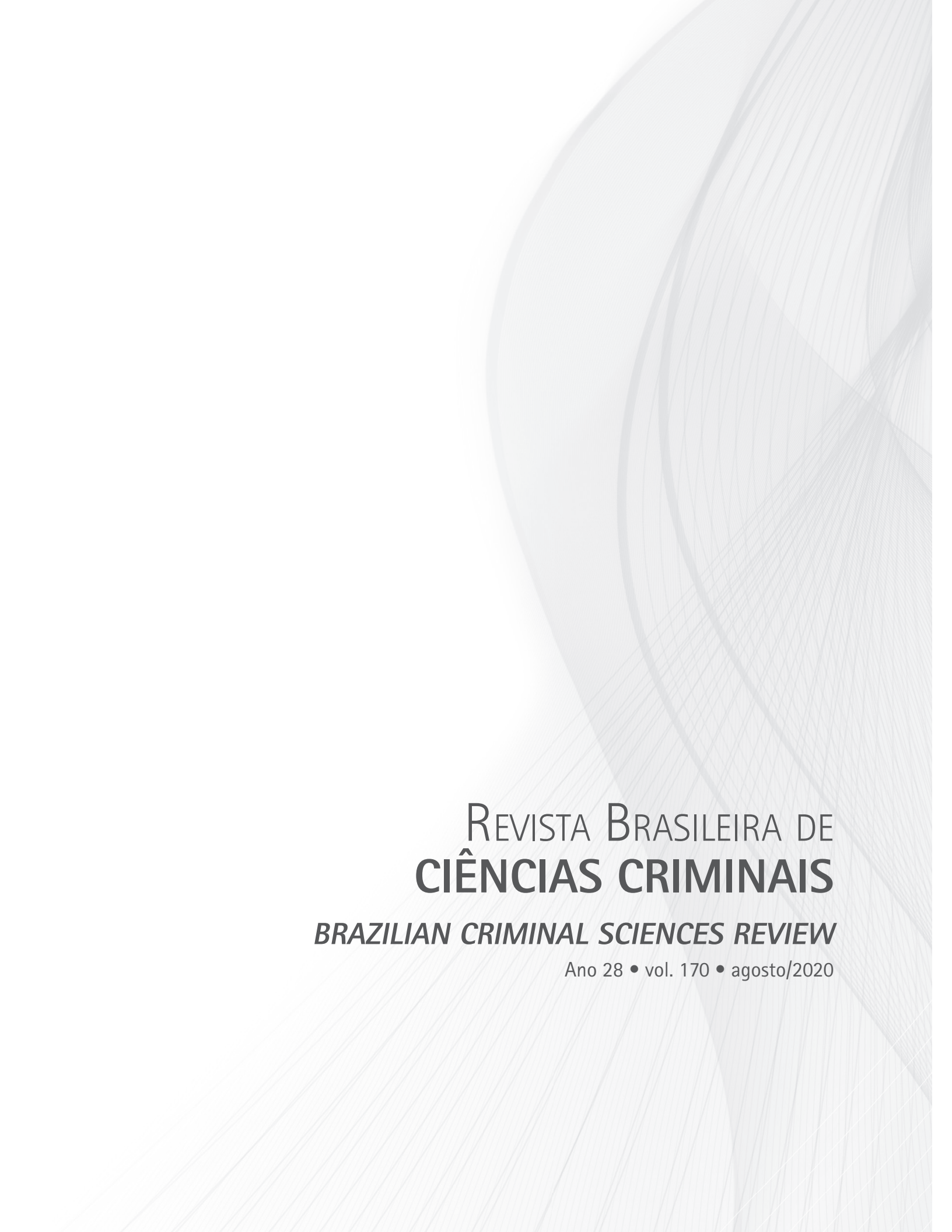


The background of the cover features a series of overlapping, semi-transparent circles and a network of fine, intersecting lines that create a complex, geometric pattern. The colors are muted, consisting of various shades of gray and off-white.

REVISTA BRASILEIRA DE **CIÊNCIAS CRIMINAIS**

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 28 • vol. 170 • agosto/2020

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 170 • agosto/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 García-Pablos de Molina (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)

Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)

Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)

Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)

Carlos Gonzales Zorrilla (Universitat Autònoma de Barcelona – Espanha)

Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)

Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)

Cornelius Prittwitz (Universität Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)

David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Emilio Garcia Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)

Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha)

Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)

Fernando Santa Cecilia Garcia (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)

Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)

Iasevoli Clelia (Università Degli Studi di Napoli – Itália)

Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)

Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)

Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)

Jésus-María Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)

João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)

Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)

José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)

José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)

Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)

Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)

Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)

Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)

Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)

Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)

Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)

Maria Paz Arenas Rodríguez (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)

Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)

Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)

Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)

Nila Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)

Olga Spinoza (Universidad de Chile – Chile)

Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)

Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Raúl Cervini (Universidad da República do Uruguai – Uruguai)

Rene Ariel Dotti (UFPR – Curitiba/PR)

Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)

Stella Maris Martínez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)

Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME)

Alexandre Ribas de Paulo (UEM – Maringá/PR)
Aline Pires de Souza Machado de Castilhos (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Andressa Paula de Andrade (UNIFATECIE – Paranaíba/PR)
Antonio Eduardo Ramires Santoro (Universidade de Coimbra – Portugal)
Antonio José Franco de Souza Pêcego (PUCMG – Uberlândia/MG)
Ariel Koch Gomes (Uniritter – Porto Alegre/RS)
Brenno Gimenes Cesca (EPM – São Paulo/SP)
Christiano Falk Fragoso (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Daniela Dora Eilberg (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Denise Hammerschmidt (UENP – Jacarezinho/PR)
Fabrício Dreyer de Ávila Pozzebon (PUCRS – Porto Alegre/RS)

