análise jurisdicional sobre o veto que pode ser útil em outras oportunidades.

A jurisprudência sedimentada no sentido de que o veto presidencial é insindicável diz respeito ao mérito do veto. Por óbvio, se o veto afirma que o projeto é inconstitucional ou contrário ao interesse público, não cabe ir ao STF pedir a declaração da constitucionalidade do projeto ou sua conformidade com o interesse público e, por consequência, a "derrubada" do veto. O mecanismo constitucional para reverter esse veto é a rejeição do veto pela maioria absoluta dos deputados e senadores na forma do § 4º, do art. 66, da Constituição. Só o Congresso Nacional pode "derrubar" o veto presidencial.

Não obstante, imagine que o Presidente da República sancione uma lei com vício de iniciativa. A jurisprudência do STF é tranquila no sentido de que a violação à cláusula de iniciativa reservada das leis, nas hipóteses taxativamente previstas no texto da Constituição, resulta inconstitucionalidade formal, insuscetível de produzir qualquer consequência válida de ordem jurídica. A usurpação da prerrogativa de iniciar o processo legislativo conduz à ineficácia jurídica, contaminando, por efeito de repercussão causal prospectiva, a própria validade constitucional da lei que dele resulte. O tema foi consolidado na ADI 2.867:

> "Ementa: Ação Direta De Inconstitucionalidade – (...) Processo Legislativo – Instauração dependente de iniciativa constitucionalmente reservada ao chefe

104. MACHADO. Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *Boletim do IBCCrim*, ano 25, 300, nov. 2017.

105. Número no Senado. Na Câmara dos Deputados o recebeu o número 5.768/2016.

> do poder executivo – Diploma legislativo estadual que resultou de iniciativa parlamentar – Usurpação do poder de iniciativa – Sanção tácita do projeto de lei – Irrelevância – Insubsistência da súmula 5/STF – Inconstitucionalidade formal (...) A sanção do projeto de lei não convalida o vício de inconstitucionalidade resultante da usurpação do poder de iniciativa. – A ulterior aquiescência do Chefe do Poder Executivo, mediante sanção do projeto de lei, ainda quando dele seja a prerrogativa usurpada, não tem o condão de sanar o vício radical da inconstitucionalidade. Insubsistência da Súmula 5/STF. Doutrina (...)."

Pensemos em outra questão. O Presidente da República veta parcialmente um texto suprimindo apenas uma palavra e este não é rejeitado pelo Congresso Nacional, havendo flagrante violação do § 2º, do art. 66, da CRFB/88. Pode o STF declarar a inconstitucionalidade formal da lei?

O Exemplo não é acadêmico. Para ilustrar, no ano 2000, o então Governador do Rio de Janeiro, Anthony Garotinho, vetou palavras de dispositivos da Lei 3.499, de 08 de dezembro de 2000, o que foi objeto da Representação por Inconstitucionalidade 0060948-44.2016.8.19.0000 perante o TJRJ, tendo chegado ao STF por meio de Recurso Extraordinário:

> "Agravo interno no recurso extraordinário. Processo legislativo. Sanção do chefe do poder executivo. Veto sobre palavras, frases ou orações isoladas. Impossibilidade. 1. O Chefe do Poder Executivo poderá vetar total ou parcialmente o projeto de lei aprovado pelo Legislativo. 2. O veto dirige-se a texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. 3. É inadmissível o veto de palavras, frases ou orações isoladas[106]."

O que se quer demonstrar com os exemplos acima? O veto presidencial ao art. 2º, da Lei 13.491/2017 possui a mesma essência dos exemplos suprarreferidos. Ao transformar a lei temporária em permanente, toma pra si iniciativa de lei não submetida ao Congresso. Ao vetar o artigo inteiro produz o mesmo resultado vedado pelo espírito do § 2º, do art. 66, da Constituição de 1988. Toda essa questão ao final se remete à cláusula de separação dos poderes como instrumento de sua contenção, o que no caso foi violado.

Com efeito, o tratamento dispensado ao problema do veto presidencial ao artigo 2º, do projeto de lei convertido na Lei 13.491/2017, tanto na inicial, quanto na defesa pela AGU e ainda, no parecer do Ministério Público na ADI 5.901, não

106. STF, AG.REG. no Recurso Extraordinário 1.188.042, Rio de Janeiro.

primou pelo rigor técnico, incidindo no equívoco de confundir a inconstitucionalidade da lei por vício no processo legislativo (inconstitucionalidade formal), com controle de constitucionalidade do veto, como aduziram a inicial e o parecer ministerial; ou com a impossibilidade de sua sindicabilidade pelo Judiciário, como sustentou a AGU. Na verdade, não é nada disso. O abuso no uso do veto promove a inconstitucionalidade formal da lei.

Como anota Gilmar Mendes, os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo por não observância de ordem técnica ou procedimento ou ainda, por violação de regras de competência. Assim, o ato resta viciado nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação ou na forma final[107].

Não impressiona o argumento de que a inconstitucionalidade do veto redundaria a aprovação da lei inconstitucional como temporária. Isso porque, reconhecida a inconstitucionalidade formal (equivalente ao vício de iniciativa ou veto de palavra), toda a norma seria tida por inconstitucional. Vale destacar que a inicial da ADI 5.901, bem como o parecer da PGR se concentram preponderantemente na inconstitucionalidade por violação a competência constitucional do júri o que permitiria, quiçá, tão somente, um juízo sobre a inconstitucionalidade material do 9º, no que tange ao § 2º e seus incisos, o que não afetaria a ampliação da competência da justiça militar promovida pela nova redação do inciso II, do art. 9º, do CPM[108].

Ademais, embora não seja objeto de nossa abordagem, a questão do efeito repristinatório de norma igualmente inconstitucional poderia quiçá ser tratada à luz da teoria da inconstitucionalidade por arrastamento, conforme precedentes do STF[109].

Não obstante, vale destacar que a Lei 13.491/2017 manifesta de modo robusto a inconstitucionalidade material que merece nossa atenção.

5.2. Da inconstitucionalidade Material

O artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que é a instituição do júri competente para o julgamento

107. MENDES. Op. cit., p. 1056-1057.

108. Nos autos da ADI 5901, tanto a inicial (item 2 do pedido) quanto o parecer da PGR (em sua conclusão sobre o pedido) manifestam pela declaração da inconstitucionalidade do indigitado § 2º e seus incisos.

109. STF, ADI 2895 e ADI 437.

dos crimes dolosos contra a vida. Por sua vez, os crimes dolosos contra a vida estão definidos no Código Penal Brasileiro.

O § 4º, do art. 125, da CRFB/88 dispõe que compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil.

Por sua vez, o STF firmou entendimento no sentido de que a condição de militar ou a circunstância de o agente estar em serviço no momento da prática do crime não são suficientes para atrair a competência da Justiça Castrense[110].

Uma interpretação sistemática da Constituição, destacadamente à luz do princípio constitucional da isonomia e do art. 125, § 4º da CRFB/88 conduz a seguinte conclusão: Na medida em que o texto constitucional proíbe que militares das forças estaduais sejam submetidos à Justiça Militar por crime contra a vida de um civil, não poderia a lei infraconstitucional conduzir a julgamento pela justiça Castrense militares federais, para serem julgados pela morte de civil ocorridas no exercício de função atípica de segurança pública realizada pelo exército, atividade esta que é própria dos militares estaduais. Haveria, no caso, evidente tratamento diferenciado a situações idênticas. O mesmo fato não pode ser crime doloso contra vida para um policial militar e, de outro lado, constituir crime militar para um soldado do Exército quando realiza, essencialmente, a mesma função afeta à segurança pública, o que não raro pode ocorrer, inclusive, em conjunto.

Frise-se, que a pretensão da nova lei se fosse tão somente mudar a competência sem atingir a natureza do delito, seria inconstitucional por violação ao art. 5º, XVIII da CRFB/88. Do contrário, se o escopo fosse mudar a natureza, não seria possível porque a essência da atividade militar não reside na segurança pública, art. 144 da Constituição e sim na segurança nacional (art. 142).

Ademais, embora a Constituição tenha conferido ao legislador a possibilidade de definir os crimes militares, não o fez como um cheque em branco, conferindo poder de arbitrariamente efetuar a definição sem levar em conta as funções das forças armadas que vinculam sua atividade. Dito de outro modo, não pode o legislador tributar natureza militar a um fato que nada interessa a questão militar. Imagine atribuir natureza militar ao crime de bigamia (art. 235 do CP) ou registro de nascimento inexistente (art. 241). Por óbvio que movimento desta ordem seria inconstitucional.

Mas não é só, a Lei 13.491/2017, como dito anteriormente, viola garantias e princípios como o juiz natural e o devido processo. A natureza do delito define

110. STF, HC 84915 e HC 109150.

não só a competência, mas o órgão de investigação, de acusação e ao final o juízo. Desse modo, a ideia de devido processo pressupõe um processo justo, de modo que a atividade de investigação possa ser isenta. Com efeito, a atividade de polícia judiciária realizada por pares para apuração de fatos praticados contra civis em tempos de paz avilta toda a concepção de processo justo e acesso à justiça em razão dos riscos do corporativismo na apuração da verdade.

Nessa toada, com acerto a doutrina[111] vem sinalizando pela inconstitucionalidade da lei, bem como a Procuradoria Geral da República elaborou parecer neste sentido, juntado aos autos da ADI 5.901, na qual atuam como *amicus curiae* importantes instituições como, dentre outros, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Não custa registrar a importância de se analisar a partir do controle de convencionalidade, vez que é evidente o descompasso da Lei 13.491/2017 com os tratados internacionais, como o Pacto de San José, e com as orientações da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)[112].

5.3. Do controle por órgãos administrativos e do necessário controle jurisdicional difuso

Há muito se sustenta na doutrina que "a lei inconstitucional é inconstitucional para todos os poderes e não apenas para o Judiciário". Com isso pretendia-se afirmar a possibilidade de órgão do Executivo deixar de aplicar uma norma por entendê-la inconstitucional[113].

A partir desta asserção, embora saibamos que a independência funcional é prerrogativa do órgão do Ministério Público, à luz da evidente inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017 e do parecer da PGR (chefe institucional do MP nacional) nos autos da ADI 5.901, deve ser esperado que o órgão do Ministério Público Militar que tomar ciência de uma investigação por crime militar em tempos de paz, fundada na ampliação legislativa promovida pela Lei 13.491/2017, dirigida à justiça Militar, ou seja, deparando-se com um inquérito policial militar, na oportunidade de formular sua *opinio delicti*, deverá, como fiscal da lei, declinar de sua atribuição para o Ministério Público respectivo, fundamentando seu entendimento da inconstitucionalidade da norma.

111. MACHADO. Op. cit.; ABREU. Op. cit.; PASSADORE. Op. cit.

112. Sobre o tema: PASSADORE. Op. cit.

113. BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar: 1993. p. 321-332.

Em outras palavras, mesmo que ainda o Judiciário não tenha apreciado a ADI 5.901, tal fato não retira do Ministério Público o poder de agir em conformidade com a Constituição, devendo, deste modo, deixar de aplicar lei inconstitucional, declinando imediatamente de sua atribuição.

Por outro lado, oferecida a denúncia, ou requerida qualquer medida cautelar o juiz auditor poderá efetuar o controle difuso de constitucionalidade, declinando de sua competência nos termos do § 3º do art. 78[114] e do art. 147[115], ambos do CPPM.

Como se sabe, o controle difuso assegura a qualquer órgão judicial incumbido de aplicar a lei a um caso concreto o poder-dever de inaplicar a lei ou ato normativo se o considerar incompatível com a Constituição[116]. Com o juiz auditor não seria diferente, não precisando aguardar a decisão do STF sobre o caso para declinar da competência na forma do CPPM.

5.4. Do controle concentrado em curso: sintetizando as possibilidades

Como adiantamos anteriormente, encontra-se em curso a ADI 5.901, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL, já constando nos autos a defesa da lei pela Advocacia Geral da União, figurando nos autos algumas instituições na qualidade de *amicus curiae*, já tendo sido juntado aos autos parecer da Procuradoria Geral da República, manifestando-se pelo conhecimento da ADI, e pela procedência parcial no sentido de que seja declarada inconstitucionalidade material da Lei 13.491/2017 no que toca a nova redação dada ao artigo 9º do CPM, que lhe acrescentou o § 2º e incisos, impactando a competência do tribunal do júri para os crimes dolosos contra a vida. Ademais, pretende o aditamento da inicial, para que seja incluído no pedido o reconhecimento da inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 9º, do Código Penal Militar, na redação que lhe conferiu a Lei 12.432/2011, precedente à indigitada Lei 13.491/2017.

Diante desse cenário processual e das premissas teóricas e dogmáticas traçadas acima, entendemos que em rigor técnico, deveria haver a declaração de inconstitucionalidade formal da totalidade da Lei 13.491/2017, em razão dos

114. § 3º No caso de incompetência do juiz, este a declarará em despacho fundamentado, determinando a remessa do processo ao juiz competente.

115. Art. 147. Em qualquer fase do processo, se o juiz reconhecer a existência de causa que o torne incompetente, declará-lo-á nos autos e os remeterá ao juízo competente.

116. MENDES. Op. cit., p. 1049.

argumentos apontados anteriormente (item 5.1), que podem ser sintetizados pela ideia de vício no processo legislativo por violação da separação dos poderes e subversão do poder de veto presidencial, que, extrapolando a função de contenção do Legislativo, atuou incrementando a ordem jurídica, de modo a usurpar a função legislativa.

Por óbvio que a inconstitucionalidade formal prejudica o exame da inconstitucionalidade material e conduziria a acertada inconstitucionalidade de toda a lei. Não seria inconstitucionalidade do veto, vez que este, ao lado da sanção, é apenas um ato de encerramento do processo legislativo.

Não obstante a relação de prejuízo, poderá a Corte tomar caminho diverso, não distinguindo entre reexame do veto presidencial e exame do regular processo legislativo. Nesse caso, passará ao exame de adequação da norma à ordem jurídica, podendo, como demonstramos anteriormente, assinalar a inconvencionalidade, diante do descompasso da Lei 13.491/2017 com os tratados e convenções assinados pelo Brasil, ou, declarar a inconstitucionalidade material da Lei 13.491/2017, por ter ampliado a competência da justiça militar nos tempos de paz, nos termos que, anteriormente sistematizamos (item 5.2).

Em uma perspectiva, a nosso ver, mais estreita, poderá a Corte entender pela inconstitucionalidade, apenas do § 2º, acrescentado ao art. 9º do CPM, pela lei impugnada, restabelecendo a competência do júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis, perpetrados por militares federais.

Ademais, em se acolhendo o aditamento proposto pela PGR, ou mesmo construindo alguma interpretação semelhante as teses de inconstitucionalidade por arrastamento, poderá na mesma toada, declarar a inconstitucionalidade da Lei 12.432/201, restabelecendo a competência do Júri, inclusive para decidir sobre crime doloso contra a vida no contexto de abate de aeronave hostil (art. 303, Código Brasileiro de Aeronáutica).

O que entendemos, absolutamente desarrazoado e contrário à visão democrática que o STF tradicionalmente tem lançado sobre o tema, seria a improcedência do pedido, com o consequente efeito de se declarar constitucional a vetusta Lei 13.491/2017.

Considerações finais

Após exaustiva revisão bibliográfica e documental, chegamos ao final da pesquisa proposta, ainda mais convencidos do desacerto da Lei 13.491/2017. Aquilo que era intuído na inquietude inicial que despertou o interesse pelo tema, tomou proporção verdadeiramente assustadora, seja pelas implicações práticas no dia a

dia forense, seja por traduzir-se em grave sintoma de adoecimento de nossa democracia e de agigantamento da necropolítica na realidade brasileira.

A Lei 13.491/2017 é formalmente inconstitucional, viola as convenções e tratados internacionais firmados pelo Brasil e é materialmente inconstitucional em sua totalidade.

Oxalá que os promotores de justiça militar, por meio de declínio de atribuição e que os juízes auditores, através de controle difuso de constitucionalidade, passem a inaplicar a lei, no caso dos juízes, declinando da competência nos termos do § 3º, do art. 78 e art. 147, ambos do CPPM.

Oxalá também, não tarde a Suprema Corte banir da ordem jurídica Brasileira, reafirmando a normatividade constitucional, a sombria Lei 13.491/2017.

Referências

ABREU, Marcos Araguari. A ampliação da competência das justiças militares pela lei ordinária federal 13.491, de 13 de outubro de 2017, e a incômoda questão do "nós" contra os "outros". *Boletim Ibccrim*, ano 26, n, 307, jun. 2018.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: O poder soberano e a vida Nua I. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

BARACHO. José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do veto. *Revista de informação legislativa*, v. 21, n. 83, p. 141-214, jul.-set. 1984.

BARRETO, Rômulo Paes. O veto nas repúblicas presidencialistas. *Revista de Informação Legislativa*, v. 26, n. 103, p. 47-66, jul.-set. 1989.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar: 1993.

BINDER, Alberto M. *El incumplimiento de las formas procesales*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2003. *v. 1*.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASARA, Rubens. *Interpretação Retrospectiva:* sociedade brasileira e processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Iniciação ao processo penal*. Florianópolis: Tirant, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

CUNHA, Therezinha Lucia Ferreira. Veto e técnica legislativa. *Revista de informação legislativa,* v. 18, n. 72, out.-dez. 1981.