Gabriela Borghi Affonso (Universidade de Coimbra – Portugal)
Gabriela Perissinotto de Almeida (UFSCar – São Carlos/SP)
Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS)
Marcella Alves Mascarenhas Nardelli (UFJF – Juiz de Fora/MG)
Maria Cláudia Giroto do Couto (USP – São Paulo/SP)
Mário Lúcio Garcez Calil (UEMS – Paranaíba/MS)
Milene Maria Xavier Veloso (UFPR – Curitiba/PR)
Nathalia Beduhn Schneider (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Neemias Moretti Prudente (Instituto Paranaense de Ensino – Curitiba/PR)
Nestor Eduardo Araruna Santiago (UNIFOR – Fortaleza/CE)
Sérgio Salomão Shecaira (USP – São Paulo/SP)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (IDP – Brasília/DF)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Alexandre Augusto Costa (UNIRP – São José do Rio Preto/SP)
Clarissa de Baumont (UFRGS – Porto Alegre/RS)
Eluane de Lima Corrales (UENP – Curitiba/PR)
Francesco Rotondo (Università di Napoli "Federico II" – Itália)
Gabriele Delsasso Lavorato Manfré (UENP – Curitiba/PR)
Gustavo de Souza Preussler (UFGD – Dourados/MS)

Ilton Garcia da Costa (UENP – Paraná)
Keith Hayward (University of Copenhagen – Dinamarca)
Leonardo Estevam de Assis Zanini (UFSCar – São Carlos/SP)
Marcelo Almeida Ruivo (PUCRS – Porto Alegre/RS)
Olivaldi Alves Borges Azevedo (UNIRP – São José do Rio Preto/SP)
Victor Sugamoto Romfeld (UFPR – Curitiba/PR)

As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.



Revista Brasileira de Ciências Criminais

revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE
CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 170 • agosto/2020

Coordenação (editor-chefe)

LEANDRO AYRES FRANÇA

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 28 • vol. 170 • agosto/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.

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 - Vila Olímpia
CEP 04533-085, São Paulo, SP, Brasil

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

Central de Relacionamento Thomson Reuters Selo Revista dos Tribunais
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

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

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

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

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [08-2020]

Profissional

Fechamento desta edição: [15.06.2020]





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

Ela Wiecko

Geraldo Prado

Sérgio Salomão Shecaira

OUIDORA

Fabiana Zanatta Viana

Coordenadores–Chefes dos Departamentos

AÇÕES ANTIDISCRIMINATÓRIAS

Thayná Yaredy

AMICUS CURIAE

Maurício Stegmann Dieter

ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO

BÁSICO CONTROLADO

Roberto Portugal de Biazzi

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 E CHAMADA TEMÁTICA– IBCCRIM

Eduardo Saad Diniz

26º SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Marcela Diório

Grupo de Estudos

GRUPO DE ESTUDOS 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

Jonas Santos

Marília Jahnel

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. 170 • agosto/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 Moraes, 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 Kfourri

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

- Penalística Positivista Italiana e América Latina: tendências e interpretações historiográficas
The Italian Penal-Positivist Thought and Latin America: trends and historiographical interpretations
FRANCESCO ROTONDO
Traduzido por ANNA CLARA LEHMANN MARTINS, ARLEY FERNANDES TEIXEIRA, ARTHUR BARRÊTO DE ALMEIDA COSTA e RÉGIS JOÃO NODARI 19
- A violação da imagem na perspectiva do direito penal alemão
The violation of the image from the perspective of German criminal law
LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI 51
- Aproximações entre Direito Penal e Direito da Antidiscriminação: um (novo?) modelo normativo para pensar a criminalização da LGBTIfobia no Brasil
Approximations between criminal law and anti-discrimination law: a (new?) normative model for thinking the criminalization of LGBTIphobia in Brazil
VICTOR SUGAMOSTO ROMFELD 73

CRIME E SOCIEDADE

- Cronos e o aprisionamento eterno do louco criminoso: o tempo nas medidas de segurança de internação
Chronos and the eternal imprisonment of the crazy criminal: the time in the security measures of hospitalization
CLARISSA DE BAUMONT 107

Caminhos para mudanças: diálogos entre criminologia, abolicionismos penais e justiça restaurativa

Pathways for changes: dialogues between criminology, penal abolitionism and restorative justice

ILTON GARCIA DA COSTA, ELUANE DE LIMA CORRALES E GABRIELE DELSASSO
LAVORATO MANFRÉ..... 143

Smart city limits: a criminological introduction to urban smartness

Limites de cidades inteligentes: uma introdução criminológica à inteligência urbana

KEITH HAYWARD..... 163

PROCESSO PENAL

A Prova e o Método de Verificação da Causalidade na Omissão Imprópria

The Evidence and Verification Method of the Causality of the Improper Omission

MARCELO ALMEIDA RUIVO..... 191

Dispensabilidade da prisão-captura no flagrante de delitos ambientais

Dispensability of catch-prison in the flagrant of environmental offenses

OLIVALDI ALVES BORGES AZEVEDO E ALEXANDRE AUGUSTO COSTA..... 221

RESENHA CRÍTICA

Criminalidade e condições econômicas, de Willem Bongers (Ed.)

Criminality and economic conditions, by Willem Bongers (Ed.)

GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER..... 259

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES..... 271

TEMAS..... 275

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	279
DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	291
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (<i>CHECK LIST</i>)	297

PENALÍSTICA POSITIVISTA ITALIANA E AMÉRICA LATINA: TENDÊNCIAS E INTERPRETAÇÕES HISTORIOGRÁFICAS

THE ITALIAN PENAL-POSITIVIST THOUGHT AND LATIN AMERICA: TRENDS AND HISTORIOGRAPHICAL INTERPRETATIONS

FRANCESCO ROTONDO

Pesquisador da Università di Napoli "Federico II" (Itália).
frotondo@unina.it
Autor convidado

Tradução de:

ANNA CLARA LEHMANN MARTINS

Doutoranda pela Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil) em cotutela com a Münster Universität (Alemanha). Integrante do *Studium Iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0001-6760-1810]
laclaramartins@gmail.com

ARLEY FERNANDES TEIXEIRA

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). Integrante do *Studium Iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-0964-5011]
arleyft96@gmail.com

ARTHUR BARRÊTO DE ALMEIDA COSTA

Doutorando pela Università di Firenze (Itália). Integrante do *Studium Iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-6906-0998]
arthurbarretto@oi.com.br

RÉGIS JOÃO NODARI

Doutorando pela Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil) com período sanduíche na Università di Milano (Itália). Integrante do *Studium Iuris* – Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica.
ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-8989-616X]
nodari.regis@gmail.com

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Fundamentos do Direito

RESUMO: O¹ artigo² tenta explorar as reflexões e tendências metodológicas mais significativas da historiografia jurídica da América do Sul acerca da circulação do pensamento penal positivista italiano na América Latina entre os séculos XIX e XX. A pesquisa, que não pretende fornecer uma bibliografia completa, privilegia um percurso capaz de identificar viradas temáticas e aberturas de novos horizontes hermenêuticos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal – Historiografia – América Latina – Antropologia Criminal – Itália – Séculos XIX-XX.

ABSTRACT: The aim of this essay is to explore the most significant reflections of South American legal historiography methodological trend. In this present case, the focus is on the Italian penal positivist thought, which spread throughout Latin America between the nineteenth and twentieth centuries. The survey does not claim to provide a complete bibliography, but it rather favours a path that identifies themes and cues that can allow multiple and new interpretations.

KEYWORDS: Criminal Law – Historiography – Latin America – Criminal Anthropology – Italy – XIX-XX Centuries.

1. Em 2009, Silvano Montaldo³ e Paolo Tappero⁴ publicaram um interessante volume multifacetado com o objetivo de fazer um balanço da situação no centenário da morte de Cesare Lombroso⁵. A parte IV do livro, intitulada “A recepção da antropologia criminal no mundo”, apresentava estudos de historiadores do direito de diferentes procedências (Lila Caimari na América Latina, Nicole Rafter nos Estados Unidos, Marc Renneville na França, Mariacarla Gadebusch Bondio na Alemanha, Neil Davie na Inglaterra e alguns outros⁶) e pretendia esclarecer, por meio de breves ensaios, o papel desenvolvido pela ciência lombrosiana fora da Itália.

1. “Penalistica positivista italiana e America Latina: linee di tendenza e interpretazioni storiografiche”, versão italiana publicada em “Diritto e giustizia minorile”, vol. 1/2, 2019. Tradução de Anna Clara Lehmann Martins, Arley Fernandes Teixeira, Arthur Barrêto de Almeida Costa e Régis João Nodari. Pesquisa realizada no âmbito do projeto de pesquisa “História do direito penal brasileiro em perspectiva comparada entre os séculos XIX e XX” (edital demanda universal 01/2017, FAPEMIG).
2. Francesco Rotondo é pesquisador da *Università di Napoli “Federico II”* (Itália). E-mail: frotondo@unina.it Endereço: Università di Napoli “Federico II”, Dipartimento di Giurisprudenza, Via G. Paladino, 39, Napoli, Italia.
3. Montaldo é professor de história contemporânea na *Università di Torino* e diretor do *Museo di antropologia criminale Cesare Lombroso*.
4. Paolo Tappero é professor de Medicina Legal na *Università de Torino* e ex-diretor do *Museo di antropologia criminale Cesare Lombroso*.
5. Cfr. S. Montaldo, P. Tappero (a cura di), *Cesare Lombroso cento anni dopo*, Torino, UTET, 2009.
6. Antonella Salomoni se ocupava do capítulo sobre a Rússia, Per Ystehede analisava o caso escandinavo, Rafal Huertas e Ricardo Campos apresentavam o positivismo penalista na Espanha.

No que diz respeito à difusão na Europa, a maior dificuldade consistia, a meu ver, na complicada reconstrução de um trânsito de ideias que foi certamente bilateral. Os estudiosos foram, por isso, colocados diante da dimensão transnacional da antropologia criminal que, ao menos para o Velho Continente, não permite conduzir uma análise dentro das coordenadas de um “centro” difusor de ideias e de uma “periferia” que as recebia e as colocava em prática.

Como de fato testemunha a grande maioria dos estudos (italianos e não italianos) sobre o pensamento penal positivista italiano, Lombroso, Ferri, Garofalo e os seus alunos não podem ser bem interpretados senão à luz das redes de relações que construíram com os colegas europeus; o próprio “triunvirato positivista italiano” reivindicou, efetivamente, em várias ocasiões que a “nova ciência” pretendia oferecer soluções aos problemas da criminalidade difusa em toda Europa. Poderíamos trazer muitos exemplos para demonstrar a vocação plurinacional da nova perspectiva penal, mas, a meu ver, aqui, basta recordar o desenvolvimento de sete Congressos internacionais de Antropologia criminal entre 1885 e 1911 (todos realizados na Europa: Roma, Paris, Bruxelas, Genebra, Amsterdam, Turim, Colônia)⁷, dar uma olhada no maior órgão de difusão da escola positiva, o *Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penali per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente*, que, além de anunciar como codiretor o holandês van Hamel em 1894, enriquece-se de um número enorme, para a época, de contribuições provenientes do exterior e cuidou sempre com grande atenção da seção das resenhas de obras estrangeiras, e, por fim, examinar a própria reflexão historiográfica internacional, que dispendeu muitos esforços na busca pelos “precursores” do positivismo penal italiano e quase sempre tais indagações conduziram os estudiosos a seguir seus traços fora da Itália⁸.

7. Para aprofundar o tema dos congressos internacionais de Antropologia criminal, é necessário referir-se, sobretudo, à historiografia francesa, interessada particularmente no tema por conta das relações controversas que naquela sede se manifestaram entre a escola italiana e a do outro lado dos Alpes: M. Kaluszynski, *Les Congrès internationaux d'anthropologie criminelle (1885-1914)*, in “Cahiers Georges Sorel”, n. 7, 1989, p. 59-70; C. Gueho, *Les Archives de l'anthropologie criminelle de 1886 à 1900*, Lille, Atelier national de Rep. des Thèses, 2003; Garnier L., *Les Congrès d'anthropologie criminelle et la naissance d'un patrimoine pénal*, in “Criminocorpus”, n. 10, 2010, on-line em: [http://criminocorpus.hypotheses.org/4393].