CUSSAC, José L. González; BUSATO, Paulo Cesar; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Compêndio de direito penal brasileiro:* parte geral. Valencia, Tirant, 2017.

DALLARI, Paulo Massi. O instituto do veto presidencial no constitucionalismo brasileiro contemporâneo. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

FANON, Frantz. *Os condenados da terra*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. São Paulo: Ed. RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias. In: *Revista do Ministério Público*, ano 22, n. 85, jan.-mar. 2001.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

FONSECA, Edson Pires. *Direito constitucional:* poder legislativo, direito parlamentar e processo legislativo. 2. ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris.

GUSTIN, Miracy de Souza; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica:* teoria e prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

HESSEN, Johannes. *Teoria do conhecimento*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HILÁRIO. Leomir Cardoso. Da biopolítica à necropolítica: variações foucaultianas na periferia do capitalismo. *Sapere aude*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 194-210, jan.-jun. 2016. ISSN: 2177-6342.

HUNGRIA, Nelson. FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v. 1. t. I.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MACHADO, Leonardo Marcondes. Lei 13.491/2017: o Brasil na contramão da democracia e dos direitos humanos. *Boletim Ibccrim*, ano 25, n. 300, nov. 2017.

MBEMBE, Achille. *Necropolítica:* biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. Trad. Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MELLADO, José María Asencio (Director); SORIANO, Olga Fuentes (Coordinadora). *Introducción al derecho procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição. Coimbra Editora, 2001. t. VI.

MOYA, Maurício Assumpção. Executivo versus Legislativo: os vetos presidenciais no Brasil (1988-2000). (Tese de Doutorado) – Faculdade de Filosofia Letras e Ciências Políticas da Universidade de São Paulo, 2005.

OLIVEIRA, Vanessa et al (Comp). *De bala em prosa: Vozes da resistência ao genocídio negro*. São Paulo: Elefante, 2020.

PASSADORE, Bruno de Almeida; GOES, Ricardo Alves de. A inconsistente ampliação da jurisdição militar: Uma análise a partir do posicionamento de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 157/2019, p. 85-129, jul. 2019.

PORCIONATO. Ana Lúcia. Controle de constitucionalidade e ação civil pública. *Revista Jurídica da Faminas,* v. 3, n. 1, jan.-jul. 2007.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão penal:* a bricolage de significantes. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente*. São Paulo: Cortez, 2001. v. 1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal:* parte geral. São Paulo: Tirant, 2020, E-book.

SILVA, José Afonso da. *Processo constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (Org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- A inconsistente ampliação da jurisdição militar: uma análise a partir do posicionamento de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, de Bruno de Almeida Passadore e Ricardo Alves de Góes – *RBCCrim* 157/85-129 (DTR\2019\35360).

Prisionização: a dinâmica desumanizante do sistema carcerário a partir do testemunho literário de Graciliano Ramos

Prisonization: the inhuman dynamics of the prison system from the literary testimony of Graciliano Ramos

Francisco de Assis de França Júnior

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (PT). Professor de Direito Penal e Criminologia no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL). Coordenador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em Alagoas. Advogado de Defesa.
ORCID: http://orcid.org/0000-0002-6958-920X
fafjunior2016@gmail.com

Recebido em: 29.11.2018.
Aprovado em: 11.05.2020.
Última versão do autor: 13.05.2020.

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo principal analisar criticamente a dinâmica desumanizante que se impõe à pessoa quando ingressa no sistema carcerário e de como isso se protrai no tempo. Tendo por base as experiências do escritor Graciliano Ramos, descritas por ele mesmo em *Memórias do cárcere* (1953), procuramos revelar sucintamente o impacto dos mecanismos utilizados para a obtenção do respeito absoluto à ordem no âmbito do comportamento e da consciência humanas. Partindo-se do método hipotético-dedutivo, com o amparo de uma literatura nacional e estrangeira, nossa hipótese é a de que o processo de prisionização tem sido prejudicial para a idealizada paz social, no que a tentativa de compreensão do problema e de sua perpetuação pela via da literatura *graciliânica* justifica-se por nos parecer emblemática do contexto brasileiro, além rica em detalhes, seja da dinâmica carcerária seja das angústias que a

Abstract: The main objective of this paper is to analyze critically the inhuman dynamics that are imposed on the person when he enters the prison system and how it protrudes in time. Based on the experiences of the writer Graciliano Ramos, described by himself in *Memórias do Cárcere* (1953), we try to briefly reveal the impact of the mechanisms used to obtain absolute respect for order in human behavior and consciousness. Based on the hypothetical-deductive method, supported by a national and foreign literature, our hypothesis is that the process of prison has been detrimental to the idealized social peace, in which the attempt to understand the problem and its perpetuation by means of *graciliânica* literature, is justified by the fact that it seems to us emblematic of the Brazilian context, rich in details, both of the prison dynamics and of the anguish that the prisoner carries with him. Therefore, we conclude that there is a need

pessoa presa carrega consigo. Sendo assim, concluímos pela necessidade de reestruturação do sistema de controle e de punição com o fim de que se permita à pessoa encarcerada uma efetiva reinserção na dinâmica social.

Palavras-chave: Dinâmica carcerária – Prisionização – Desumanização – Necessidade de reestruturação – Interlocução entre Criminologia e Literatura.

to restructure the control and punishment system in order to allow the incarcerated person an effective reintegration into the social dynamics.

Keywords: Prison dynamics – Prisonization – Inhuman – Need for restructuring – Interlocution between Criminology and Literature.

Sumário: 1. Introdução. 2. Notas sobre o contato inicial com o cárcere. 3. Crime e castigo: uma percepção estreita sobre a natureza da pena. 4. Prisionização: a circularidade de uma cultura desumanizante. 5. Considerações finais. Referências.

1. Introdução

Escrever qualquer coisa que perpasse a obra de Graciliano Ramos é sempre uma tarefa desafiadora. São tantas as reflexões críticas possíveis sobre a dinâmica social – e principalmente sobre como reagem os *desvalidos* diante das adversidades – que um criterioso recorte metodológico se impõe. Mas, apesar da providência anunciada, convém que deixemos claro, desde já, que a presente pesquisa não nutre a mínima pretensão de apresentar repostas definitivas (se é que elas existem) sobre as questões adiante abordadas. O nosso principal objetivo é provocar reflexões críticas sobre a relação que se estabelece entre algumas das obras do mencionado autor com o processo de *prisionização* pelo qual passam as pessoas encarceradas.[1]

O escritor alagoano, nunca é demais lembrar, vivenciou esse *sistema de forças* da pior das perspectivas possíveis: a da pessoa encarcerada. E o fez num período em que direitos e garantias fundamentais eram encarados como privilégios disponíveis à efetiva utilização de uma parcela ínfima da população. Levado de casa, em Maceió, capital do Estado de Alagoas, em março de 1936, sem que qualquer acusação estivesse formalizada,[2] Graciliano vê-se transformado em uma espécie

1. Assim também os visitantes do sistema carcerário, mesmo que "[n]uma versão mais fraca, mas ainda assim persuasiva", são afetados por essa dinâmica. Nesses casos, tem-se uma "prisionização secundária". (COMFORT, 2007. p. 1056). Para aprofundar, recomenda-se ainda: Comfort, 2003.
2. MERCADANTE, Paulo. *Graciliano Ramos:* o manifesto do trágico. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994. p. 33.

de personagem nascido da criatividade de um autor como Franz Kafka[3]. Do lado daqueles que se constituíam na esmagadora maioria da população – onde, aliás, o autor estava situado –, dadas as circunstâncias políticas, restava apenas a *obrigação patriótica* de obedecer.

Nesse contexto, é de se perceber que não há de ser encarado como um acaso o fato de, ao nos debruçarmos sobre quaisquer de suas obras, sempre nos depararmos com descrições tão inquietantes quanto reveladoras dos dilemas da vida em sociedade. A profundidade e a vitalidade das questões abordadas por Graciliano não haveriam de ser fruto de um mero *esforço criativo*, mas consequências de uma vida experimentada de variados percalços. Seu primeiro livro, por exemplo, *Caetés*, lançado em 1933, está ambientado justamente na cidade em que havia sido prefeito, Palmeira dos Índios.[4] Não é, portanto, exagero algum afirmarmos que em seus escritos também estão traços de sua própria biografia.

Partindo-se do método hipotético-dedutivo, fomos levados a identificar os instrumentos que o ambiente acadêmico nos ofereceria como suporte para a análise proposta. É pelo *realismo crítico*[5] das contribuições que essa literatura autobiográfica nos apresenta, que a mesma apareceu-nos como uma via eficiente para a pretendida aproximação entre as Ciências Jurídicas – e, sobretudo, entre a Criminologia – e a dinâmica desumanizante do cárcere. É a literatura, portanto, o que vai nos servir de instrumento de facilitação nesse processo discursivo denso e, quando aprofundado, bastante revelador. Diante de tal constatação, o referencial teórico que nos serviria de guia não tinha como deixar de ser o emblemático testemunho literário de Graciliano Ramos, tanto pela riqueza de detalhes da dinâmica carcerária quanto pelas angústias descritas e exploradas em sua narrativa.

3. Do autor, veja-se, por exemplo: KAFKA, Franz. *O processo.* Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.
4. Cidade localizada em região intermédia entre o agreste e o sertão do Estado de Alagoas, onde Graciliano Ramos, depois ter sido eleito em 7 de outubro de 1927, com 433 votos, e de ter assumido o cargo no início de 1928, dando início a uma administração que tem sido considerada como exemplar. No entanto, desanimado com a dinâmica que o provincianismo político local lhe impunha, acabou renunciando em 30 de abril de 1930. Sobre os meandros de sua gestão, recomenda-se: Carvalho, 2017.
5. Para uma visão panorâmica, recomenda-se: ROJAS, Yenny Marlene Molina. O realismo crítico de Graciliano Ramos: uma leitura de insônia. Dissertação (Mestrado) – apresentada à FFLCH-USP, 1997; e ainda: MOISÉS, M. *História da literatura brasileira:* realismo. São Paulo: Cutrix/USP, 1983.

Justamente essa necessidade de se produzir interpretação é uma das providências que nos serve para aproximar o direito – expressão aqui utilizada da maneira mais ampla possível – da literatura.[6] O saber jurídico, mais tributário do tradicional formalismo,[7] e a produção literária – em especial a brasileira a partir do início do século XX –, de caráter essencialmente emancipadora, correlacionam-se aqui, sem divisão de espaços, num esforço de estruturarmos um diálogo franco e honesto sobre as consequências da manutenção de um ambiente demasiadamente opressivo, que não tem permitido a efetivação de valores que são muito caros a sociedades que se pretendem democráticas.

Ademais, apesar de seu testemunho literário se situar em período histórico cujas circunstâncias sociais e políticas no Brasil não sejam propriamente aquelas vivenciadas atualmente, é de se alertar para um certo *anacronismo* em nosso desenvolvimento, vez que as contribuições *graciliânicas* sobre o tema são, não raramente, conectadas com referenciais teóricos da atualidade. Tais "saltos" entre o passado e o presente se constituem como uma de nossas providências para mostrar que, mesmo com as especificidades locais ou regionais que podem ser encontradas em determinados estabelecimentos, a dinâmica carcerária mantém uma constante, uma certa estabilidade sistêmica atemporal, em seu curso pela história.

Desse modo, como já deixamos antever, as complexidades dispostas à nossa frente recomendam alguma cautela. Daí porque, de início, um recorte metodológico mereceu nossa dedicada atenção. Como consequência disso, para que pudéssemos ter alguma tranquilidade para o aprofundamento que se exige em uma pesquisa dessa natureza, utilizamos como marco referencial central o livro-testemunho *Memórias do cárcere*, que, aliás, não chegou a ser concluído pelo autor, tendo sido publicado originalmente em setembro 1953, após a sua

6. DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 220-221. No Brasil, esse processo de aproximação entre ambas as áreas pode ser compreendido melhor em: TRINDADE, André Karam. BERNSTS, Luísa Giuliani. O estudo do "direito e literatura" no Brasil: surgimento, evolução e expansão. *ANAMORPHOSIS – Revista Internacional de Direito e Literatura*, v. 3, n. 1, p. 225-257.

7. Incluam-se aqui também os espartilhos burocráticos que nos são impostos para se conseguir publicação em revistas (com Qualis/CAPES) classificadas entre A e B. Exigências que, se aplicadas em outros tempos, certamente não admitiriam publicações de um Michel Foucault ou um Friedrich Nietzsche, autores flagrantemente importantes no desenvolvimento de incontáveis teorias sobre o exercício do poder punitivo.

morte, que se deu em março do mesmo ano. É, portanto, a partir desse marco da literatura *graciliânica*, sempre tributária da tragédia[8], que a mecânica de prisionização será aqui explorada.

2. Notas sobre o contato inicial com o cárcere

Antes de nos ocuparmos das questões relacionadas à cultura carcerária, ressalte-se que a *memória autobiográfica*, um dos recursos que utilizamos a seguir, apresenta-se como fundamental "na formação da identidade, na seleção e orientação de comportamentos para atingir objetivos, bem como na forma como são interpretados os comportamentos de outros e o contexto envolvente"[9]. O "ato de recordar", portanto, "envolve várias habilidades cognitivas, desde aquelas que permitem lembrar um fato pessoal, como o caminho de casa ao trabalho, até aquelas necessárias para escrever um livro contando a história de uma vida."[10]

Logo, perceba-se que, como destacado na pesquisa de Daniela Sofia Reis Neves[11], "contrariamente a outros tipos de memória", a memória autobiográfica "não promove prioritariamente a exatidão ou a verdade do seu conteúdo, permitindo moldar recordações ao serviço da identidade e do bem-estar individuais". No entanto, nos casos de "eventos de valência negativa", como aqueles vivenciados por Graciliano Ramos,

8. Graciliano, desde Caetés (1933), está sempre às voltas com o trágico na consciência humana. A esse respeito, recomenda-se: DUARTE, 2008. p. 189 *ss*. E ainda: MERCADANTE, 1994.

9. NEVES, Daniela Sofia Reis Neves. Características fenomenológicas, estruturais e funcionais da memória autobiográfica em homens e mulheres em cumprimento de pena de prisão. Tese (Doutoramento em Psicologia Forense) – apresentada à Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra, 2015. p. 6.

10. GAUER, Gustavo; GOMES, William Barbosa. Recordações de eventos pessoais: memória autobiográfica, consciência e julgamento. *Revista de Psicologia*: Teoria e Pesquisa, out-dez 2008, v. 24, n. 4, p. 507. Disponível em: [www.ufrgs.br/museupsi/lafec/08.pdf]. Acesso em: 29.11.2018.

11. NEVES, Daniela Sofia Reis Neves. Características fenomenológicas, estruturais e funcionais da memória autobiográfica em homens e mulheres em cumprimento de pena de prisão. Tese (Doutoramento em Psicologia Forense) – apresentada à Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra, 2015. p. 7; financiada pela Fundação para Ciência e a Tecnologia, de acordo com o Programa Operacional Potencial Humano e cofinanciada pelo Fundo Social Europeu.

> "de uma forma geral, parece que as pessoas se recordam melhor de detalhes centrais de eventos quando estes são acompanhados de estados emocionais negativos intensos, mas não de detalhes periféricos"[12].

Foram dez longos meses submetido à automatizante dinâmica do cárcere. A começar por Maceió, passando pelo Recife e, finalmente, o Rio de Janeiro, onde chegara de navio. Tudo no período entre 3 de março de 1936 a 13 de janeiro de 1937.[13] Percurso que Graciliano fez questão de narrar, com riqueza de detalhes, em primeira pessoa, tendo dado conta de revelar mais de duas centenas de personagens. A trajetória *kafkiana* protagonizada pelo autor está repleta de um tom irônico, e é, sem dúvidas, um ato de irresignação contra aquele *estado de coisas autoritário*. Tanto que, em dado momento, desabafa: "Ausência de interrogatório, nenhum vestígio de processos. Por que se comportavam daquele jeito?".[14]

Esse transporte forçado de um ambiente para o outro, pressupondo-se esse "outro" marcado pela sufocante opressão, provoca *marcas* nessas pessoas. Não foi por acaso que Carlos Ascenso André[15], debruçado sobre os males do exílio, dedicou um capítulo de sua obra às "marcas de ausência". O autor sustenta que

> "a mudança de ambiente, geradora de frequentes desequilíbrios emocionais: a alteração, por vezes abrupta e profunda, do espaço físico habitual provoca uma ruptura na relação que existe entre o indivíduo e esse espaço, a qual pode ser vital para a sua construção e estabilidade".

Segundo ele:

> "A adaptação ao novo espaço não é, por isso mesmo, fácil, facto agravado ainda pela circunstância de não haver liberdade para regredir ao anterior; daí que, por vasto que ele seja, assume, na imaginação do exilado, o caráter de prisão: com efeito, muito embora possa ter acesso à vastidão do mundo, não tem ao único ponto a que desejaria – a sua comunidade original."[16]

12. NEVES, Daniela Sofia Reis Neves. Características fenomenológicas, estruturais e funcionais da memória autobiográfica em homens e mulheres em cumprimento de pena de prisão. Tese (Doutoramento em Psicologia Forense) – apresentada à Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra, 2015. p. 21.
13. RIDENTI, Marcelo. Graciliano Ramos e suas Memórias do Cárcere: cicatrizes. In: *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 04, out. 2014. p. 477.
14. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993. p. 113.
15. ANDRÉ, Carlos Ascenso. *Mal de ausência:* o canto do exílio na lírica do humanismo português. Coimbra: Minerva, 1992. p. 40.
16. ANDRÉ, Carlos Ascenso. *Mal de ausência:* o canto do exílio na lírica do humanismo português. Coimbra: Minerva, 1992. p. 41.