8. A busca pelos “precursores” da criminologia lombrosiana começou deveras cedo e foi estimulada pelos seguidores da nova ciência para apresentar as novas teorias como o fruto de uma longa gestação que chega finalmente ao seu cumprimento: “il divulgare le conoscenze intorno ai Precursori di Lombroso potrà servire, io spero, a rendere meno ostiche le dottrine e le pratiche applicazioni della Scuola tutta, che ha avuto dei rappresentanti in tutte le età e in ogni classe di osservatori, i quali intuirono e presentirono almeno una parte del Vero, che essa seppe ora luminosamente mettere in evidenza”, G. Antonini, *I Precursori di C. Lombroso*, Bocca, Torino, 1900, p. 7. Sucessivamente, a historiografia quase nunca deixou de investigar as teorias que majoritariamente

O tema, portanto, da difusão da antropologia criminal italiana na Europa é, a meu ver, um falso problema. Com isso, quero dizer que as premissas, o desenvolvimento e o próprio enfraquecimento da antropologia criminal italiana podem ser compreendidos somente com uma pesquisa que inclua, por exemplo, a sociologia e a alienística francesa do início do século XIX, a estatística belga, a penalística alemã e inglesa, e a literatura russa e francesa⁹.

Por outro lado, o panorama histórico sobre a difusão na América Latina também se revelou uma tarefa complexa e gravosa, por uma série de motivos. Neste caso, de fato, o centro de propagação e o centro de “recepção” podem ser identificados com toda evidência, mas com um risco duplo: de um lado, permanecer enjaulado na mesma perspectiva dicotômica, talvez muito esquemática e simplificadora, que pouco se presta a ler a complexidade do fenômeno da circulação de conceitos jurídicos; de outro, considerar a América Latina como um espaço unitário, enquanto ele se qualifica como um território atravessado somente de algumas características comuns e de muitas peculiaridades, que não exprimia (e não exprime) uma comunidade coesa, tornando particularmente difícil qualquer reconstrução em termos gerais e abrangentes.

No que diz respeito a este último problema, relativamente mais *ao objeto* da investigação que ao seu *método*, pode-se dizer que já faz algum tempo que a consideração do subcontinente latino-americano como âmbito dotado de conotações típicas que o tornam digno de análises no seu complexo foi levada adiante, não somente entre os historiadores *tout court*,

influenciaram o médico torinense na elaboração da antropologia criminal. Se, por um lado, havia a tendência de construir leituras genealógicas do pensamento criminológico representado como “conjunto de ideias” (a mero título exemplificativo: H. Mannheim (ed.), *Pioneers in Criminology*, London, Stevens & Sons, 1960; Piers Beirne, *Inventing criminology*, New York, SUNY, 1993; Id. (ed.), *The Origins and Growth of Criminology: Essays on Intellectual History, 1760-1945*, Aldershot, Hants, England; Brookfield, Vt., Dartmouth, c1994; N. Rafter, *The Origins of Criminology*, New York, Routledge, 2005), por outro lado, existiam estudos que integraram a abordagem genealógica com a histórico-social e que, considerando a criminologia como prática discursiva, tentaram aprofundar a variedade de relações que se estabeleceram entre versões sociológicas e antropológicas da criminologia entre os séculos 19 e 20. Entre numerosos exemplos, o mais significativo parece ser: P. Beker-R. Wetzell (Eds.), *Criminals and their scientist*, New York, Cambridge University Press, 2006.

9. “Mi sono più volte domandato perché l’antropologia criminale sia più avanzata nella letteratura che non nella scienza. I grandi maestri russi, svedesi e francesi del romanzo e del dramma moderno vi hanno tutti attinto le loro più grandi ispirazioni, cominciando da Balzac, nella sua *Dernière incarnation de Vautrin*, *Les paysans*, *Les parents pauvres*, a Daudet, Zola, Dostojewski e Ibsen”, C. Lombroso, *Le più recenti scoperte ed applicazioni della psichiatria ed antropologia criminale*, Bocca, Torino, 1893, p. 339.

mas, também, entre os historiadores do direito¹⁰. Se ainda é verdade que toda reconstrução histórica realiza seu objeto em relação às questões que se formulam em torno de suas características específicas, é opinião comum que, especialmente quanto ao tema da difusão de ideias do positivismo italiano (e europeu), pode-se revelar útil, e às vezes até mesmo necessário, considerar a América do Sul como território específico de pesquisas.

Retornando para o primeiro aspecto problemático, uma análise geral em torno do tema da tradução/circulação de ideias, conceitos e práticas jurídicas correria o risco de se

-
10. Massimo Meccarelli sustentou a utilidade de revitalizar o diálogo entre história do direito europeia e latino-americana num recente ensaio de conteúdo metodológico. Para o que interessa ao nosso discurso, o estudioso de Macerata conduziu a sua análise considerando como unitários seja a disciplina histórico-jurídica latino-americana, seja o rol de temas e problemas comuns que terminaram por se tornar um campo disciplinar peculiar do subcontinente latino-americano. Além do mais, pode-se dizer pela consideração do outro ator do diálogo, ou seja, a Europa e a “sua” história do direito: “La storia del diritto ha continuo bisogno di associare alla dimensione della ricerca una riflessione sul metodo. Nel vecchio continente il dialogo intra-disciplinare è infatti costantemente aperto; ora la dimensione internazionale e intercontinentale, sembra offrire margini per un confronto ancora più fecondo. Nel seguito vorrei considerare come gli sviluppi latino-americani possano interrogare uno storico del diritto europeo, cercando di precisare in che senso l’ordine di grandezza continentale può fungere da chiave di lettura unitaria di tale fenomeno storiografico e soffermandomi su alcuni aspetti e sensibilità in esso rinvenibili”, cfr. M. Meccarelli, *La storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico*, (24. August 2009), in “Forum Historiae Iuris”, On-line em: [<https://forhistiur.de/2009-08-meccarelli/>] (Nota dos tradutores: tradução em português *A História do Direito na América Latina e o ponto de vista europeu: perspectivas metodológicas de um diálogo historiográfico* (2015), in “Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia”, on-line em: [www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/34420]). Poder-se-ia discutir bastante em torno do uso da noção de “história do direito europeia” em sentido unitário. Sobre isso, o entrelaçamento de problemas e a bibliografia são tão amplos a ponto de desencorajar uma tentativa de avaliação global. Veja-se por todos o recente: T. Duve, *European Legal History – Global Perspectives. Working paper for the Colloquium ‘European Normativity – Global Historical Perspectives’* (Max-Planck-Institute for European Legal History, September, 2nd–4th, 2013) (August 5, 2013). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2013-06. On-line em: [<https://ssrn.com/abstract=2292666>]. Enfim, vale a pena relevar que, em geral, entre os historiadores do direito europeu a consideração do subcontinente latino-americano como objeto de estudo específico foi favorecida pela leitura da “conquista das Índias” como evento periodizante, dotado da capacidade de produzir uma verdadeira “fratura” e de projetar a história europeia para a modernidade (e de recompor uma identidade europeia em crise, no próprio século XVI, por via do falecimento da ideia imperial e daquela de *res publica christiana*).

tornar uma longa digressão¹¹, de modo que podemos nos limitar a constatar que a reflexão teórica dos historiadores do direito sul-americanos em torno dos instrumentos mais aptos a investigar o fenômeno da circulação das ideias e das normas entre Europa e América Latina só raramente foi feita pelas contribuições monográficas¹², enquanto foi muito mais desenvolvida como apêndice ou como premissa a investigações particulares.

Em todo caso, apareceram diversas observações metodológicas amplas e interessantes: primeiramente Máximo Sozzo¹³ publicou, quase vinte anos atrás, uma pesquisa na qual se analisava, em chave teórica, o problema da “importação cultural” da criminologia

11. Per limitarsi ai contributi di provenienza latino-americana, un punto di svolta in quest’ambito si è prodotto grazie a D. E. Lopez Medina, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis-Universidad de los Andes, Universidad Nacional, 2004.

12. Ezequiel Abásolo, professor de história de direito e de direito constitucional na Argentina, no âmbito de um seminário organizado no *Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho* em 2013 sobre a cultura jurídica latino-americana, organizou a publicação de um texto no qual se reflete sobre aspectos metodológicos mais úteis a empregar para o estudo da circulação das ideias na América do Sul, identificando três aspectos para ter em consideração: 1) a posição assumida pelas culturas jurídicas diante dos elementos exógenos, 2) a existência de vínculos não somente verticais (do centro para a periferia), mas também horizontais, que estabilizam influências recíprocas, 3) a diversidade dos modos de recepção de uma ideia ou norma jurídica em relação à posição assumida pelo contexto receptor, que pode se comportar de modo mais ou menos passivo, consciente ou resistente, e em relação ao campo disciplinar no qual se realiza a difusão. Cfr. E. Abásolo, *Aportes del comparatismo jurídico al estudio de la circulación de ideas y experiencias normativas en Europa y América durante la primera mitad del siglo XX*, in Id. (dir.), *La cultura jurídica latinoamericana y la circulación de ideas durante la primera mitad del siglo XX. Aproximaciones teóricas y análisis de experiencias*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2014, p. 21.

Airton Seelander investigou a difusão de ideias e conceitos jurídicos no Brasil sem utilizar a clássica representação que opunha um *tipo* de jurista conservador (e, portanto, resistente a qualquer inovação) a um *tipo* progressista (mais levado a acolher as novidades europeias), acrescentando que a maioria dos juristas brasileiros teriam escolhido aceitar, refutar ou simplesmente se interessar pelas novidades do velho continente caso a caso, de maneira oportunista. Seria este o traço comum a um jurista de um país onde o sistema universitário, que recrutava professores que empregavam o seu talento em atividades “práticas” como a advocacia, privou durante muito tempo as faculdades de direito de rigor científico e de interesse pela teoria. Cfr. A. Cerqueira Leite Seelaender, *Usos, recriações e estratégias. Notas sobre a relação dos jureconsultos brasileiros com o pensamento jurídico europeu*, in E. Abásolo, *La cultura jurídica latinoamericana...* cit., p. 23-44.

13. Máximo Sozzo é professor de Sociologia e Criminologia na *Universidad Nacional del Litoral de Santa Fé*.

na América Latina¹⁴. Ainda observando a criminologia como ciência política que se construí (e que se constrói) em torno a uma demanda social de política criminal e que desenvolvia (e desenvolve) tecnologias de intervenção social, assumindo, portanto, explicitamente, uma perspectiva teórica mais que histórica¹⁵, o autor declarava pretender aproximar a criminologia e traduções em um exercício de “história do presente” ou de “genealogia” nos termos definidos por Michel Foucault, ou seja, desenvolver a análise histórica partindo dos problemas atuais¹⁶.

Sozzo resenhava rapidamente os primeiros autores que tinham abordado o tema das traduções da criminologia europeia na América do Sul identificando em Roberto Bergalli, penalista e criminólogo argentino, e em Rosa del Olmo, criminologia venezuelana, os representantes de uma “primeira leitura”, definida superficialmente porque os autores, segundo as suas inspirações marxistas, tendiam a considerar a questão da “cultura” e da sua transmissão como superestrutural e, portanto, a ser tratada somente de um modo incidental. Efetivamente, os dois estudiosos citados tinham em comum uma leitura do fenômeno da importação criminológica na América do Sul que privilegiava aos aspectos “materiais”, ou seja, considerava como questões fundamentais o subdesenvolvimento econômico do subcontinente latino-americano e a sua dependência do capitalismo europeu para explicar a necessidade, para os Estados da América do Sul, de eles se dotarem de novos instrumentos para disciplinar a sociedade por meio de uma modernização bem pouco democrática. Os termos (*transplantes*, *transvases*, *transposiciones*) usados para denominar as relações culturais entre centro e periferia evidenciam, portanto, um percurso interpretativo que considerava as traduções em um “sentido único”, de uma cultura forte emissora para uma fraca, receptora, obliterando as reciprocidades e as

14. Cfr. M. Sozzo, “*Traduttore traditore*”. *Traducción, importación cultural e historia del presente de la criminología en América latina*, in “Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal”, v. 7, n. 13, 2002, p. 353-431.

15. Sozzo incluía entre seus “mestres”, que contribuíram para considerar a ciência criminológica como vinculada a oferecer respostas, também operacionais, aos problemas sociais relativos ao crime, Massimo Pavarini, penalista de Bolonha que está entre os maiores estudiosos a nível internacional da criminologia (junto com Dario Melossi), das instituições carcerárias e das representações sociais do desvio e autor do já “clássico” *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, publicado pela Mulino em 1977 [Nota dos tradutores: *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*, Rio de Janeiro, Revan, 2006].