Nesse contexto, o cárcere seria o pior dos exílios. Eram tempos difíceis às liberdades individuais. No plano político o país assistia a um fervoroso embate entre nacionalistas e (supostos) comunistas. Getúlio Vargas, gaúcho de São Borja, acabara de assumir a presidência do país (em 1934) por intermédio do voto da Assembleia Constituinte. A promessa de um Brasil democrático esvaía-se pelas manobras astuciosas de Getúlio para se perpetuar no exercício do poder. Declarado o *estado de sítio* em 1935, depois o *estado de guerra* em 1936, impulsionados principalmente pelo alegado "perigo vermelho", os direitos civis são suspensos, deflagrando-se uma série de perseguições.[17]

Ressalte-se, porém, que, nessa época, Graciliano Ramos não era propriamente um militante de esquerda.[18] Ao menos assim ele não se assumia como tal.

O fato é que, Graciliano, apesar de integrar a classe dos funcionários públicos – tida como privilegiada –, mesmo tendo ocupado o cargo de prefeito de uma das cidades mais importantes do Estado de Alagoas, berço dos proclamadores da República,[19] e, na sequência, de já ter lançado seus primeiros romances,[20] acabou submetido aos *imperativos* de um ambiente que se caracteriza por não tolerar *subversões* (seja lá o que isso signifique)[21]. Um espaço de opressão que, como veremos, impõe aos que com ele convivem – não apenas às pessoas encarceradas, mas também aos carcereiros –, a adesão a uma cultura desumanizante, que leva as pessoas à degeneração da própria identidade em nome da sobrevivência.

Ocorre que, mesmo nesse ambiente, o tipo de tratamento e, portanto, o impacto do processo de adaptação, há de variar conforme a classe social com a qual se relacionava, antes em liberdade, a pessoa encarcerada. Tanto que, recém-transferido

17. Para contextualizar melhor esse período, recomenda-se: NETO, Lira. *Getúlio (1930-1945):* do governo provisório à ditadura do Estado Novo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

18. RIDENTI, Marcelo. Graciliano Ramos e suas Memórias do Cárcere: cicatrizes. In: *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 04, out. 2014. p. 477.

19. Como se sabe, foi o alagoano Marechal Manuel Deodoro da Fonseca quem, em 1889, proclamou a República, tornando-se o primeiro presidente brasileiro. Seu vice-presidente, o também alagoano Marechal Floriano Vieira Peixoto, sucedeu-o, tornando-se o segundo presidente da história do País.

20. São os casos de *Caetés* (1933) e *São Bernardo* (1934).

21. Embora seja uma expressão cujo uso tem sido frequente em regimes ditatoriais, dada sua carga demasiada de subjetividade, é possível encontrá-la ainda em vigência no Brasil. A Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho), por exemplo, em pelo menos três oportunidades (artigos 39, inciso IV, 50 e 52) se utiliza do termo.

para o Rio de Janeiro, ao ser recebido pelas autoridades de onde cumpriria a maior parte de seu *calvário*, o escritor, para que fosse *separado*, é indagado:

> "Qual era o cargo que o senhor tinha lá fora? – indagou o tipo. Sapecou a resposta e acrescentou, à margem, uma cruz a lápis vermelho. – Que significa isso? – Quer dizer que o senhor vai para o Pavilhão dos Primários. – Porquê? Não entendo. – É uma prisão diferente. Aludiu ao meu emprego, realmente bem ordinário, na administração pública. – Os outros vão para as galerias."[22-23]

Naquele momento, sem que provavelmente soubesse, Graciliano havia passado pelo crivo da *classificação*[24], uma espécie de *triagem* destinada à escolha, pelas autoridades, do espaço que melhor (ou pior, é sempre difícil saber) atenderia às alegadas finalidades da pena de prisão (dito muito resumidamente, as idealizadas: prevenção e ressocialização). Conquanto, não percamos de vista que, na prática, essa *avaliação* de compatibilidade da pessoa encarcerada com os espaços disponíveis no cárcere é informalmente presidida pelos próprios *pares* com os quais se terá que conviver.[25] Caso nenhum dos "veteranos" se oponha, o "novato" é inserido no módulo. Obviamente que, atualmente, o pertencimento a *facções* é um "valioso" critério.

Desse modo, o potencial de provocar inconvenientes ao funcionamento do sistema é levado em conta. Nesse particular, a propósito, Graciliano[26], tragicomicamente, parecia, naquelas circunstâncias, resignado, no que argumenta:

> "Se todos os sujeitos perseguidos fizessem como eu, não teria havido revolução no mundo. Revolucionário chinfrim. Desculpava-me a ideia de não pertencer a nenhuma organização, de ser inteiramente incapaz de realizar tarefas práticas."

---

22. Graciliano era funcionário da instrução pública estadual, o que atualmente se denomina por secretaria da educação.
23. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993. p. 207.
24. Atualmente prescrita no artigo 5º (e seguintes) da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho). Além disso, por determinação do artigo 84 do mesmo diploma, "o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado".
25. Devido à flagrante superpopulação carcerária no Brasil e a histórica escassez de vagas no sistema, o receio por rebeliões ou motins estão sempre presentes na distribuição dos presos pelos módulos que compõem o estabelecimento penal. Daí porque, mesmo eventualmente contrariando determinação legal, as autoridades acabam balizando essa distribuição em critérios que permitam o regular funcionamento da administração interna.
26. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993. p. 35.

E arremata: "Impossível trabalhar em conjunto. As minhas armas, fracas e de papel, só podiam ser manejadas no isolamento". A classificação do autor é, portanto, ali, determinada simplificadamente pela profissão que exercia.

Além disso, o próprio ato de escrever durante seu encarceramento dava-lhe alguma distinção. Como destaca Marcelo Ridenti[27], "se a escrita foi um refúgio para a sobrevivência no porão do navio, recurso para manter a dignidade e registrar as arbitrariedades sofridas, não deixou de ser também uma forma de distinção social".

Na perspectiva do autor, Graciliano Ramos havia se dado conta de que "escrever gerava prestígio", o que o distinguia entre os presos, "os guardas e os dirigentes de presídio, que por isso o tratavam com alguma deferência num ambiente desumanizado. A cadeia não deixava de ser um microcosmo da inserção contraditória do escritor numa sociedade como a brasileira".

Nesse contexto, segundo sustentado por Cosme Rogério Ferreira[28], mesmo ali, em circunstâncias tão adversas, "Graciliano conviveu com intelectuais e próceres comunistas, interagindo e compartilhando com eles conhecimentos variados, além da precariedade da vida na prisão". Em apanhado realizado por Vinícius de Moraes[29], o que corrobora o que já foi dito, os presos do *módulo* de Graciliano Ramos "dividiam os xadrezes com professores, médicos, jornalistas, advogados, sindicalistas, operários e funcionários públicos". E assim foram classificados muitos dos perseguidos pelo autoritarismo então vigente.

A partir daí, até alcançar alguma adaptação, o estranhamento e a angústia serão circunstâncias presentes no cotidiano. Não há espaços para *conforto* (nem físico nem psicológico), ainda que aparentemente, mas só aparentemente, eles, por vezes, sejam "identificados" pela opinião pública(da).[30] Veja-se que, em Ma-

27. RIDENTI, Marcelo. Graciliano Ramos e suas Memórias do Cárcere: cicatrizes. In: *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 04, out. 2014. p. 482.

28. FERREIRA, Cosme Rogério. Habitus, campo e mercado editorial: a construção do prestígio da obra de Graciliano Ramos. (Dissertação de Mestrado) – apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Alagoas, 2014. p. 79. Disponível em: [www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/1384/1/Habitus%2c%20campo%20e%20mercado%20editoria.pdf]. Acesso em: 07.04.2018.

29. MORAES, Vinícius de. Máscara mortuária de Graciliano Ramos. In: *Nova antologia poética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 122.

30. Não raro vê-se no horário nobre "reportagens-denúncias" enfocando a utilização de televisores, geladeiras, fogões, chuveiros elétricos, ventiladores, entre outros utensílios, apontados como "mordomias" usufruídas pelos encarcerados. O que não se percebe com a mesma frequência é o sentimento de *revolta cívica*, normalmente desencadeado

ceió, no mesmo dia em que foi preso, Graciliano[31] percebera aquilo que tem caracterizado o cárcere ao longo da história: a *coisificação* do ser humano, sobretudo quando pobre.[32] Segundo o autor, que esboçara, mentalmente, alguma reação ao infortúnio, "essa vaidade tola devia basear-se na suposição de que enxergariam em mim um indivíduo, com certo número de direitos". E conclui: "Logo ao chegar, notei que me despersonalizavam".

3. Crime e castigo: uma percepção estreita sobre a natureza da pena

Assim, nosso autor passava a experimentar as angústias que a pena de prisão provoca na consciência humana. O curioso é que, momentos antes de ser encarcerado, Graciliano havia acabado de entregar os originais de *Angústia*,[33] lançado no mesmo ano de 1936, sendo um de seus romances mais elogiados.[34] Nele o autor dedicara-se à contar a história de Luís da Silva, a quem reputava como "falastrão", que "vivia a badalar à toa reminiscências da infância, vendo cordas em toda parte"[35]. Dominado pelo desejo da morte de um rival, a quem a amada preferira, o angustiado jornalista sopesa os *prós* e os *contras* da prática do homicídio.[36] Ali Graciliano já idealizava a dinâmica do cárcere e, por tabela, as finalidades da pena.

Em 1938, recém-experimentado no cárcere, o autor, ainda que tangencialmente, aborda o tema da relação estatal com a pessoa pelas mãos do sistema criminal. O alvo seria a trajetória de uma gente sertaneja humilde e sem oportunidades, o que praticamente impunha uma jornada excruciante à procura da sobrevivência. Tem-se lançada ali outra de suas mais importantes produções: *Vidas Secas*. Em uma das passagens, Graciliano, através de um de seus personagens, ironiza, sem meias palavras, o atuar estatal na seara criminal:

---

com esse tipo de reportagem, diante das condições inumanas com as quais os cárceres são historicamente mantidos no Brasil.

31. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993. p. 35.
32. Recomenda-se, de uma maneira mais geral, muito especialmente: WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003; E ainda: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2005.
33. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993. p. 25 e ss.
34. O livro recebeu o prêmio "Lima Barreto" da Revista Acadêmica, fundada em 1933.
35. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993. p. 22.
36. RAMOS, Graciliano. *Angústia*. Rio de Janeiro: O Globo, 2003. p. 150-151.

> "E, por mais que forcejasse, não se convencia de que o soldado amarelo fosse governo. Governo, coisa distante e perfeita, não podia errar. O soldado amarelo estava ali perto, além da grade, era fraco e ruim, jogava na esteira com os matutos e provocava-os depois. O governo não devia consentir tão grande safadeza."[37]

Embora importante para a dogmática jurídico-penal, não nos imiscuiremos nas teorias sobre os fundamentos ou às finalidades da pena.[38] Convém, no entanto, destacar que, seja como for, não há de se permitir que o cárcere sirva *apenas*, como ainda hoje tem servido, como medida exclusivamente *aflitiva*. Miguel Reale Jr.[39], por exemplo, enfatiza que

> "todas as discussões teóricas que podem ser feitas de que a pena visa à intimidação ou a prevenção geral positiva, a reforçar o valor na sociedade ou a recuperação, cede diante do primeiro sentimento daquele que é o grande personagem do Direito Penal, que é o réu, que é o condenado. É perguntar ao condenado como é que ele sente a pena que lhe é imposta? Castigo. Como é que a sociedade percebe a aplicação da pena? Castigo."

Tais aspectos não passaram despercebidos à Graciliano, que critica a insensatez em se exaltar a uniformização das pessoas no cumprimento da pena de prisão.[40] Em análise sobre a relação do sujeito com o cárcere,[41] quando diante de um de seus personagens, reflete: "duas ou três palavras rápidas, a baldeação, o cheiro da caserna, a cor das paredes, ordens rápidas, sinais imperceptíveis, tinham

37. RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. 48. ed. São Paulo: Record, 1982. p. 34.

38. Para aprofundar, recomenda-se: TASSE, Adel El. *Teoria da pena – pena privativa de liberdade e medidas complementares*: um estudo crítico à luz do Estado Democrático de Direito. Juruá, 2003; E ainda, de maneira mais crítica: BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. *Estudos de filosofia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editorial Grijalbo, 1977.

39. REALE JR., Miguel. *Palestra de posse da Coordenação de Acompanhamento do Sistema Carcerário, instituída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 04 de fevereiro de 2014*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=McfUSHIEWQc]. Acesso em: 04.04.2018.

40. "A administração pública não atenta nessas ninharias, tende a uniformizar as pessoas. Somos grão que um moinho tritura – e ninguém quer saber se resistimos à mó ou se nos pulverizamos logo". RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993. p. 95.

41. A esse respeito, na atualidade, e mais aprofundadamente, recomenda-se a leitura de: CORDEIRO, Suzann. *De perto e de dentro:* a relação entre o indivíduo-encarcerado e o espaço arquitetônico penitenciário. Maceió/AL: Edufal, 2009.

ocasionado um desmoronamento", concluindo que "isso pouco influía em tipos ordinários, mas desconchavava nervos demasiado sensíveis". Graciliano considerava como "horrível sujeitar-se ao mesmo regime naturezas tão diversas", no que resultava na "ligeira punição de um e [n]o tremendo castigo do outro".[42]

Dessa forma, Miguel Reale Jr.[43] sustenta que, apesar de se reconhecer a pena como um *castigo*, ela "não pode ser, de modo algum, apenas isso", e, nesse contexto, aponta para a necessidade de que a pena tenha *também*, da perspectiva da pessoa encarcerada, significados que sejam positivos, dentre os quais, "o de viabilização de que o condenado, ao sair, tenha a possibilidade de superar os conflitos que são naturais da vida social, ainda mais numa vida social de conflitos e de competição como é a vida atual". Seria preciso, ainda segundo o autor, dotar a pessoa encarcerada de "capacidade de superar esses conflitos sem recorrer ao delito, como a via mais fácil de satisfação de desejos".

E é justamente por isso, diz ainda o jurista que participou dos trabalhos de elaboração do anteprojeto, que se elegeu o trabalho como a "espinha dorsal" da (ainda vigente) Lei de Execução Penal brasileira (Lei 7.210/1984). Seria, portanto, a ocupação pelo trabalho, aliada a outros fatores – assim como o estudo –, o mecanismo que permitiria um alargamento das possibilidades proporcionadas pela utilização da pena de prisão.

Não é à toa que, ainda em 1891, os participantes do Congresso Penitenciário Internacional, realizado em São Petersburgo, na Rússia,[44] concluíram que seria "evidente que o trabalho, um trabalho util e tanto quanto possivel productivo, é absolutamente necessario para os reclusos, qualquer que seja o regime penitenciario, a que hajam sido submetidos."[45]

---

42. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993. p. 95.

43. REALE JR., Miguel. *Palestra de posse da Coordenação de Acompanhamento do Sistema Carcerário, instituída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 04 de fevereiro de 2014*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=McfUSHIEWQc]. Acesso em: 04.04.2018.

44. É impossível não percebermos a ironia da realização de um congresso desse porte justamente na Rússia, onde a dinâmica do sistema criminal e as condições do cárcere naquele período são relativamente conhecidas por intermédio das romanceadas memórias de Fiódor Dostoiévski, preso e enviado para uma unidade prisional na Sibéria em 1849. Nesse contexto, também como escrita autobiográfica, recomenda-se: DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordação da casa dos mortos*. Trad. Nicolaus Peticov. São Paulo: Nova Alexandria, 2015.

45. DEUSDADO, Ferreira. *O ensino carcerário e o Congresso Penitenciário Internacional de São Petersburgo*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1891. p. 32.

Partindo-se da perspectiva da psicologia forense, segundo Daniela Sofia Reis Neves[46], "não é suficiente apelar aos transgressores para que não cometam os mesmos erros do passado, sem que sejam desenvolvidos comportamentos positivos prossociais alternativos". A autora sustenta que,

> "se os transgressores se envolverem em objetivos prossociais e numa vinculação a pessoas ou atividades sociais que possa ser quebrada por comportamentos antissociais, estes tentarão naturalmente evitar esses comportamentos e suas consequências negativas."

Desse modo, como nos parece evidente, é necessário preparar a pessoa encarcerada para as dificuldades que a espreitam em sua saída. Daí que o egresso, mesmo preparado por eventual oportunidade de trabalho durante sua privação da liberdade, precisa ser assistido com redobrada atenção, vez que, como destacado por Miguel Reale Jr.[47], o que aprofundaremos em seguida, "o preso sofre um processo terrível, que é o processo de prisionização". Ou seja,

> "Ele cumpria vários papeis sociais: pai, filho, trabalhador, amigo. Ele é destituído de todos esses papeis e sofre esse processo de carcerização, ele é destituído de todos esses papeis e passa a vestir a roupa de brim do presídio, o corte de cabelo do presídio, ali ele perde todos os papeis sociais e se enquadra para um outro mundo que tem um outro código e que tem dois poderes se disputando, que é o poder da administração oficial e o poder paralelo do chefe de cadeia e chefes de facções, ao qual efetivamente ele tem que se submeter."