16. Na reconstrução de Sozzo é possível isolar dois segmentos: no primeiro, o autor desenvolvia uma reflexão acerca do papel das traduções nos anos do desenvolvimento criminológico sul-americano, já no segundo, são analisadas as traduções que voltavam a ser debatidas no “presente criminológico” da América Latina, caracterizado pela dissolução de velhos paradigmas e da busca por novas orientações (eis os problemas do presente).

circulações, salvo as verificações sobre o novo sentido assumido pelo “texto” traduzido no “contexto” receptor.

Se é possível certamente concordar com Sozzo sobre a leitura de Bergalli, a tentativa de reconstrução de Del Olmo foi, a meu ver, mais complexa; a criminóloga partia da premissa de que era necessário propor uma história da criminologia na Argentina a começar de dois primados: no país rio-platense foi publicado o primeiro texto criminológico no mundo (*Criminologia* de Josè Ingenieros¹⁷) e a primeira revista especializada em espanhol (*Revista criminal* fundada em 1873 por Pedro Bourel, que durou somente um ano). O início tão precoce da criminologia na Argentina foi explicado ainda por intermédio da presença de uma minoria de homens abertos a uma modernidade expressada pelas novas ciências europeias, mas, sobretudo, graças ao fato de que, entre 1890 e 1910, o país exerceu um papel fundamental para as potências europeias, sobretudo para a Grã-Bretanha, como território do qual importar matérias-primas destinadas ao desenvolvimento do capitalismo europeu, portanto, foi necessário atrair da Europa um enorme número de trabalhadores. A criminologia começou a funcionar como justificção para as primeiras explosões virulentas do conflito de classes, deslocando o debate público dos problemas sociais derivados das novas condições econômicas para a alteridade do novo proletariado urbano (composto na grande maioria por imigrantes do sul da Europa), tumultuoso e violento, porque viciado e corrompido por taras atávicas. Isto teria motivado o nascimento rápido de instituições criminológicas apoiadas pelo governo, como o célebre *Instituto de Criminologia* anexo à *Penitenciaria Nacional* de Buenos Aires.

Tais análises, para Sozzo, pareciam se manter no sulco da metáfora da tradução/translação. O resultado, com o qual não se poderia concordar, do emprego de tal categoria seria o juízo de Rosa Del Olmo sobre o tipo de recepção que a criminologia teve na Argentina, caracterizada, segundo a autora, pela atitude de subordinação e de mimetismo por parte dos médicos e dos juristas argentinos a respeito dos conceitos importados dos países europeus¹⁸. Apesar disso, não obstante, Del Olmo aprofundaria, em seguida, os seus estudos sobre um dos maiores e mais célebres expoentes da criminologia argentina, Josè Ingenieros, sublinhando as profundas e radicais divergências com Lombroso – expressadas, aliás, vis à vis ao fundador da antropologia criminal no V Congresso internacional de psicologia (realizado em Roma em 1905) –, que poderiam se resumir na crítica ao programa da criminologia italiana, na subordinação da

17. Cfr. J. Ingenieros, *Criminologia*, Buenos Aires, Buena Vista, 1913.

18. De fato, Sozzo se dava conta da abertura de “una brecha que complejiza la lectura, aun cuando no compromete –en la argumentación de Del Olmo– la premisa de fondo en torno a la relación entre procesos económicos y procesos culturales en América Latina” quando Del Olmo sublinhava que a adoção de teorias estrangeiras seria artificial e deformada segundo as necessidades locais, cfr. Sozzo, “*Traduttore traditore*”... cit., p. 361-365 (p. 364).

morfologia à psicologia na etiologia criminal e na proposta de uma nova classificação dos criminosos em chave psicopatológica¹⁹.

Além disso, essa primeira hipótese de leitura, mesmo apresentando alguns dos limites indicados por Sozzo, mostrava a capacidade de superar uma história das ideias ou dos conceitos jurídicos de modo a aprofundar de que modo e em qual contexto o instrumental teórico importado foi utilizado, ou melhor, como *funcionou* a criminologia na América do Sul para o controle e para a repressão dos sujeitos a marginalizar. Ainda que atribuindo muito peso aos mecanismos do ciclo produtivo do capitalismo internacional e muito pouco à formação cultural das *élites*, aos seus modelos, às suas aspirações e, sobretudo, às suas capacidades de moldar a opinião pública e as instituições (basta pensar nos institutos de observação dos cárceres argentinos ou brasileiros, que davam a “sensação” de uma elevada modernidade do Estado), parece-me que essa interpretação estimulou as reflexões mais recentes, abertas às considerações do relacionamento entre mecanismos sociais e pensamento jurídico, como se verá melhor em seguida. Além disso, a estudiosa foi entre as primeiras a não negligenciar o papel da imigração europeia como um dos mais importantes fatores sociais e políticos que consolidaram a criminologia clínica²⁰.

Os estudos de Rosa Del Olmo, portanto, representam, em minha opinião, já uma “segunda fase” interpretativa, sobretudo se confrontados com um dos primeiros escritos sobre o tema, que apareceu na *Revista del Instituto de Historia del Derecho* de 1969²¹, organizada pelo prof. Federico Torres Lacroze, titular da cátedra de Filosofia de Direito na *Universidad de Belgrano*²². O contributo do estudioso nascia da preocupação de “reflexionar sobre este período de la historia argentina tan poco estudiado, que pese a sus fallas nos proporcionaron robustas personalidades organizadoras de nuestras

19. R. Del Olmo, *Criminología argentina. Apuntes para su reconstrucción Histórica*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 17.

20. Ibidem, p. 24-28. A estudiosa indicava o nexo entre o grande fluxo migratório proveniente da Europa e o nascimento de uma consciência de classe entre os operários. O nascimento de partidos socialistas e de fortes sindicatos de inspiração socialista e, sobretudo, anarquista representou uma grave preocupação para as elites de governo que responderam por meio de uma pesada repressão policial, algumas leis restritivas para o ingresso dos imigrantes mais politizados e uma forte criminalização de alguns “tipos” de imigrantes, identificados também com a ajuda da criminologia argentina. Sobre esse ponto se formou uma imponente bibliografia, permito-me remeter a F. Rotondo, *Itinerari alla periferia di Lombroso. Pietro Gori e la “Criminalogia moderna” in Argentina*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

21. F. A. Torres Lacroze, *Influencia del positivismo en la historia del derecho*, in “Revista del Instituto de Historia del Derecho”, Buenos Aires, n. 11, 1969, p. 175-185.