4. Prisionização: a circularidade de uma cultura desumanizante

Retomando a perspectiva da *autobiografia carcerária* que aqui se explora, Margarida Calafate Ribeiro e Roberto Vecchi[48], em sede de apresentação, cha-

46. NEVES, Daniela Sofia Reis Neves. Características fenomenológicas, estruturais e funcionais da memória autobiográfica em homens e mulheres em cumprimento de pena de prisão. Tese (Doutoramento em Psicologia Forense) – apresentada à Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra, 2015. p. 248.

47. REALE JR., Miguel. *Palestra de posse da Coordenação de Acompanhamento do Sistema Carcerário, instituída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 04 de fevereiro de 2014*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=McfUSHIEWQc]. Acesso em: 04.04.2018.

48. VIEIRA, José Luandino. *Papéis da prisão:* apontamentos, diário, correspondência (1962-1971). RIBEIRO, Margarida Calafate; SILVA, Mónica V. e VECCHI, Roberto (Orgs.). Alfragide: Caminho, 2016. p. 25.

mam-nos a atenção para o fato de que o século XX tenha sido marcado "por inúmeras escritas do cárcere, inscritas em projetos também irredutíveis num quadro histórico marcado por uma expansão desmedida das barbáries modernas".

Apesar dessa quantidade de textos, repise-se, os autores alertam-nos que "os critérios selecionados pelo escritor na configuração da sua escrita da prisão são sempre marcados pela singularidade". Mesmo debruçados sobre escritos relacionados com o cárcere no continente africano, mais especificamente com Angola, os organizadores também lembram de Graciliano Ramos, o que nos faz voltar no que fizemos questão de destacar introdutoriamente, ou seja, na ideia de que mesmo com as especificidades locais ou regionais que podem ser encontradas em determinados estabelecimentos, a dinâmica carcerária mantém uma constante, uma certa estabilidade sistêmica atemporal, em seu curso pela história.

Segundo os mencionados autores, Graciliano "assume a prisão como passado, como uma reescrita distanciada em que os desvios narrativos desmancham a falsa ilusão da tautologia fiel do passado ou da transparência da primeira pessoa que se tenta apagar para deixar espaço aos outros".[49] Da perspectiva deles, "escreve-se no cárcere para preencher o vazio do tempo, para ampliar o seu espaço concluso, mas, por outro lado, escreve-se no cárcere para resistir, para não esquecer, para sobreviver".[50] Dessa forma, "o fechado torna-se aberto, enquanto o que estava aberto se encerra para se conservar e proporcionar as condições de resistência".[51] Não obstante tais esforços, dificilmente se escapa do processo de *prisionização*.

A partir de uma análise do tipo pragmática, mas sem desprezo às teorias,[52] Donald Clemmer, que experimentou o cargo de direção carcerária do Distrito de Columbia, nos Estados Unidos, sustenta que a vida no cárcere, tal como em

49. VIEIRA, José Luandino. *Papéis da prisão:* apontamentos, diário, correspondência (1962-1971). RIBEIRO, Margarida Calafate; SILVA, Mónica V. e VECCHI, Roberto (Orgs.). Alfragide: Caminho, 2016. p. 25.

50. VIEIRA, José Luandino. *Papéis da prisão:* apontamentos, diário, correspondência (1962-1971). RIBEIRO, Margarida Calafate; SILVA, Mónica V. e VECCHI, Roberto (Orgs.). Alfragide: Caminho, 2016. p. 25.

51. VIEIRA, José Luandino. *Papéis da prisão:* apontamentos, diário, correspondência (1962-1971). RIBEIRO, Margarida Calafate; SILVA, Mónica V. e VECCHI, Roberto (Orgs.). Alfragide: Caminho, 2016. p. 25-26.

52. "The emphasis in this book is pragmatic. We are not to be unduly concerned with theory, unless theory can serve as a helpful tool in the explanation of phenomena which otherwise might be lost in a myriad of bewildering and confusing facts". CLEMMER, Donald. *The prison community.* New York: Rinehart & Company, inc., 1958. p. 83.

sociedade, é dinâmica, com uma população em constante fluxo, mas que, apesar disso, os padrões são praticamente os mesmos.[53] Segundo o autor:

> "So in prison the system of living, the system of working, the system of disciplining, have persisted tenaciously, in spite of the dynamic characteristics of life and the dynamics of the peoples who are in them and compose them"[54].

Não é, portanto, exagero algum afirmar que Graciliano Ramos, se mesmo hoje estivesse preso, estaria submetido a uma dinâmica muito próxima da que vivenciou em seu tempo.

Entretanto, no Brasil, são de Augusto Thompson os escritos que nos servem de parâmetro no trato da problemática proposta. O autor, que também se ocupou da direção de unidades prisionais, sustenta que a característica mais marcante da dinâmica carcerária "é que ela representa uma tentativa para a criação e manutenção de um grupamento humano submetido a um regime de controle total, ou quase total"[55]. E acrescenta:

> "as regulações minuciosas, estendendo-se a toda área da vida individual, a vigilância constante, a concentração de poder nas mãos de uns poucos, o abismo entre os que mandam e os que obedecem, a impossibilidade de simbiose de posições entre os membros das duas classes – tudo concorre para identificar o regime prisional como um regime totalitário."[56]

Esse processo de desumanização ou *coisificação*, como é evidente, também foi vivenciado por Graciliano Ramos. Chega mesmo a se queixar que o

> "automatismo, renovado com frequência nas cadeias, é uma tortura; as pessoas livres não imaginam a extensão do tormento. Certo, há uma razão para

53. "In spite of these dynamic characteristics, however, the controls which guide the conduct of the prisioners, and the behavior of the officials has changed little from year to year. [...] There are variations, but the patterns essentially the same" CLEMMER, Donald. *The prison community.* New York: Rinehart & Company, inc., 1958. p. 84.

54. Em tradução livre: "Assim, na prisão, o sistema de vida, o sistema de trabalho, o sistema de disciplinar persistiram tenazmente, apesar das características dinâmicas da vida e da dinâmica dos povos que nelas estão e compõem" Clemmer, 1958. p. 84.

55. THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária:* de acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

56. THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária:* de acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 22.

> nos mexermos desta ou daquela maneira, mas, desconhecendo o móbill dos nossos actos, andamos à toa, desarvorados. Roubam-nos completamente a iniciativa, os nossos desejos, os intuitos mais reservados, estão sujeitos a verificação; e forçam-nos a procedimento desarrazoado."[57]

Noutra passagem, o autor alagoano vaticina: "das funções orgânicas permitiam-nos apenas assimilar, desassimilar"[58]. Não por acaso, no cárcere, nos dirá Michel Foucault[59], tem-se a concentração máxima das possibilidades de controle sobre o corpo humano. Vestimentas, corte do cabelo, e o comportamento de uma maneira em geral, estão previamente determinados. Até mesmo como se expressar durante a fala, por onde andar, para quem olhar, a que horas e em que locais poderá fazer o seu asseio, dormir, comer, receber visitas, enfim, no cárcere, mesmo hoje, tudo está *automatizado*.

A propósito, da perspectiva de Foucault, construiu-se socialmente uma "rede de sequestros" voltada principalmente para modalidades de controle dos corpos. Igrejas, hospitais, escolas e prisões estariam nesse contexto. O objeto de interesse precípuo dos mecanismos de controle não seria propriamente o que se faz, mas o que se poderá fazer (FOUCAULT, 2002. p. 104 ss). A prisão se impõe historicamente, nos dirá o paradigmático autor, "porque era, no fundo, apenas a forma concentrada, exemplar, simbólica de todas estas instituições de sequestro criadas no século XIX" (FOUCAULT, 2002. p. 120-121).

Ademais, reforçando-se a ideia de atemporalidade da dinâmica desumanizante do cárcere, o padre Antônio Vieira – apenas para que também não percamos de vista o contexto histórico anterior ao enfocado por Foucault –, em carta, tratou também de narrar o suplício das condições de sua prisão da seguinte forma:

> "Meu Senhor. Já no correio passado dei conta a Vossa Senhoria de mim, e da causa por que não me atrevi até agora a procurar novas de Vossa Senhoria por carta, fazendo-o por todas as vias que é possível a quem está metido nesta tão estreita prisão, onde nem para viver me deixaram em liberdade, quanto mais para maior alívio que eu tinha na vida, que era o favor e mercê que Vossa Senhoria me fazia na lembrança de suas cartas; mas uma delas, como já escrevi a Vossa Senhoria, foi

57. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993. p. 183.

58. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. Rio de Janeiro: Record, 2008. v. II. p. 27.

59. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2005.

> a que me degredou do Porto, para este sertão de Coimbra, tão frigidíssimo, que já estive três vezes morto, e não sei como poderei sustentar esses poucos alentos com que ainda estou mais sem doença, que com saúde."[60]

Na obra de Gresham M. Sykes[61], por exemplo, também utilizada por Augusto Thompson em seu opúsculo sobre a realidade do cárcere brasileiro, a prisão é perspectivada como uma "small-scale society", que tende a nos oferecer uma compreensão das divisões de raça, emprego e totalitarismo normalmente presentes nesse ambiente. As pesquisas do autor norte-americano sobre esse tipo de confinamento são ricas em informações sobre como o uso da força tem funcionado como fonte de imposição da ordem no cárcere. Segundo ele, "o poder deve basear-se em algo que não seja moralidade internalizada e os guardas se encontram confrontando homens que devem ser forçados, subornados ou persuadidos a obedecer".[62]

Dessa maneira, pelas circunstâncias explicitadas, segundo Miguel Reale Jr.[63], o retorno à liberdade há de se constituir em um imenso desafio. Para o autor,

> "De retornar ao mundo livre que ele viveu, do qual ele ficou afastado, e para o qual ele precisa ser auxiliado. Precisa haver uma intermediação que ligue o condenado ao mundo livre, à sua própria família, aos seus filhos que o rejeitam, à sua mulher, à sua sogra (aí garantidamente), ou seja, é necessário, portanto, um grande auxílio pra que ele se acomode novamente ao mundo livre. Porque se ele não se acomoda ao mundo livre ele vai retornar ao mundo no qual ele era alguém, que é o mundo prisional. O delito passa a ser uma via de escape do sofrimento e da rejeição."

Essas *chagas* gravadas na consciência da pessoa que esteve encarcerada são resumidas da seguinte maneira por Graciliano Ramos:

---

60. VIEIRA, António. *Cartas da missão*: cartas da prisão. REAL, Miguel (Coord.). Lisboa: Círculo de Leitores, 2013. t. I. v. II. p. 345.
61. SYKES, Gresham M. *The society of captives*. New Jersey: Princeton Un. Press, 1972.
62. No original lê-se: "power must be based on something other than internalized morality and the custodians find themselves confronting men who must be forced, bribed, or cajoled into compliance" SYKES, Gresham M. *The society of captives*. New Jersey: Princeton Un. Press, 1972. p. 47.
63. REALE JR., Miguel. *Palestra de posse da Coordenação de Acompanhamento do Sistema Carcerário, instituída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 04 de fevereiro de 2014*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=McfUSHIEWQc]. Acesso em: 04.04.2018.

> "O indivíduo livre não entende a nossa vida além das grades, as oscilações do caráter e da inteligência, desespero sem causa aparente, a covardia substituída por atos de coragem doida. Somos animais desequilibrados, fizeram-nos assim, deram-nos almas incompatíveis. Sentimos em demasia, e o pensamento já não existe: funciona e pára. Querem reduzir-nos a máquinas. Máquinas perras e sem azeite. Avançamos, recuamos – nem sabemos para onde nos levam."[64]

Assim, o autor conclui, com alguma melancolia, ser "impossível conceber o sofrimento alheio se não sofremos".[65]

Logo, essa dinâmica carcerária, como se vê, provoca consequências dificilmente superadas pelos que são submetidos a ela. A vigília constante sobre os movimentos dos corpos das pessoas encarceradas provoca traumas que os acompanham (e os assombram) mesmo depois de se conquistar a liberdade.

Graciliano Ramos, por exemplo, constatando que o cenário a sua volta ainda era favorável ao regime ditatorial, "preocupava-se com a possibilidade de voltar a ser preso – e mais de uma vez constatou estar sendo seguido na rua"[66]. Não há elementos históricos que nos permitam confirmar tais suspeitas, o fato é que o receio de voltar à excruciante rotina carcerária está sempre presente na vida de quem por ela passou, o que, não raro, favorece uma espécie de "mania de perseguição".

Ou seja, a pessoa sai do cárcere, mas suas mazelas continuam presentes na consciência e no comportamento humanos.

Alimenta-se, portanto, um ambiente em que as circunstâncias são absolutamente favoráveis para que não apenas o corpo, mas a mente humana *adoeça*. Aliás, não é à toa que Francesco Carnelutti[67] compara o cárcere, esse espaço "cheio de enfermos de espírito", a uma espécie de hospital. Nesses termos, não é minimamente razoável que, mesmo depois de toda essa *via-crúcis*, ao sair, o sujeito, estigmatizado socialmente, não tenha qualquer tipo de apoio estatal para se reerguer. Sozinho, é muito difícil que consiga alguma estabilidade emocional e financeira.

---

64. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. Rio de Janeiro: Record, 2008. v. II. p. 315-316.
65. RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. Rio de Janeiro: Record, 2008. v. II. p. 315-316.
66. SOARES, Lucia. *Rua do ouvidor 110:* uma história da livraria José Olympo. Rio de Janeiro: José Olympo/FBN, 2006. p. 67.
67. CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Leme: CL EDIJUR, 2013. p. 73.

Graciliano, no entanto, contou com a ajuda de amigos, principalmente os que havia angariado na literatura. Como narra Marcelo Ridenti[68], por ironia,

> "após sair da prisão, em 1937, foi nomeado inspetor geral de ensino secundário do Rio de Janeiro, por indicação do poeta e amigo Carlos Drummond de Andrade, que era chefe de gabinete do ministro da Educação do governo Vargas."

Mais ainda. Certamente pela mesma influência dos amigos,

> "o regime, se não o próprio Vargas, reconheceram a injustiça da prisão, e não apenas ao oferecer emprego público a Graciliano: no aniversário de 50 anos do romancista, em 1942, houve uma célebre homenagem no restaurante Lido, em Copacabana."[69]

Estabelecer-se um democrático processo de reestruturação do sistema de controle e de punição, e muito especialmente desse sistema carcerário *falido e mal pago*,[70] é uma providência que se impõe, sobretudo na sociedade brasileira. O tratamento que ainda hoje dedicamos às pessoas encarceradas no Brasil não é digno de um ambiente que se pretende democrático. O *estado de coisas inconstitucional*[71] com o qual convivemos historicamente nessa seara precisa ser constantemente *revelado* a fim de provocar constrangimentos institucionais que possam criar condições para a realização de mudanças substanciais.

Graciliano Ramos, através das memórias que revisitamos, assim como Michel Foucault[72] com sua obra, parece-nos ter deixado uma "caixa de ferramentas" necessária para o confronto de ideias que há de desvelar as incoerências históricas do sistema. Há ali, apesar de se situar na literatura, um farto material a ser

68. RIDENTI, Marcelo. Graciliano Ramos e suas Memórias do Cárcere: cicatrizes. In: *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 04, out. 2014. p. 478.

69. RIDENTI, Marcelo. Graciliano Ramos e suas Memórias do Cárcere: cicatrizes. In: *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 04, out. 2014. p. 479.

70. No contexto desenvolvido em: BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos:* violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

71. Sobre as condições de funcionamento do sistema carcerário brasileiro, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/2015, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, o Supremo Tribunal Federal constatou a existência de um "estado de coisas inconstitucional".

72. FOUCAULT, Michel. *Segurança, penalidade e prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

explorado, sobretudo pela criminologia, na tentativa de entendermos a dinâmica social com a qual temos dialogado. Não por acaso, o seu *Memórias do cárcere*, com quatro volumes, em sua primeira edição, com cerca de dez mil cópias, esgotou em apertados quarenta e cinco dias. Sendo este o "seu maior sucesso de público".[73]

5. Considerações finais

Acaso nos perguntasse o leitor (ou leitora) por onde então deveríamos caminhar nesse processo de reestruturação, ou seja, se nos fosse questionado sobre quais alternativas teríamos à mão diante das experiências acumuladas com a utilização do cárcere como (fracassado) mecanismo de *pacificação social*, sem dúvidas, apontaríamos para uma discussão norteada pelos valores humanísticos encartados nos diplomas de diversos organismos supranacionais, dentre os quais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que, aliás, proclama que a "dignidade inerente a todos os membros da família humana" é o que "constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

Graciliano Ramos, com sua produção literária de viés crítico-realista, explicitando as mazelas do sistema de controle e de punição em seu tempo, muito especialmente no cárcere, há de ser encarado como um dos artífices da defesa da condição humana. As reflexões que nos leva a articular se coadunam perfeitamente com o tipo de ambiente que se pretende existente em uma substancial democracia. Ao demonstrar essa dinâmica desumanizante, o autor nos subsidia na tarefa de ver quebrado o círculo vicioso ora em curso. Bem observada, sua obra nos ajuda a tentar reduzir o abismo existente entre as promessas por respeito e as práticas autoritárias.[74]

Se, ainda assim, não satisfeito(a), o leitor (ou leitora) continuasse a insistir, ansiando por fórmulas salvadoras do medo natural da liberdade alheia, haveríamos de convocar a oportuna poesia de José Régio. Em seu *Cântico Negro*, o poeta português – que, aliás, guarda interessantes similitudes com Graciliano Ramos –,[75] provocado pelos que o indicavam os caminhos que deveria seguir,

73. SOARES, Lucia. *Rua do ouvidor 110:* uma história da livraria José Olympo. Rio de Janeiro: José Olympo/FBN, 2006. p. 162.

74. OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno:* uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 2009.

75. "Relativamente ao ambiente geográfico, distanciaram-se pouco da província portuguesa um, e do nordeste brasileiro o outro" MELLO RODRIGUES, Vera Lúcia de. O espaço

pôs-se a dizer: "sei que não vou por aí". Esse *sistema de forças*, historicamente ineficiente, nada mais é do que o fruto da escolha insistente pelas fórmulas beligerantes de sempre. Nossos cárceres refletem isso.

Por fim, o que parece não ser compreendido pelos que defendem esse *sistema de forças* é que a democracia não deve ser encarada como um produto, que nos pode ser entregue em domicílio, pronta e acabada, mas como um complexo processo prático-discursivo, a exigir a participação de todos os envolvidos. Assim, as respostas de que precisamos para que não se repitam os fracassos da atual política carcerária brasileira não nos podem ser simplesmente *dadas*, mas precisam ser construídas a partir do diálogo, franco e honesto, respeitando-se os valores tributários da dignidade humana.

Referências

ANDRÉ, Carlos Ascenso. *Mal de ausência:* o canto do exílio na lírica do humanismo português. Coimbra: Minerva, 1992.

BARRETO, Tobias. Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. *Estudos de filosofia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editorial Grijalbo, 1977.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos:* violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Leme: CL EDIJUR, 2013.

CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. *Graciliano Ramos e a administração pública*: comentários aos seus relatórios de gestão à luz do Direito Administrativo moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CLEMMER, Donald. *The prison community*. New York: Rinehart & Company, inc., 1958.

COMFORT, Megan L. Partilhamos tudo o que podemos: a dualização do corpo recluso nos romances atrás das grades. In: Análise social – *Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, v. XLIII, n. 185, 4º trimestre, 2007.

COMFORT, Megan L. In the tube at San Quentin: the "secondary prisonization" of women visiting inmates. In: *Journal of Contemporary Ethnography*, Arkansas, n. 32, 2003.

CORDEIRO, Suzann. *De perto e de dentro:* a relação entre o indivíduo-encarcerado e o espaço arquitetônico penitenciário. Maceió/AL: Edufal, 2009.

em narrativas de José Régio e de Graciliano Ramos. Tese (Doutoramento) – apresentada à Universidade da Beira Interior, Portugal. 2005. p. 6.

DEUSDADO, Ferreira. *O ensino carcerário e o congresso penitenciário internacional de São Petersburgo*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1891.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordação da casa dos mortos*. Trad. Nicolaus Peticov. São Paulo: Nova Alexandria, 2015.

DUARTE, Gonçalo. *O trágico em Graciliano Ramos e em Carlos Oliveira*. Coimbra: Angelus Novus, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 220-221.

FERREIRA, Cosme Rogério. *Habitus, campo e mercado editorial*: a construção do prestígio da obra de Graciliano Ramos. (Dissertação de Mestrado) – apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal de Alagoas, 2014. Disponível em: [www.repositorio.ufal.br/bitstream/riufal/1384/1/Habitus%2c%20campo%20e%20mercado%20editoria.pdf]. Acesso em: 07.04.2018.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, penalidade e prisão*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir:* história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 2005.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

GAUER, Gustavo; GOMES, William Barbosa. Recordações de eventos pessoais: memória autobiográfica, consciência e julgamento. *Revista de Psicologia:* Teoria e Pesquisa, out-dez 2008, v. 24, n. 4, p. 507-514. Disponível em: [www.ufrgs.br/museupsi/lafec/08.pdf]. Acesso em: 29.11.2018.

KAFKA, Franz. *O processo*. Trad. Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

MELLO RODRIGUES, Vera Lúcia de. *O espaço em narrativas de José Régio e de Graciliano Ramos*. Tese (Doutoramento) – apresentada à Universidade da Beira Interior, Portugal. 2005.

MERCADANTE, PAULO. *Graciliano Ramos:* o manifesto do trágico. Rio de Janeiro: Topbooks, 1994.

MOISÉS, M. *História da literatura brasileira:* realismo. São Paulo: Cutrix/USP, 1983.

MORAES, Vinícius de. Máscara mortuária de Graciliano Ramos. In: *Nova antologia poética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NETO, Lira. *Getúlio (1930-1945):* do governo provisório à ditadura do Estado Novo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

NEVES, Daniela Sofia Reis Neves. Características fenomenológicas, estruturais e funcionais da memória autobiográfica em homens e mulheres em cumprimento de pena de prisão. Tese (doutoramento em Psicologia Forense) – apresentada à Faculdade de Psicologia e de Ciências da Educação da Universidade de Coimbra, 2015.

OLIVEIRA, Luciano. *Do nunca mais ao eterno retorno:* uma reflexão sobre a tortura. São Paulo: Brasiliense, 2009.

RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere*. Rio de Janeiro: Record, 2008. v. II. Disponível em: [https://social.stoa.usp.br/articles/0016/5314/MemA_rias_do_CA_rcere_Vol._II.pdf]. Acesso em: 05.04.2018.

RAMOS, Graciliano. *Angústia*. Rio de Janeiro: O Globo, 2003.

RAMOS, Graciliano. *Memórias do cárcere (I)*. Lisboa: Caminho, 1993.

RAMOS, Graciliano. *Vidas Secas*. 48. ed. São Paulo: Record, 1982.

REALE JR., Miguel. *Palestra de posse da Coordenação de Acompanhamento do Sistema Carcerário, instituída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 04 de fevereiro de 2014*. Disponível em: [www.youtube.com/watch?-v=McfUSHIEWQc]. Acesso em: 04.04.2018.

RIDENTI, Marcelo. Graciliano Ramos e suas Memórias do Cárcere: cicatrizes. In: *Sociologia & Antropologia*, Rio de Janeiro, v. 04, out. 2014.

ROJAS, Yenny Marlene Molina. *O realismo crítico de Graciliano Ramos*: uma leitura de insônia. Dissertação (Mestrado) – apresentada à FFLCH-USP, 1997.

SOARES, Lucia. *Rua do ouvidor 110:* uma história da livraria José Olympo. Rio de Janeiro: José Olympo/FBN, 2006.

SYKES, Gresham M. *The society of captives*. New Jersey: Princeton Un. Press, 1972.

TASSE, Adel El. *Teoria da pena:* pena privativa de liberdade e medidas complementares: um estudo crítico à luz do Estado Democrático de Direito. Juruá, 2003.

THOMPSON, Augusto. *A questão penitenciária:* de acordo com a Constituição de 1988. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VIEIRA, António. *Cartas da missão:* cartas da prisão. REAL, Miguel (Coord.). Lisboa: Círculo de Leitores, 2013. t. I. v. II.

VIEIRA, José Luandino. *Papéis da prisão:* apontamentos, diário, correspondência (1962-1971). RIBEIRO, Margarida Calafate; SILVA, Mónica V. e VECCHI, Roberto (Orgs.). Alfragide: Caminho, 2016.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres:* a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En torno de la cuestión penal*. Montevideo; Buenos Aires: BdeF, 2005.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, de Marcel Ferreira dos Santos e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 136/267-291 (DTR\2017\6312); e
- Radiografia do sistema prisional brasileiro: degradação humana no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de Iasmin da Silva Oliveira e Alon Jeferson Michaleski – *RT* 1013/153-175 (DTR\2020\185).

Um passeio pela margem: preliminares de uma criminologia crítica brasileira

Un paseo por el margen: preliminares de una criminología crítica brasileña

Vanessa Cerezer de Medeiros

Mestre em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
Especialista em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1930-0233
v.cerezer@outlook.com

Recebido em: 02.04.2019.
Aprovado em: 08.03.2020.
Última versão da autora: 07.04.2020.

Áreas do Direito: Penal; Processual; Constitucional

Resumo: O presente trabalho pretende abordar as influências positivistas na criminologia brasileira, a partir das traduções do pensamento criminológico em regiões diversas à região marginal. Em um primeiro momento, serão debatidas as importações intelectuais sobre a questão criminal, a fim de demonstrar as consequências que construíram o cenário punitivo brasileiro, principalmente como permanência da dominação do negro, perpetrada a partir da abolição da escravatura com o aval da cientificidade. Em um segundo momento, far-se-á uma aproximação do que vem a ser criminologia crítica brasileira, com o objetivo de demonstrar que não basta o rompimento do paradigma com os pensamentos criminológicos quanto ao seu objeto de estudo, pois há de ser enfrentada a realidade onde se coloca a questão criminal. Assim, possibilitará uma criminologia eminentemente brasileira, a qual é identificada a partir de sua matriz racista. Portanto, é imprescindível que se reconheça essas premissas para que não se recaia, novamente, na dependência intelectual que poderá, em certa medida, negar os efeitos reais do poder punitivo na região periférica.

Resumen: El presente trabajo pretende abordar las influencias positivistas en la criminología brasileña, a partir de las traducciones del pensamiento criminológico en regiones diversas a la región marginal. En un primero momento se debaterán las importaciones intelectuales sobre la questión criminal, con el fin de demonstrar las consecuencias que construyeron el escenario punitivo brasileño, principalmente como permanencia de la dominación del negro, perpetrada a partir de la abolinión de la esclavatud con el aval de la cientificidad. En un segundo momento, se hará una aproximación de lo que viene a ser criminología crítica brasileña, con el objetivo de demonstrar que no basta la ruptura del paradigma con los pensamientos criminológicos en cuanto a su objeto de estudio, porque hay que afrontar la realidad donde plante ala cuestión criminal. Así, posibilitará una criminología eminentemente brasileña, la cual es identificada a partir de su matriz racista. Por lo tanto, es imprescindible que se reconozca estas premisas para que no se reanude, de nuevo, en la dependencia intelectual que podrá, en cierta medida, negar los efectos reales del poder punitivo en la región periférica.

Palavras-chave: Criminologia crítica – América latina – Criminologia brasileira – Traduções – Racismo.

Palabras-clave: Criminología crítica – América latina – Criminología brasileña – Traducciones – Racismo.

Sumário: 1. Introdução. 2. As raízes do pensamento criminológico brasileiro. 3. Criminologia crítica a partir da margem. 4. Conclusão. Referências.

1. Introdução

O presente[1] artigo tem por objetivo traçar algumas reflexões sobre a construção do pensamento criminológico brasileiro, constituído a partir das traduções da criminologia positivista do centro. O caminho deve ser percorrido com lucidez, haja vista a necessidade de entender a racionalidade na qual as importações correspondiam.

Em um primeiro ponto, a abordagem se faz pela verificação das raízes em que se assentaram a criminologia brasileira, haja vista tratar de uma construção intelectual colonizada pela dependência para como o pensamento europeu.

O reconhecimento e configuração do criminoso no Brasil muito tem a nos dizer sobre a história de nossa criminologia. Os massacres, até então não enfrentados pelo nosso sistema penal, na realidade, somente reproduzem o que se viu a partir da abolição da escravatura, ou seja, a eliminação e exclusão do negro da sociedade brasileira, devendo ser encarados pela criminologia crítica como principal ponto de introspecção.

No Brasil, a criminologia deve fazer uma autorreflexão, no horizonte de uma autocrítica, sobre as mortes invisibilizadas e provocadas com seu aval científico. Ou seja, a criminologia deve se reconhecer como um discurso sobre o controle social, principalmente no que concerne a questão criminal, a fim de conceber-se como crítica.

Nesse sentido, é necessário ilustrar algumas questões sobre a criminologia, a fim de verificar se, de fato, nosso pensamento crítico-criminológico se constitui como brasileiro. Diante disso, é possível perceber se a criminologia no Brasil vem levando em consideração sua história de colonização, bem como a realidade marginal de nossa região periférica.

Aproxima-se nossa criminologia à crítica do centro, ao tratar a questão criminal e o sistema penal, tão somente, a partir de uma perspectiva econômica capitalista? Nossa criminologia considera a questão racial que emerge da

1. O presente artigo teve como origem o trabalho de conclusão de curso de pós-graduação *Lato Sensu* em Ciências Penais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCRIM.

observação da realidade brasileira, a partir dos discursos que o legitimaram e que ainda causam efeitos no cenário punitivo?

Essas questões serão tratadas em um segundo momento, onde se abordará a chegada da criminologia crítica na América Latina que, por vezes, apenas reproduziu o novo paradigma criminológico da Europa e dos Estados Unidos. No entanto, é bem verdade que foi a partir dos desvelamentos críticos sobre o pensamento criminológico que a América Latina abriu os olhos para suas importações, as quais correspondiam a sua colonial.

Esse paradigma possibilitou novos horizontes de criminologia própria ou, ao menos, para a construção de uma criminologia da margem, que se daria a partir da libertação entre periferia e centro. Resta verificarmos se esse projeto, pretendido em 1974, foi, de fato, concretizado.

Ao levar em consideração a concepção ilimitada e seletiva de poder, o direito penal e o poder punitivo, bem como a pena, sempre necessitaram de uma ideologia legitimadora, seja ela religiosa, filosófica ou científica, a qual logram êxito em manter a máquina penal em funcionamento, mesmo diante das falências de seus objetivos declarados, impulsionando a expansão e a confiança em um direito repressivo que promete proteger a sociedade do mau e aniquilar com a criminalidade.

Essa afirmação foi há muito tempo revelada pela criminologia crítica, o que possibilitou um forte ataque ao direito penal e sua ilegitimidade. No entanto, é preciso ir além em relação à questão criminal no Brasil. Para além dos discursos falidos, das teorias legitimantes da pena, existe um ranço criminológico positivista que construiu as bases do poder punitivo brasileiro.

O que se discutirá no presente artigo é justamente os efeitos que essa matriz teve na região periférica, desmistificando a racionalidade punitiva do sistema penal brasileiro. O racismo é a mola propulsora do direito penal no Brasil. Identificar essa estrutura macro que rege o poder punitivo brasileiro, permitirá observar as implicações dessa racionalidade em uma concepção micro, possibilitado uma ação, ao menos, de redução de danos.

2. As raízes do pensamento criminológico brasileiro

A produção do pensamento criminológico na América Latina se fez a partir das traduções/importações sobre a questão criminal advindas do Centro, as quais se consubstanciavam em uma dependência cultural e intelectual[2].

2. Imprescindível não traçar o mesmo recorte que Abdias Nascimento quando refere que: "Precisamos não esquecer que, à exceção de poucos, os cientistas que se aproximavam

Com objetivos emancipatórios e de independência econômica e governamental da Europa, a América Latina acabou por tornar-se colônia intelectual e, por vezes, arena empírica[3] para a verificação de teorias alienígenas.

Essa situação é bem ilustrada pela visita de Gina Lombroso a Penitenciária Nacional de Buenos Aires, em 1908, que a fez lamentar que seu pai, Cesare Lombroso, não tivesse tido a oportunidade de presenciar a realização de suas teorias, as quais foram mais aplaudidas aqui do que na Itália (LOMBROSO, 1908 apud SOZZO, 2014).

Nesse sentido, muito embora se reconheça que Cesare Lombroso, nem de longe, foi um dos maiores representantes da criminologia positivista (ZAFFARONI, 2014), não pode se ignorar suas influências que constituíram a realidade do sistema penal latino-americano, haja vista que a população carcerária muito se aproxima do *homem delinquente* descrito por ele.

A percepção da criminologia enquanto ciência política, em razão do seu poder de gerir e governar indivíduos (SOZZO, 2014, p. 13) permite entender o porquê de uma criminologia causal-explicativa, de viés etiológico, ter sido importada e traduzida pela minoria ilustrada, justamente no momento correspondente à independência das colônias e, mais especificamente, com a independência da República e abolição da escravatura no Brasil.

O contexto cultural em que se fortificou a criminologia positivista coincide com a abolição da escravatura e, consequentemente, com o surgimento de uma nova população marginalizada que seria constituída por "ex-escravos". Ainda, a motivação em que se assenta a Primeira República é a manutenção de uma economia agroexportadora e de concentração de terra nas mãos de minorias (DIAS, 2015, p. 154).

---

deste assunto o faziam conforme critérios importados do estrangeiro. Tudo era de origem europeia, como agora quase tudo vem dos Estados Unidos. O país obtivera em 1822 uma independência apenas formal, permanecendo sua economia, sua mentalidade e cultura, dependentes e colonizadas. Gravitávamos espiritualmente em torno da metrópole, a Europa, obrigatório ponto de referência, sobretudo no que se referia às ideias, padrões de julgamento estético, e atividades científicas de qualquer ramo" (NASCIMENTO, 2016, p. 82).

3. A exemplo disso, Nina Rodrigues no artigo científico "Mestiçagem, degeneração e crime", publicado em francês, na revista de Antropologia Criminal, v. 14, em 1899, realizou uma pesquisa etnográfica através da observação em uma pequena localidade, Serrinha, do "povo mestiço", procurando distinguir suas diferentes causas degenerativas. Muito embora Cesare Lombroso não tenha sido citado no escrito, são nítidas as referências na pesquisa frenológica realizada por Nina Rodrigues.

O fato de a criminologia positivista ter oferecido a base científica para o processo de colonização, que teve o racismo como pilar estruturante do genocídio colonizador (FOUCAULT, 2005, p. 307), torna inacreditável que o Brasil, como colônia que era, ao pretender se emancipar – inclusive intelectualmente – tenha se utilizado das mesmas matrizes racistas em desfavor do próprio povo.

Essas importações modelaram a racionalidade punitiva, impulsionando os programas de tecnologia governamentais na América-Latina (BATISTA, 2015, p. 47). No Brasil, uma das principais importações se deu pelas mãos de Nina Rodrigues que, ao traduzir os pensamentos dos positivistas franceses, legitimou a criminalização dos negros, fornecendo a estrutura racista da criminologia brasileira com consequências histórias irreparáveis, as quais configuram a paisagem do nosso sistema penal-carcerário. Sobre o tema, Salo de Carvalho refere que:

> "A visualização dos valores morais e do processo de objetificação do sujeito criminalizado fornece elementos de compreensão desde as práticas penais colonizadoras da América Latina, forjadas pela escola positivista criminológica, às atuais tendências reconstrutoras do periculosismo presentes no funcionalismo penal do inimigo. Em todas se percebe a exclusão da humanidade do humano (criminalização), legitimando atos radicais de violência (CARVALHO, 2015, p. 219)."

O positivismo foi, na modernidade, uma onda mundial que alcançou o Brasil de forma contemporânea à Europa. No entanto, é imprescindível traçar uma análise específica das consequências que essas ideias tiveram na realidade marginal. Os médicos/juristas brasileiros foram buscar o pensamento positivista criminológico na Europa, com a preocupação de elaborar um Código Nacional mediante aproximação de padrões europeus de civilidade (FREITAS, 2002).

Essa aproximação com aqueles que nos adjetivaram de selvagens, em um paradoxo esquizofrênico de construção civilizatória – que emerge do pensamento de que se somos civilizados, deveríamos parecer com aqueles que nos caracterizam como selvagens –, se deu a partir da apropriação do saber pelos juristas brasileiros dos mesmos ideais europeus que legitimaram a colonização e escravidão.

Nesse sentido, muito embora as faculdades de São Paulo e Recife, principais locais de disseminação acadêmica da época, tivessem ideologias diversas sobre a questão criminal – tendo a primeira adotado um viés clássico-liberal e, a outra, se aproximado das escolas positivistas do Darwinismo-Social e evolucionismo (FREITAS, 2002) – o positivismo tomou frente ao tratar da questão racial, pois satisfazia o objetivo de manutenção de dominação das oligarquias que aqui haviam se instalado.

Nesse sentido, a criminologia positivista foi adotada no Brasil pelas traduções do pensamento europeu por João Vieira de Araújo, Tobias Barreto[4], Viveiros de Castro, Moniz Sodré, Adelino Filho, Aurelino Leal, Roberto Lyra, Octávio Tavares, Phaelante da Câmara, José Hygino Duarte Pereira, Pedro Lessa, Tito Rosas, Laurindo Leão, Clóvis Beviláqua, Nina Rodrigues (FREITAS, 2002).

Tobias Barreto é um autor que se destaca, inclusive, por suas críticas a Lombroso sobre seus exageros deterministas, pois entendi que "A idéa de *criminoso* envolve a idéa de um espírito que se acha no exercício regular de suas funções" (BARRETO, 1926, p. 12) e, ao que parece em certos trechos de seus escritos, se aproxima mais de um clássico do que de um positivista.

No entanto, o que coloca Tobias Barreto ao lado dos positivista é exatamente sua preocupação com as causas do crime, visto que sustentava que o caráter é uma acumulação de atividades psíquicas, as quais podem ser modificadas a depender do meio e das experiências do indivíduo (FREITAS,2002, p. 290). Nesse sentido, muito embora não tenha recepcionado acriticamente o darwinismo, Tobias Barreto não deixa de ser responsável pelas importações positivistas no Brasil.

Outros autores, participantes do processo de modernização das práticas punitivas no Brasil, a partir de suas contribuições intelectuais, tais como Candido Motta, Paulo Egydio, Lemos Britto, Esmeraldino Bandeira, colaboraram com a:

> "aplicação e efetivação das 'melhores propostas' da ciência na prática. A despeito de algumas realizações, na realidade, as continuidades foram mais significativas, seja por falta de recursos, seja por uma desorganização política e administrativa, seja pela presença e influência das oligarquias que não pretendiam abrir mão dos seus poderes e de suas práticas de controle, seja pela força

4. Importante destacar que Tobias Barreto, apesar de se aproximar dos clássicos tendo em vista sua abordagem sobre o livre arbítrio, sendo a liberdade o único meio de identificar a vontade e, portanto, a culpabilidade e punibilidade do agente, o autor é classificado como positivista porque "demonstra uma preocupação inexistente entre os clássicos. A sua preocupação com as causas do crime simplesmente o coloca lado a lado com os positivistas italianos neste aspecto em particular" (FREITAS, 2002, p. 291). No entanto, Tobias Barreto se destaca pelo entendimento de que os fins da pena é um conceito político, considerando um erro o entendimento de que a pena é consequência do direito. Surge o que Zaffaroni denomina de teoria negativa da pena, ou agnóstica, a qual se entende que "a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder" (ZAFFARONI, 2014, p. 202). Ainda, Tobias Barreto salientou que "quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra" (BARRETO, 1926, p. 151).

> que uma série de preconceitos raciais impriu na sociedade, acarretando resistências em se implantar políticas criminais que investissem em indivíduos rotulados como inferiores, bárbaros, selvagens, muitas vezes incorrigíveis e entraves para o desenvolvimento da nação brasileira (DIAS, p. 184 e p. 185)."

Essas elites intelectuais, pretensas ao pensamento moderno consubstanciado no progresso, não tiveram apoio somente da elite agrária, mas também da classe média ascendente que almejavam a transformação da sociedade (FREITAS, 2002).

No entanto, o protagonismo quanto à questão criminal se deu não só pelos juristas, mas também pelos médicos que se prestaram a traduzir as pesquisas positivistas, na tentativa de identificar o crime como fenômeno biológico. É nesse contexto que Nina Rodrigues aparece como um dos principais teóricos do positivismo no Brasil, visto que adotava uma perspectiva lombrosiana sobre o delito, devido ao entusiasmo que o autor defendia a inferioridade intelectual dos negros, mestiços, colocando-os como principal alvo do poder médico/punitivo.

É importante notar que Nina Rodrigues, embora não tenha se posicionado como seguidor de Lombroso, pelo contrário, elaborou algumas críticas ao seu método de pesquisa, acabou por traduzir as mesmas premissas de Lombroso ao construir a figura no delinquente. O resultado de sua pesquisa já estava definido antes mesmo de ir a campo, utilizando da pesquisa empírica tão somente para confirmar suas conclusões.

Nina Rodrigues fez do mestiço o inimigo hostil que a oligarquia precisava para manter a dominação do negro em uma sociedade que se pretendia branca (CORRÊA, 2001). O negro se tornou um problema na Primeira República, haja vista que a abolição da escravatura forçava a inclusão do negro brasileiro, a qual, no entanto, foi negada graças a legitimidade que a ciência fornecia à segregação racial no Brasil.

Os escritos de Nina Rodrigues bem representam o que se pretendia forjar a partir da criminologia positivista, para além dos erros metodológicos de uma tradução importada. O principal objetivo da criminologia positivista no Brasil teve como escopo, muito mais do que a questão criminal, a manutenção da estrutura social racializada. Ademais, a necessidade de construção da identidade brasileira na Primeira República e pós-abolição da escravatura fez com que a criminologia positivista viesse a calhar com os objetivos de uma república excludente. Essa percepção é verificada no prefácio do livro "As raças humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil", em que Afrânio Peixoto expõe os principais objetivos da pesquisa de Nina Rodrigues:

> "Elle não quer fundar uma sciencia nova, realizar urna synthese philosophica, resolver uma destas incognitas tremendas que andam a desafiar todos os laboratorios e clinicas do mundo, – a tuberculose, o cancer, a lepra, a herança, a degeneração, a criminalidade. Não, apenas isto: elle se contenta em rever os problemas nacionaes do Brasil, os problemas regionaes para o Brasil. Os estrangeiros leramno com curiosidade, bem explicada, nós o achamos surprehendente e original... Pois se aqui sabíamos de todo o mundo, menos de nós!... NINA RODRIGUES foi a seu modo um dos nossos descobridores. Sem tenções dobradas, um bandeirante pelas regiões inexploradas de assumptos nacionaes que estavam em ser no seu territorio, e, ai de nós ainda continuam para tantos outros... (PEIXOTO in RODRIGUES, 2011, prefácio)."

A partir dos criminologistas positivistas brasileiros, dentre eles também Alberto Torres, Silvio Romero, Oliveira Vianna, tiveram como principal preocupação não somente a identificação de um criminoso nato, como foi para Cesare Lombroso em o "L´homo delinqüente", mas daquilo que entendiam ser o principal problema brasileiro: o negro e a possibilidade de sobrevivência de uma nação caracterizada como mestiça[5]. Nesse ponto, é destacável o pensamento de Alberto Torres que voltava sua atenção à possibilidade de um aperfeiçoamento do povo brasileiro através mestiçagem:

> "O problema das raças, como problema de seleção social, é matéria julgada pela nossa experiência e pela experiência de outros. Nós sabemos, porque o temos verificado em cinco séculos de vida, que as diversas variedades humanas, habitantes de nosso solo, são capazes de atingir o mais alto grau de aperfeiçoamento moral e intelectual alcançado por qualquer outra raça. [...] Podemos afirmar que o negro puro e o índio puro são suscetíveis de se elevarem à mais alta cultura (TORRES, 1982, p. 69)."

Foi a partir desse positivismo e racismo que o controle social recaiu sobre a população mestiça. Ao proporcionar amparo científico ao genocídio do negro, mantendo sua desumanização através da construção da figura do criminoso, a

5. Não se deve ignorar nesse contexto os mitos que constituíram a identidade do povo brasileiro, tais como o do homem cordial de Sérgio Buarque de Holanda (HOLANDA, 2014) e da democracia racial de Gilberto Freyre (FREYRE, 1954). Relacionados a um processo de mestiçagem, principalmente o mito da democracia racial, compreende o Brasil como um campo de experimento racial, onde inexistiria o racismo diante de uma convivência harmônica entre as raças. Para estas conclusões, Gilberto Freyre partiu de uma equivocada ideia de que a escravidão brasileira foi branda e, por vezes não violenta e aceita pelos escravizados.

racionalidade criminológica-positivista embasou o processo de embranquecimento do povo brasileiro.

A tentativa de fazer com que o brasileiro se parecesse mais com o europeu do que com o africano, incentivou um verdadeiro extermínio do negro, negando a ele a sua origem – além de sua própria identificação como brasileiro –, exterminando qualquer influência cultural africana. O Brasil elegeu o branco europeu para se identificar, lançando mão do genocídio do negro brasileiro (NASCIMENTO, 2016).

Nesse panorama, a criminologia vem como um dos principais potenciais discursivos dessa racionalidade frente à adoção do positivismo que satisfazia os interesses das classes dominantes, preservadas pela dependência ideológica europeia, assentada em uma perspectiva forjada de ordem e progresso. Sobre esse evento, Rosa Del Olmo explana que:

> "A criminologia chega então à América-Latina depois que suas classes dominantes e 'ilustradas' haviam assumido os ditames da ideologia liberal e a filosofia positivista como a melhor via para alcançar 'a ordem e o progresso'; mas sobretudo a 'ordem', que consideravam tão necessária, não somente pelos grandes períodos de anarquia, caudilhismo e guerras civis que caracterizavam a história do século XIX latino-americano, mas também para o processo de implantação do capitalismo como modo de produção dominante na área. (OLMO, 2004, p. 162-163)."

Não se pode esquecer que a criminologia atendeu os interesses da hegemonia, a partir da importação da mesma lógica que nos fez colônia, colocando a questão racial como principal fator de dominação. O efeito da construção da figura do delinquente no Brasil fez com que os negros passassem de escravos a criminosos.

Não é surpreendente que esse processo de implantação do capitalismo como modo de produção acabou por se insurgir contra essa nova população marginalizada que, após a abolição da escravatura, e relegados à uma subcidadania, foram controlados e criminalizados com o amparo da criminologia positivista.

Como outrora, é inegável a permanência de um discurso criminológico que legitima e impulsiona a atuação do poder punitivo[6]. Basta perceber que o filtro do

6. A conjuntura das prisões brasileiras *versus* índice de criminalidade trazem à tona o discurso do eficientismo, onde se entende que em não sendo eficazes as medidas penais, essas devem ser mais eficazes ao combate da criminalidade. O eficientismo vem legitimar as medidas punitivas ao entender que se o direito penal não combate à criminalidade é porque não se está lançando mãos de eficazes medidas punitivas. A esquizofrenia chega ao ponto de que se o direito penal não é suficiente é porque não está se utilizando

direito penal passa pelas periferias, como uma máquina criminalizadora da pobreza, do negro, como instrumento potencializador de um processo excludente.

Esta relação de exclusão e seleção de alguns como perigosos foi analisada por Melossi e Pavarini:

> "Sob esta ótica, a classe dos não-proprietários já é considerada – ideologicamente – como homogênea à dos criminosos e vice-versa. A relatividade da diferença entre os dois termos encontra uma correspondência – como um espelho – na diferença entre os mecanismos econômicos e extra-econômicos do controle social. O cárcere – em sua dimensão de instrumento coercitivo – tem um objetivo muito preciso: a reafirmação da ordem social burguesa (a distinção nítida ente o universo dos proprietários e o universo dos não-proprietários), deve educar (ou reeducar) o criminoso (não proprietário) a ser proletário socialmente não perigoso, isto é, ser não-proprietário sem ameaçar a propriedade (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 216)."

A lógica capitalista vem a calhar com os ideais da formação da pessoa do criminoso, em quem se recaiu a violência punitiva. No entanto, cabe fazer ressalva às peculiaridades latino-americanas: adotando os ideais europeus e norte-americanos, com ares de progresso, se criminalizou as classes vulneráveis, a fim de produzir uma reserva de mão de obra barata e domesticada, em nome de um capitalismo que não era próprio da América-Latina[7] (OLMO, 2004), mas implementado pela escravidão[8]. É por isso que a aberração criminológico-positivista tem

suficientemente do direito penal. Sobre esse ponto, Vera Pereira Regina de Andrade explana que "esse discurso tautológico é secular, esse era o discurso do próprio Ferri, para justificar a consolidação do modelo periculosista-defensivista em meados do século XIX, e é o discurso de todos os tempos em que as desordens produzidas pelo capitalismo exigem um endurecimento do controle de tipo penal" (ANDRADE, 2012, p. 323).

7. Nesse mesmo sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni explica que "a América Latina não produziu uma 'servidão' através da superação originária e dinâmica da 'escravidão', nem seu capitalismo é um processo que possa ser explicado por uma superação própria da servidão ou do feudalismo. Todos esses momentos, que nos foram marcados pelo poder central planetário e não por uma dinâmica independente, responderam a necessidades do poder central em suas diferentes etapas e nos foram impostos com um certo discurso ou 'saber'" (ZAFFARONI, 2014, p. 66). Portanto, a história da América Latina passa a ser influenciada, senão forjada, pelos acontecimentos mundiais, principalmente pela implementação das ideias do Centro na identidade latino-americana.
8. Adota-se o posicionamento de que o sistema escravocrata se coaduna com o liberalismo e com o capitalismo, segundo sugere Domênico Losurso (2006), Alfredo Bosi (1992), Roberto Schwarz (2012) e Antonio Paim (2018).

maior peso na margem, pois foi adotada de forma imprópria na América Latina, sem levar em conta sua história, nem necessidades, e que tem consequências que permanecem até hoje.

Essa peculiaridade é marcada no Brasil pelas raízes racistas que se prendiam em uma tecnologia biologista que lhe auferia legitimidade, a partir de uma concepção científica da constituição do criminoso. Portanto, a criminologia crítica brasileira só se faz possível ao reconhecer esse histórico. Foi a partir do processo de criminalização do negro que:

> "Autoridades governamentais e sociedade dominante se mostraram perfeitamente satisfeitas com o ato de condenar os africanos 'livres', e seus descendentes, a um novo estado econômico, político, social e cultural de escravidão em liberdade. Nutrido no ventre do racismo, o 'problema' só podia ser, como de fato era, cruamente *racial*: como salvar a raça branca da ameaça do sangue negro, considerado de forma explícita ou implícita como 'inferior' (NASCIMENTO, 2016, p. 81)."