22. O jurista foi posteriormente diretor do *Instituto de Filosofia del Derecho* da *Universidad de Buenos Aires*, onde também lecionou *Introducción al Derecho*.

instituciones”²³. A lacuna na investigação histórica argentina aparecia de forma ampla, considerando a grande influência do positivismo no desenvolvimento institucional e no direito penal argentino e em poucas páginas emergia a vontade do autor de começar a colmatá-la, realizando um estudo sobre a formação dos novos conceitos jurídicos e político-institucionais, com a convicção de que somente um olhar ao “pensamento filosófico” dos juristas conseguiria fazer compreender a *esencia de lo jurídico* para o historiador. Por meio dessa linha analítica, depois de um sintético panorama sobre os expoentes da classe política e jurídica atraídos pela criminologia, o autor julgava o positivismo penal argentino como mimético e acrítico, e explicava o seu provisório sucesso com a ânsia de progresso, com a recusa de tudo aquilo que lembrasse a cultura espanhola e com o seu caráter funcional de superação de um passado colonial a anular da memória dos novos estados independentes.

2. Os poucos exemplos de reflexão metodológica mencionados se referem, não por acaso, todos à Argentina. O território rio-platense foi, de fato, no contexto sul-americano, aquele onde a circulação da criminologia europeia se fez mais intensa, célere e capilar; também por este motivo a historiografia argentina sobre o tema resulta a mais rica e complexa. É possível começar pela Argentina com o levantamento das mais relevantes tendências historiográficas sul-americanas sobre o tema que aqui nos interessa recordando, preliminarmente, que tal tentativa não tem a pretensão de fornecer uma bibliografia comentada completa, que ordena as contribuições oferecidas sobre os mesmos problemas segundo uma rígida escansão geográfica e cronológica. Se se pretende fazer frutificar o debate aberto em torno do método de pesquisa, deve-se, de fato, privilegiar um percurso que se mova segundo coordenadas transnacionais e transtemporais, refutando as “genealogias textuais” e procurando identificar desenvolvimentos temáticos e aberturas de novos horizontes da pesquisa histórico-jurídica.

Por essas razões, um bom ponto de partida é o ensaio, particularmente significativo, que Lila Caimari escreveu para a coletânea *Cesare Lombroso cento anni dopo*²⁴. Produzido, como frequentemente ocorre, por ocasião de um momento comemorativo, o artigo apresenta pelo menos dois níveis de interesse: por um lado, aparece em certa continuidade com uma importante tradição de estudos que a estudiosa reunia a partir das indicações que a historiografia argentina vinha fornecendo desde o início dos anos oitenta, para uma virada analítica que, como vimos, identificou na imigração e no desenvolvimento do movimento operário as principais condições sócio-políticas que favoreceram o desenvolvimento precoce do pensamento de Lombroso na Argentina, em particular em sua vertente clínico-médica; por outro lado, dirige um olhar sintético sobre a América Latina em geral e, portanto, pode permitir a operação aqui proposta, ou seja, tentar integrar os conteúdos de forma mais analítica, buscando aprofundar, do ponto de vista historiográfico,

23. F. A. Torres Lacroze, *Influencia del positivismo en la historia del derecho...* cit., p. 185.

24. Veja-se *supra* p. 1.

algumas contribuições que a autora havia deixado de lado devido ao teor sumário da tarefa exigida naquele âmbito.

Caimari partia das considerações positivas sobre a “fecunda recepção da sua obra na América do Sul”²⁵, sobre a qual o próprio Lombroso escreveu no prólogo à tradução italiana de *Los hombres de Presa* (1888), do advogado argentino Luis María Drago, para recordar uma opinião que parecia muito sólida entre os positivistas italianos no final do século XIX, e que lisonjeava aqueles da América do Sul, ou seja, a de um “contraste entre uma América generosa e uma Europa ingrata” em relação ao professor de Turim²⁶.

Depois de recordar os “primazes criminológicos” argentinos, a estudiosa propunha a leitura da difusão do positivismo penal de marca italiana na América do Sul fora do esquema rígido de centro difusor/receptor periférico, e mais como um conjunto de processos de apropriação e adaptação “das linguagens da modernidade às diferentes realidades locais”, ou seja, [ia no sentido de] privilegiar decisivamente uma história social, que teria favorecido, no campo específico da história do direito, a atenção às “culturas jurídicas” em vez de uma história dogmática ou conceitual e insistia [a autora] que, embora o conceito de “tradução” parecesse adequado à descrição da transferência ultramarina de ideias europeias, era necessário entender tal termo num sentido mais amplo, que se referia à apropriação, adaptação e até mesmo à crítica do instrumental teórico disponibilizado pelos italianos. Se na Argentina, portanto, os estudiosos aplicavam sua própria versão da criminologia, sobretudo de forma racista com relação aos grupos de imigrantes mais perigosos politicamente, “em outros países, a óptica lombrosiana deu forma a noções de raça que eram muito mais restritas: aquelas que diziam respeito às populações indígenas, mestiças, negras e mulatas”²⁷.

Já foi feita referência à amplitude da reflexão historiográfica argentina em cujo sulco foi enxertado o pequeno ensaio de Caimari, mas talvez seja necessário recordar mais alguns momentos significativos: entre as primeiras contribuições, que apareceram pouco depois daquela de Torres Lacroze, está a intervenção de Abelardo Levaggi, o qual, já em 1978, em sua *Historia del derecho penal argentino*, dedicou o capítulo conclusivo à entrada do positivismo, observando, sem aprofundamento, que ele influenciou a legislação penal do país desde 1891 até o código penal de 1922, e assinalando [o autor], pela primeira vez,

25. L. Caimari, *L'America Latina*, in Montaldo, Tappero (org.), *Cesare Lombroso...* cit., p. 193-201 (p. 193).

26. Sobre o ponto e em geral sobre “testemunhos italianos” acerca do positivismo penal na América do Sul, veja-se Rotondo, *Itinerari alla periferia...* cit., p. 21-28 e o mais recente Id, *Reading a Travel Journal. The Melancholia of Gina Lombroso in Latin America*, in V. Amorosi, V. M. Minale, *History of Law and other Humanities*, Madrid, Editorial Dykinson, p. 419-430.