A relação entre criminologia e racismo foi abordada por Luciano Góes ao colocá-lo como base estruturante da criminologia brasileira. O autor aponta os processos de tradução marginal da criminologia positivista, a qual vinculava o negro ao criminoso, abarcada por uma teoria racial-etiológica que se proliferou a partir do medo branco "da perda de sua hegemonia absoluta nos espaços físicos, políticos e sociais, e da desestruturação da ordem racial fundante de uma nação excludente" (GÓES, 2016, p. 145). O autor é persuasivo ao observar a permanência da dominação da população afro pós abolição, fornecida pela criminologia positivista que lhe dava base científica. Nesse ponto, o autor alude que:

> "Se a abolição da escravatura brasileira foi um passo em direção à igualdade que não ilumina(va) os negros, cidadãos somente perante o Direito Penal, enquanto que no restante do ordenamento jurídico pátrio eram 'coisas', configurando uma 'dualidade perversa', a Criminologia Positivista forneceu a base 'cientifica' para a desigualdade e criminalização negra, mantendo a subjugação, os açoites e o genocídio, mesmo após a 'liberdade' que acorrentava o negro com novos grilhões, sempre forjados pelos racismo (GÓES, 2016, p. 197)."

Portanto, enquanto colônia intelectual responsável por mantermo-nos colônia econômica e política, demonstra a dependência criminológica de justificação da perpetuação do *status quo*. Como bem aponta Zaffaroni (2014), essa criminologia da dependência teve contribuições para a deslegitimação do sistema penal, haja vista a evidente disparidade entre as funções do controle social no centro e na região marginal.

No entanto, não são bem claras essas disfunções quando se percebe que essa racionalidade foi importada, pela minoria ilustrada, com a mesma razão de dominação racial. Ao que parece, a adoção dessa criminologia dependente tem muito a ver com a tentativa de diminuir a disparidade entre centro e margem, fato que explica o porquê da criminologia positivista no Brasil ter legitimado o massacre de seu próprio povo.

Nesse aspecto, Zaffaroni é preciso ao referir que, após a colonização, teria ocorrido o que denominou por "autocolonialismo" (2014, p. 367), haja vista a evidente influência dos interesses estrangeiros, responsáveis pela perpetuação dos massacres colonialistas.

Por esse viés, se torna possível a construção de uma criminologia que se faz a partir da história da margem, sem que se ignore suas matrizes. Reconhecer esse fato é imprescindível para que se verifique o rompimento de paradigmas, principalmente daqueles que nos prendem ao pensamento alienígena.

Nesse sentido, será possível perceber que há permanências dessas influências no discurso jurídico-penal, principalmente no que tange ao cotidiano do sistema. Por esse viés, o sistema penal apenas reproduz a estrutura racista que se fundou sua legitimação. A criminologia tem maior peso na região marginal ao legitimar massacres, visto que, mesmo depois das rupturas que sofreu o pensamento criminológico, a cientificidade permanece como fonte de aplicação do controle penal (RAUTER, 2013).

3. Criminologia crítica a partir da margem

Antes de abordar a construção de uma criminologia eminentemente brasileira, se faz necessário recordar o surgimento da criminologia crítica na América Latina que teve como marco o Congresso sobre o tema "Violência", o qual ocorreu em Maracaibo, na Venezuela, Universidade de Zúlia, em 1974.

Em que pese o estudo da criminologia do *labeling approach* ainda nos anos 60, avanços da criminologia sociológica da escola de Chicago, tenha aberto caminhos para a criminologia crítica em locais estranhos à América-Latina, o estudo crítico somente chegou à região marginal no ano de 1974, em Maracaibo, no 23º Curso Internacional de Criminologia, da Universidade de Zúlia, onde foi tratado do tema violência[9] (CASTRO, 2005).

9. Em um momento de autoritarismo Latino-Americano, o Congresso de Maraicabo trouxe à América-Latina outra criminologia, de viés crítico, tornando viável a proposta de uma Nova criminologia, ou melhor, uma criminologia da Libertação, a partir da

O Congresso em Maracaibo trouxe a criminologia crítica em 1974, na Venezuela, trazendo à tona a violência institucional com um enfoque diverso da criminologia etiológica e positivista, com a participação dos principais nomes da nova criminologia, entre eles: Nils Christie, Cohen, Basaglia, Lola Aniyar de Castro e Rosa del Olmo, momento em que se declarou que a velha criminologia tinha morrido (ANITUA, 2008).

No entanto, somente a partir dos estudos de Rosa del Olmo se pretendeu uma verdadeira ruptura com a criminologia positivista, importada de forma acrítica pela América Latina, trazendo um paradigma sociológico e político "autenticamente latino-americano" (ANITUA, 2008, p. 677).

Em que pese a Criminologia Crítica tenha chegado à América Latina, na Venezuela, pelas mãos de criminólogos Europeus e Norte-Americanos, foi um grande passo para a explosão crítica que tanto necessitava o Cone Sul, que sobrevivia sobre as influências de uma ditadura militar e conservadora.

Nesse sentido, ao apresentar a construção de uma criminologia que se pretende latino-americana, cabe fazer referência a Rosa del Olmo que, questionada sobre o assunto por Nils Christie, resolveu pesquisar a história da criminologia na América Latina, a partir dos encontros e congressos internacionais que, pelo protagonismo e as influências do Centro (OLMO, 2004), impunham normas universais do controle do delito e da antropologia criminal que tiveram os ideias dos positivistas como Ferri, Lombroso, Garofalo, Spencer, entre outros, como base do pensamento difundido em toda a Europa no século XIX.[10]

revelação do genocídio gerado pela importação do positivismo criminológico causalista na região marginal. Essa criminologia Latino-Americana não pode ser outra que não uma criminologia da resistência, como refere Rosa del Olmo em umas das conferências sobre "Limitaciones para la prevención de la violencia: La realidad Latinoamericana y teoría criminológica": "Aplicando este fenómeno al criminólogo latinoamericano, y por lo tanto a la criminología, y especificamente a la investigación criminológica, encontramos uma falta de correspondencia com la realidad social donde se originan. Al criminólogo latinoamericano le interesa más lo que sucede na Europa que lo que sucede em su país o en los otros países de América Latina. Pero esa adopción de modelos extranjeros es selectiva, y de ahí que encontremos uma criminología predominantemente clínico-jurídica, la cual es más cómoda para evadir la realidad social. Responsabilizar al individuo y no a la sociedad de los hechos violentos, resulta menos comprometedor pero también impede poder prevenirlos porque no hay conexión com la realidad" (OLMO, 1974 apud JÚNIOR; FLORES, 2016, p. 415).

10. Arthur Gobineau foi um dos influentes no racismo brasileiro, principalmente por inspirar as leis de imigração que objetivava o embranquecimento como fortalecimento dos valores das raças europeias (NASCIMENTO, 2016, p. 85).

Portanto, a retomada da história latino-americana e de sua criminologia, somente foi possível quando levada em consideração a realidade onde a ciência foi colocada. Nesse momento, a crítica pôde apontar que a criminologia adotada na região marginal não levou em conta suas peculiaridades. Houve, então, a necessidade de uma criminologia da libertação, a fim de desvencilhar a criminologia dos pressupostos que lhe foram impostos, possibilitando que a atenção fosse voltada à região marginal como centro do movimento criminológico Latino-Americano.

É certo que o paradigma etiológico tinha se rompido com o advento do *labelling approach*. No entanto, essa também era uma crítica importada dos países centrais, principalmente dos Estados Unidos, a qual a América-Latina também haveria recebido de forma acrítica. No entanto, a proposta de formação de uma criminologia crítica "por motivos imanentes à metodologia que lhe é própria, ela deve necessariamente construir-se em e para cada sociedade, em cada momento histórico, em cada conjuntura específica" (CASTRO, 2005, p. 21).

Diante desse panorama, é responsabilidade da criminologia crítica marginal emancipar a história latino-americana e sua criminologia, a fim de diagnosticar as necessidades reais da sociedade e de sua estrutura de poder para superá-lo, sempre adotando uma perspectiva de redução dos danos do controle social. Nas palavras de Lola Aniyar de Castro:

> "Com uma criminologia entendida e praticada dessa maneira, será possível proceder à análise e à denúncia da estrutura de controle social atual na América Latina, denunciando seu caráter legitimador, apresentando assim às classes subalternas um discurso transparente que estimule a consciência de classe e uma compreensão das verdadeiras condutas dissonantes (CASTRO, 2005, p. 64)."

Nessa esteira, impossível não tratar do Realismo Marginal como principal construção criminológica própria da região periférica, o qual aborda as deficiências de um direito penal democrático na América-Latina. Com isso, foi possível verificar que, em nossa região marginal, o direito penal vem produzindo um genocídio em massa, principalmente pela adoção acrítica e importada sobre a legitimidade da pena e do sistema penal, herança da colonização do pensamento ideológico positivista-criminológico.

Isto posto, é mister o ensinamento de Zaffaroni de se desapegar das antigas ilusões a fim de encontrar alguma transformação possível de diminuir, ao menos, a violência. A proposta deve partir de um otimismo desiludido, aquele que não é capaz de cegar-se com falsas promessas, mas que, diante de um sistema arruinado, consiga retirar dos problemas soluções possíveis e coerentes com o "ser". Neste panorama, a criminologia crítica, ao romper com o antigo pensar

criminológico, vem abrir caminhos para a criminologia cautelar, enfatizando que, embora a desilusão possa parecer sem saída, esta não tem a ver com falta de soluções (ZAFFARONI, 2012, p. 466).

Tendo em vista que esta redução da pena como castigo por excelência não pode somente vir abarcada com substitutivos penais, sob pena de refortalecer sua existência, Salo de Carvalho indica que:

> "Desde a perspectiva crítica, as alternativas devem ser possibilidade de minimização de dor e sofrimento que imponham rupturas ao modelo carcerário, diminuindo-o gradativamente. Não podem representar, portanto, adicional ao sistema penalógico tradicional, transformando-se em apêndice ou válvula de escape do insolvente sistema punitivo. (CARVALHO, 2015, p. 256)."

Esta política criminal alternativa deve, sobretudo, além do supracitado, aliviar o poder punitivo que recai sobre as classes subalternas, sendo o processo de descriminalização uma reforma na sociedade, no processo penal, na organização judiciária, objetivando a democratização dos setores do aparelho repressivo (BARATTA, 1977, p. 16). O mesmo autor, utilizando-se da teoria dos direitos humanos para a limitação da lei penal, alude que:

> "Desprendem-se daqui duas conseqüências: a primeira é que uma política de contenção da violência punitiva é realista só se inserida no movimento para a afirmação dos direitos humanos e da justiça social. Pois, definitivamente, não se pode isolar a violência concebida como violência institucional da violência estrutural e da injustiça das relações de propriedade e de poder, sem perder o contexto material e ideal da luta pela transformação do sistema penal, reduzindo-a a uma batalha sem saída nem perspectivas de êxito (BARATTA, 1987, p. 6)."

Diante dessa percepção dos direitos humanos como potencial mecanismo de limitação do poder punitivo, as agências judiciais devem atuar de forma a amenizar os danos causados pelo direito penal, operando tal qual a Cruz Vermelha, visto que as agências judiciais não têm poder suficiente para abolir o sistema penal. Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni compara o direito penal à guerra referindo que:

> "Diante da evidente carência de poder da agência judicial para abolir o sistema penal e substituí-lo por mecanismos de solução de conflitos (paralelamente a Cruz Vermelha, que não tem poder para acabar com os conflitos bélicos), as agências judiciais, como objetivo imediato, devem agir de conformidade a um

> discurso que estabelece os limites máximos de irracionalidade tolerável na seleção incriminadora do sistema penal (ZAFFARONI, 2014, p. 233)."

Dessa forma, sendo a guerra legitimada por discursos forjados, tal como o direito penal, o prisioneiro político não difere do prisioneiro de guerra, a não ser pelo fato de que na guerra, por ser situação extraordinária, espera-se que tenha fim, diferentemente do direito penal que não tem previsão de acabar. Sendo assim, o discurso jurídico-penal deve direcionar a sua preocupação com os efeitos da duração da prisão, dentro de critérios de máxima irracionalidade tolerável (ZAFFARONI, 2014, p. 233). Nesse horizonte, Ricardo Gloeckner e Augusto Jobim apontam que:

> "Deve-se, desta forma, programar o exercício do poder jurídico, por meio do direito penal, como um dique, levando-se em conta que os níveis das águas das arbitrariedades sempre os ultrapassam. [...] A postura do operador jurídico, não apenas do magistrado, deve estar ciente de seu caráter trágico, sempre resistindo ao poder punitivo. Se o poder punitivo é uma força "irracional" e o direito penal deve dar passagem somente àquela parte dela que menos comprometa a 'racionalidade' do estado de direito, a seleção penal deve ser 'racional', para compensar – até onde puder – a violência seletiva ('irracional') da torrente punitiva (GLOECKNER; AMARAL, 2013, p. 67)."

Segundo essa concepção, o direito penal deveria funcionar como um dique capaz de impedir a passagem das arbitrariedades e irracionalidades próprias do poder punitivo. Tendo em vista que a pena é pura manifestação de poder, a qual tenta, mediante suas teorias, manter as estruturas de dominação (KARAM, 2009), essa deve ser evitada sempre que possível.

Como adverte Eugenio Raúl Zaffaroni, se os discursos até então produziram massacres, há a necessidade urgente de preveni-los a partir da adoção de uma criminologia cautelar. Para o autor, o papel da criminologia cautelar, negando a morte da criminologia crítica, é diagnosticar e prevenir possíveis massacres causados pelo poder punitivo. Em vista disso, o "direito penal assim concebido assumiria no momento político um papel equivalente ao direito humanitário no momento bélico, servindo, ambos, para conter um *factum*, na medida de seu limitador poder jurídico e contenção" (ZAFFARONI, 2012, 404). Dessa forma, este seria o melhor caminho a ser tomado frente aos efeitos do poder punitivo na América Latina, fazendo surgir uma criminologia que tem como preocupação os problemas próprios da região que será aplicada.

No mesmo caminho trilhou Vera Malaguti Batista que, ao traçar um diagnóstico sobre a política de drogas no Rio de Janeiro, revelou os massacres causados

por uma política criminal de extermínio. Inclusive, analisou a função oculta do sistema penal, traçando marcos ideológicos, percebendo que o sistema penal incide sobre "setores mais vulneráveis da população" e o impacto da mídia na construção da figura estereotipada do criminoso, afirmando que na América Latina "este estereótipo é associado a essa jovem massa urbana marginalizada" (BATISTA, 2003, p. 56).

No entanto, em que pese esta percepção sobre a criminologia latino-americana, não é possível tomá-la, de pronto, como discurso homogêneo em toda América Latina. É necessário, partindo da metodologia da própria crítica[11], conhecer a evolução criminológica no Brasil – especialmente – e identificar se houve o rompimento dos laços que prendiam a criminologia brasileira às matrizes ideológicas dos países centrais.

Ademais, embora a explosão crítica, na América Latina, tenha ocorrido em 1974 em Maracaibo, não é certo que no Brasil tenha adotado, automaticamente, esta mudança de pensamento sobre a questão criminal. Tanto é que os brasileiros viviam sob o domínio da ditadura conservadora, que necessitava do discurso positivista.

É irrefutável a necessidade de que a criminologia brasileira tenha um papel de resistência frente ao poder punitivo, entendida como uma luta constante contra ideologias legitimadoras. Nesse viés, Lola Aniyar de Castro conceitua o propósito da criminologia alternativa à tradicional como "um instrumento contra o poder" (2005, p. 51), não reprodutora do controle social.

Sabe-se, contudo, – diante da política criminal repressiva, populismo punitivo, altas taxas de encarceramento e mitigação dos princípios e garantias constitucionais penais e processuais –, que o Brasil adota um discurso de prevenção/neutralização da periculosidade, carregada de ideologia criminológica-positivista, principalmente no manejo das prisões preventivas.

Resta concluir que o Brasil vem seguindo uma política criminal arruinada, desvencilhada das denúncias realizadas pela criminologia crítica, descomprometida com os danos do controle social, ocupando-se dele "unicamente quando esse controle está orientado para a consolidação do sistema de classes" (CASTRO, 2005, p. 57).

11. Essa metodologia, segundo Bauman, só admitiria "um compromisso para com a verdade, compreendida, aproximadamente, como a função de descrever as coisas 'tais quais como elas são' e, portanto, de fornecer um fundamento sólido para a ação" (BAUMAN, 1977, p. 121).

Para além disso, o controle social no Brasil não só passa por esse sistema classista, como também, e principalmente, pela dominação racial mascarada sob a etiqueta da democracia racial brasileira (NASCIMENTO, 2016).

Nesse prisma, a construção criminológica brasileira não é nada mais do que um estudo sobre as ruínas anunciadas pela criminologia crítica, a qual desestruturou as bases de legitimidade do sistema penal. No entanto, cabe a academia a escolha de prosseguir a reconstrução sobre as vigas arruinadas ou construir uma nova perspectiva criminológica, a partir da realidade que os escombros desvelaram.

Para tanto, se faz necessário identificar o marco da criminologia crítica brasileira, lembrando que, toda criminologia que coloca o poder punitivo como objeto de estudo sobre a questão criminal poderá ser considerada, em certa medida, uma criminologia crítica. (ZAFFARONI, 2012). Dessa forma, é possível classificar o *labelling approach* como de viés crítico, tendo em vista que teve como foco de estudo o processo de criminalização, rompendo com a etiologia caracterizada pelo estudo do crime, do criminoso e das causas da criminalidade.

Nesse sentido, Augusto Thompson foi considerado, no Brasil, um dos principais estudiosos da criminologia da reação social, principalmente nos escritos: "A questão penitenciária" e "Quem são os criminosos" (BATISTA, 2011, p. 78). Para Zaffaroni, o marco crítico da criminologia pode ser identificado na reação social, tendo em vista que, ao afastar o crime e o criminoso do objeto de estudo da criminologia, possibilitou a abertura de uma nova percepção sobre a criminalidade. Foi o primeiro passo para que o poder punitivo fosse estudado pela criminologia (ZAFFARONI, 2012).

Levando em consideração a colonização do saber criminológico na América Latina, é importante selecionar uma criminologia que incorpore o poder punitivo como primeiro horizonte de projeção crítico.

Vera Malaguti Batista ao fazer referência ao conceito de Zaffaroni sobre criminologia, tratando-a como a capacidade de projetar discursos perigosistas (BATISTA, 2011), remonta a forma como a criminologia vem sendo implementada como técnica disciplinar no judiciário brasileiro. O aparelho repressivo do Estado na região brasileira se deu (e ainda se dá) em nome da ciência, sobretudo de uma ciência criminológica perigosa. Como bem aponta Cristina Rauter sobre as peculiaridades do Brasil, a implementação de uma criminologia positivista não se dá sem o ônus da violência e da repressão (RAUTER, 2013, p. 74), muitas vezes sequer mascarada e que, mesmo quando o discurso é colocado em xeque, se auto legitima pelas próprias razões.

Através de discursos alienígenas, o modo de construção criminológica não só ignorara as peculiaridades locais como também projetou a realidade brasileira.

Ou seja, os discursos surtiram efeitos que podem ser percebidos com a observação da realidade na aplicação do direito penal, tendo em vista a existência de um poder punitivo extremamente repressivo, seletivo e massacrador.

Inclusive, a ideia do discurso sobre a degeneração moral do criminoso teve, no Brasil, características próprias, tendo em vista que o "olhar dos criminólogos se volta para os costumes brasileiros: o carnaval, os sambas, os cangaceiros nordestinos, a miscigenação" (RAUTER, 2013, p. 37).

Não se pode olvidar que a marcha para o extermínio muitas vezes se faz à luz do dia, por instituições que deveriam colocar em exercício o bom funcionamento dos direitos humanos, mas que, no entanto, endossam e provocam a violência cotidiana contra os mais vulneráveis.

No início do debate dos estudos sobre as ruínas do capitalismo, Marildo Menegat aborda uma passagem onde o BOPE vem marchando aos gritos de guerra com o seguinte conteúdo:

> "O interrogatório é muito fácil de fazer/ pega o favelado e da porrada até doer.
>
> O interrogatório é muito fácil de acabar/pega favelado e da porrada até matar.
>
> Bandido favelado não se varre com vassoura/ se varre com granada, com fuzil, metralhadora."

Tal atitude policial ensejou a reclamação dos moradores de um nobre bairro residencial do Rio de Janeiro. No entanto, "pela ausência de qualquer consequência após o mal-estar produzido, com pedidos de explicação às autoridades, pode-se deduzir que provavelmente, o único problema era a proximidade dos 'gritos dos exércitos', e não o sentido do que era dito" (MENEGAT, 2015, p. 13).

Essa aceitação da violência desmascarada, apática e indiferente com o *outro* faz da América Latina um ambiente manipulável para a implementação dos discursos criminológicos perigosistas. Nesse mesmo norte, ao fazer referência à Lola Aniyar de Castro que identificou a existência de um direito penal subterrâneo, Luciano Góes refere que este direito além do Código:

> "sempre operou explicitamente, exterminando e violentando sob olhos de quem quiser enxergar, pois o corpo negro, somente hasteado como bandeira, transmite a mensagem histórica e simbólica idealizada nos velhos troncos (GÓES, 2016, p. 33)."

Percebe-se que a história da criminologia brasileira não se faz longe da história do racismo, pois desde sua origem, embasada no positivismo racista, buscou-se

tentativas de criminalização do negro, objetificado, desumanizado, coisificado pelos escravocratas, bem como pelos criminólogos/médicos da época.

Se outrora o positivismo serviu de base estruturante para um direito penal seletivamente racista, a crítica criminológica já desmascarou as facetas que até então legitimavam a repugnante criminologia do estudo do criminoso. No entanto, o que se deu depois dela é ponto nevrálgico da discussão criminológica eminentemente brasileira.

A criminologia crítica teria chegado ao Brasil por Roberto Lyra Filho e Juarez Cirino dos Santos, a partir dos escritos "Criminologia Dialética" e "Criminologia Radical", publicados em 1972 e em 1981, respectivamente.

Juarez Cirino dos Santos pretendeu apresentar ao público brasileiro a criminologia radical como sendo um projeto que visa evitar a deformação proporcionada pela criminologia positivista, a qual excluiu a teoria criminológica da teoria política e evitava a discussão sobre o poder econômico e a luta de classes. Nesse sentido:

> "O projeto científico da Criminologia Radical tem por objetivo a produção de uma teoria materialista do Direito e do Estado nas sociedades capitalistas, em que a produção crescentemente social requer uma regulação crescentemente jurídica das relações sociais, procurando identificar as forças sociais subjacentes às formas legais e mecanismos institucionais de controle da sociedade (SANTOS, 2008, p. 38)."

O autor entende a criminologia radical como um "acerto de contas" com as criminologias tradicionais que aqui produziram massacres, elaborando um projeto crítico capaz de orientar uma "prática social transformadora nos países subdesenvolvidos e dependentes da América-Latina" (SANTOS, 2008, p. 124).

Da mesma forma, Roberto Lyra Filho reflete que a criminologia crítica deveria se consubstanciar em uma criminologia dialética, a fim de evitar a alienação e a cegueira frente à "práxis acrítica, poderá ser visto o que ocorre, não só no palco, mas também nos bastidores da filosofia, da ciência e das políticas criminais" (FILHO, 1997, p. 124).

No tocante a criminologia brasileira e o seu viés crítico é, de certa forma, a resistência às teorias positivistas que aqui se instalaram acriticamente. Por certo, a criminologia brasileira se perfectibiliza a partir da colonização teórica, embebida em bases racistas que estruturaram a história dos discursos penais no Brasil. Verifica-se que a etiologia empregada contra a população marginalizada trouxe efeitos reais e devastadores, sendo o principal papel da criminologia crítica,

eminentemente brasileira, revelar esses efeitos e refutar, quando presente, qualquer outro discurso legitimante, sempre em busca de uma criminologia autocrítica, a partir de uma perspectiva local[12].

Qualquer referência à criminologia brasileira exige a retomada histórica colonizadora do pensamento no período republicano que, através do liberalismo, fixou-se no positivismo criminológico responsável pela exclusão do próprio povo brasileiro. Nessa senda, não só nossa criminologia foi construída, bem como a realidade e a identidade do povo brasileiro foram forjadas e planejadas devido à importação do ideal de civilização alienígena à situação periférica. Rebeca Fernandes Dias descreve que:

> "O fato de que a absorção do pensamento criminológico ocorre em paralelo a este processo de construção da ideia do povo e do cidadão brasileiro é significativo, pois a importância que adquiriu como discurso, e um discurso que partia de uma premissa de cisão não só da sociedade, mas da própria humanidade, interfere no processo de consolidação de uma identidade nacional que inclua a todos, mesmo considerando as diferenças. A despeito do mito da democracia racial, continuamos, em pleno século XXI, uma sociedade cindida e que funciona pelo desvio da lei, pelo enquadramento da norma e pela dinâmica da hierarquia (FERNANDES, 2015, p. 394)."

Para tanto, a pergunta feita por Vera Malaguti Batista no início do texto sobre realismo marginal ilustra a necessidade de uma autocrítica na construção de uma criminologia propriamente brasileira: "para que serve a criminologia no Brasil, no momento histórico do encarceramento em massa? Devemos servir à manutenção da ordem do capitalismo de barbárie ou servir de dique utópico contra essa ordem?" (BATISTA, p. 01). Resta indagar: o que a criminologia brasileira tem a dizer sobre suas raízes?

12. Ademais, o diagnóstico se faz necessário pelo fato de que o "direito penal vem ao mundo (ou seja, é legitimado) para cumprir funções concretas *dentro de* e *para uma* sociedade que concretamente se organizou de *determinada maneira*" (BATISTA, 2015, p. 19). Isto posto, significa dizer que, se nos moldes dos países centrais o direito penal serviu a estrutura social capitalista, no Brasil serviu para manutenção da ordem de dominação racista. Portanto, os efeitos do direito penal sobre a população brasileira são diversos daqueles que recaíram sobre a população europeia. Nesse sentido, não basta a "tradução" da criminologia crítica importada dos países centrais, que identifica a ligação direta do direito penal com o capitalismo, sem analisar a história da construção do poder punitivo no Brasil e a partir de sua realidade.

A autora compartilha das angústias de Eugenio Raúl Zaffaroni e de Lola Aniyar de Castro ao tratar da necessidade de pensar a criminologia a partir da margem:

> "A dramaticidade da questão criminal em nossos países exige que nossa criminologia explique: 'que são nossos sistemas penais, como operam, que efeitos produzem, porque e como nos ocultam esses efeitos, que vínculo mantêm com o resto do controle social e do poder, que alternativas existem a essa realidade e como se podem instrumentar'. Toda a energia do seu trabalho dirige-se também a construir 'um saber que permita ajudar as pessoas criminalizadas a reduzir seus níveis de vulnerabilidade ao sistema penal' (BATISTA, p. 05)."

Por derradeiro, assiste razão a Máximo Sozzo quando refere que a criminologia crítica na América Latina, nascida de novas viagens, a partir de contextos culturais diversos, ficou na promessa de construir uma criminologia propriamente latino-americana. Desse modo, o autor adverte que:

> "vale a pena recordar a colocação feita em meados dos anos 1980 pelo colombiano Emiro Sandoval Huertas, que assinalava que, sem dúvida, existia em 'sua' atualidade uma 'criminologia crítica na América Latina', o que não queria dizer que existisse uma 'criminologia crítica latino-americana' entendida como 'uma sociologia crítica dos sistemas penais de nosso continente, que leve em consideração as peculiaridades dos países agrupados sob o nome de América Latina' (SANDOVAL HUERTAS, 1985:8) (SOZZO, 2014, p. 82)."

A reflexão *à la* brasileira fica no que as palavras da crítica-criminológica vêm nos dizer sobre as matrizes que constituíram o poder punitivo brasileiro. Essa criminologia reconhece essas raízes ou vem buscando a crítica em realidades estranhas, refutando-se de erguer o debate sobre a questão racial?

Por todo o contexto exposto, à criminologia brasileira não pode passar despercebida a história colonizadora e, principalmente, escravagista. Nesse sentido, toda e qualquer (re)construção do pensamento criminológico brasileiro deve reconhecer as influências que subjazem nos discursos e estruturas punitivas.

Sobretudo, é necessário identificar que o poder punitivo, como instrumento de controle formal, garantidor dos processos de dominação, mantém a lógica de uma sociedade construída em bases racistas.

Em vista de um pensamento criminológico que lhe é próprio, a criminologia crítica brasileira não pode eximir-se da responsabilidade com a realidade que aqui se manifesta. Para tanto, uma teoria crítica compromissada jamais deve ignorar o racismo que estruturou as bases legitimantes do nosso processo de criminalização e que ainda tomam frente no exercício do Poder Punitivo.

4. Conclusão

No decorrer do trabalho foi possível observar algumas nuances da criminologia brasileira, as quais configuraram o perfil da atuação de nosso poder punitivo. É imprescindível que se reconheça o positivismo criminológico que rege a questão penal na região marginal, não só por suas traduções, como também pelas suas permanências que acarretam, diariamente, perdas de vidas.

O cenário punitivo remonta a mesma estrutura que emergiu na abolição da escravatura. O embranquecimento do povo brasileiro se faz através do direito penal, seletivamente racista, embasado, ainda hoje, em premissas positivistas sobre a questão da criminalidade. É irrefutável a justificação na construção da figura do criminoso, em uma perspectiva de periculosidade, a fim de legitimar a atuação do poder punitivo através das agências judiciais, policiais e subterrâneas.

A cientificidade no Brasil, ainda hoje, defende a existência de vidas matáveis. É nesse sentido que a criminologia crítica, eminentemente brasileira, não pode se furtar de realizar uma reconstrução do trajeto da criminologia etiológica no Brasil.

Muito provavelmente, a criminologia crítica na América Latina busca a libertação em matrizes teóricas em realidades diversas da região marginal. Essas viagens culturais em busca de uma criminologia crítica, pode caracterizar, na América Latina, a permanência da dependência intelectual do centro e dos Estados Unidos. Essa perspectiva se perfectibiliza na tentativa de reduzir a questão criminal à estrutura econômica capitalista, colocando a prisão apenas como um modelo de pena por excelência do capitalismo.

No entanto, o contexto brasileiro deve estar no centro da observação criminológica. Se o modelo capitalista não era natural na região marginal, por se tratar de colônia, com produção majoritariamente agrícola exportadora, a pena, muito provavelmente, tenha outras implicações. Essas inferências estão ligadas as matrizes colonizadoras e racistas presentes na história brasileira.

Deve ser reconhecido pela criminologia crítica que o rompimento do paradigma com a escola positivista não significou a mudança do paradigma em que se coloca o poder punitivo. Essas questões ainda devem ser enfrentadas, sob pena de elaborarmos uma criminologia crítica sem história.

O acerto de contas deve ser feito diariamente, a fim de não legitimar as práticas ligadas a justificação científica do poder punitivo contra a população negra brasileira.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia:* O controle penal para além da (des)ilusão. Florianópolis: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e política criminal alternativa*. Relatório apresentado ao colóquio da Seção Nacional Espanhola da Associação Internacional ao Direito Penal. Trad. Sério Fragoso. Madrid, 1977.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos e fundamento do direito de punir*. Aracajú: Edição do Estado de Sergipe, 1926.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. *Difíceis ganhos fáceis:* drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. Princípios do direito penal mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto de limite da lei penal. Trad. Francisco Bissoli Filho. Texto publicado na *Revista "Doutrina Penal"*, n. 10-40, Buenos Aires, Argentina: Depalma, p. 623-650, 1987.

BATISTA, Vera Malaguti. *Realismo marginal:* criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. Disponível em: [www.ovp-sp.org/debate_teorico/debate_vera_malaguti.pdf].

BOSI, ALFREDO. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídia e controle social:* da construção da criminalidade dos movimentos sociais à reprodução da violência estrutural. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

CATRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CORRÊA, Mariza. *As ilusões da liberdade:* a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. 2. ed. Bragança Paulista: Universidade de São Francisco, 2001.

DIAS, Rebeca Fernandes. Pensamento Criminológico na Primeira República: o Brasil em defesa da sociedade. 2015. Tese (programa de pós-graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná: Curitiba, 2015. 440 f.

LYRA FILHO, Roberto. *Criminologia dialética*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Arqueologia do saber*. Trad. Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FREYRE. Gilberto. *Casa Grande e Senzala:* a formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 8. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1954. v. 1.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. AMARAL, Augusto Jobim do. *Criminologia e(m) crítica*. Porto Alegre: ediPUCRS, 2013.

GÓES, Luciano. *A "tradução" de lombroso na obra de Nina Rodrigues:* o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. *A Privação da liberdade:* o violento, danoso e inútil sofrimento da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 7.

LOSURDO, Domenico. *Contra-história do liberalismo*. Trad. Giovanni Semeraro. São Paulo: Ideais & Letras, 2006.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica:* As origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENEGAT, Marildo. *Estudos sobre ruínas*. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro:* processo de um racismo mascarado. 3. ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

OLMO, Rosa del. *A américa latina e sua criminologia*. Trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

OLMO, Rosa del. *Limitaciones para la Prevención de la Violencia: La realidad latinoamericana y teoría criminológica*. In: JÚNIOR, Ney Fayet; FLORES, Carlos Thompson (Orgs.). Maracaibo 74: uma outra criminologia (se tornou) possível. Porto Alegre: Elegantia, 2016. p. 399-425.

PAIM, Antonio. *História do liberalismo brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: LVM, 2018.

RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. 2. ed. 1ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia Radical*. 3 ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SCHWARZ, Roberto. *Ao Vencedor as Batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Editora 34, 2012.

SOZZO, Máximo. *Viagens culturais e a questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

TORRES, Alberto. *O problema nacional brasileiro:* introdução a um programa de organização nacional. 4. ed. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos:* conferências de criminologia cautelar. Trad. Sérgio Lamarão. GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice (Coords.). São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: A perda de legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5. ed. 4ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ZYGMUNT, Bauman. *Por uma sociologia crítica:* um ensaio sobre o senso comum e emancipação. Trad. Antonio Amaro Cirurgião. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1977.

Pesquisas do Editorial

Veja também Doutrinas

- As relações entre punição e estrutura social no Brasil: a prática de extermínio e o racismo como "modo de ser" do sistema penal, de Romulo Fonseca Morais – *RBCCrim* 139/247-276 (DTR\2017\7106); e
- O racismo do sistema penal na perspectiva da psicologia experimental – Diálogos possíveis com a criminologia, de Marina Lacerda e Silva e Ricardo de Lins e Horta – *RBCCrim* 135/417-445 (DTR\2017\5638).