27. Caimari, *L'America...* cit., p. 197.

uma certa originalidade dos penalistas positivistas argentinos²⁸. O célebre historiador do direito voltou mais tarde aos mesmos argumentos, limitando-se sempre a observar o pensamento de indivíduos positivistas, de forma seletiva²⁹ ou mais orgânica, para oferecer uma espécie de coleção de “medalhões biográficos” dos juristas mais ligados à corrente positivista cujo antidogmatismo, sempre numa perspectiva de “história de ideias”, teria os aproximado mais da Escola Crítica Italiana do que da corrente lombrosiana³⁰.

Um texto que pode ser considerado um “ponto de virada” em relação às primeiras hipóteses reconstrutivas que acabamos de mencionar foi editado pelo filósofo e historiador argentino Hugo Biagini que, embora sempre do ponto de vista da história dos conceitos, abordou pela primeira vez de forma interdisciplinar o tema da difusão do positivismo, não só como filosofia ou metodologia, mas sobretudo como *modus operandi*, dotado de originalidade e peculiaridades, que caracterizou grande parte da cultura rio-platense. A filosofia positivista começava a ser avaliada como fundamental na Argentina, não só na edificação de novos perímetros disciplinares (que diziam respeito ao direito, medicina, psicologia e psiquiatria), mas para a própria definição de uma identidade nacional em construção, orientando as linhas mestras de um discurso que dizia respeito ao futuro da nação em torno das questões de raça e imigração³¹. No texto se ressaltou a contribuição de Hugo Vezzetti, professor de psicologia, que introduziu alguns temas-chave que seriam abordados por muitos estudiosos, incluindo a aquisição de um poder público por parte de psicólogos que, no final do século XIX, encontraram as habilidades teóricas e a disponibilidade (por exemplo, a construção dos primeiros manicômios) para identificar os problemas da sociedade e ditar uma agenda para sua reforma moral.³² O próprio

28. “Pero el positivismo argentino, surgido contemporáneamente al italiano, en vez de ser una mera copia, tuvo rasgos de verdadera originalidad”, A. Levaggi, *Historia del derecho penal argentino*, Buenos Aires, Perrot, 1978, p. 209.

29. Levaggi foi um dos primeiros a investigar a viagem de Enrico Ferri à Argentina em 1909 para um ciclo de conferências: cf. A. Levaggi, *Impacto que produjo en la ciencia penal argentina la presencia de Enrico Ferri*, in AA.VV., *El derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 757-765.

30. “Los llamados positivistas en el terreno de la ciencia penal argentina sólo lo fueron, en realidad, parcialmente, y es más cabal relacionarlos con la Escuela Crítica, que compartió las objeciones acumuladas contra la Escuela Positiva. Sólo una minoría, de la que fue figura representativa Ingenieros, estuvo plenamente identificada con ésta y escapó del eclecticismo dominante”, cf. A. Levaggi, *Esbozo de las ideas penales argentinas en la década del 1890*, in “Revista de Historia del Derecho R. Levene”, n. 30, Buenos Aires., 1995. p. 233-242 (p. 242).

31. H. Biagini (comp.), *El movimiento positivista argentino*, Buenos Aires, Editorial del Belgrano, 1985.

32. H. Vezzetti, *El discurso psiquiátrico*, in H. Biagini (comp.), *El movimiento positivista argentino*, Buenos Aires, Editorial del Belgrano, 1985. p. 362-373.

Vezzetti foi, na época, autor de uma monografia em que abordou mais profundamente o tema da “medicalização social” a partir do tema foucaultiano da construção da loucura como objeto de práticas discursivas, sociais e institucionais orientadas para a regeneração moral, para um projeto disciplinar, e inscritas em um paradigma organicista e higienista³³. Dentro do mesmo tema, mas com especial ênfase na relação entre conhecimento médico e poder social, surge em 1995 o importante trabalho de Jorge Salessi que refletia sobre o papel que

“los higienistas, criminólogos y sociólogos, en Argentina, al mismo tiempo que se enfrentaron al problema de la extracción de datos de los cuerpos [...] modernizaron el Estado y el electorado argentino contabilizando, identificando, observando y separando los cuerpos de los vivos y muertos [...] Los documentos sugieren que en pocos países del mundo, por la combinación de circunstancias socio-históricas, la disciplina y el discurso de la higiene, la medicina legal y la criminología de fines del siglo veinte fueron tan centrales en la organización y consolidación del Estado como en Argentina”³⁴.

Foi precisamente por volta dos anos 1990 que houve uma intensificação dos estudos sobre positivismo penal, sobre suas origens e sua capacidade de dirigir o debate público argentino entre os séculos XIX e XX.

Eugenia Scarzanella, historiadora dos países latino-americanos e uma das fundadoras do Centro de Estudos sobre América Latina da Universidade de Bolonha, foi uma das primeiras, da Itália, a observar como na Argentina se produziu uma *aplicação* até paradoxal das teorias lombrosianas. Se, com efeito, as teorias biológicas ligadas ao atavismo serviram em primeiro lugar para justificar as campanhas militares contra os índios e os gaúchos, oferecendo explicações científicas adequadas à exclusão social de qualquer grupo antimoderno, tal versão racista da criminologia veio a questionar uma das pedras angulares do projeto de modernização social e institucional promovido pelos pais fundadores do país, a introdução da força de trabalho europeia, resultado de uma política ultrafavorável à imigração, que não teve igual no mundo. Mediante a “descoberta” de uma ligação entre o aumento da imigração e o incremento da criminalidade, o positivismo criminológico argentino se serviu de instrumentos importados da ciência nascida na Itália para fundar uma distinção entre a boa imigração e a má, essa última representada precisamente pelo ingresso no país de espanhóis e, sobretudo, de italianos³⁵.

33. Cf. H. Vezzetti, *La locura en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1985; Id.

34. J. Salessi, *Médicos maleantes y maricas. Higiene, criminología y homosexualidad en la construcción de la nación Argentina. (Buenos Aires: 1871-1914)*, Biblioteca Estudios Culturales, Rosario, Beatriz Viterbo Editora, 1995, p. 163.

35. Cf. E. Scarzanella, *Italiani malagente. Immigrazione, criminalità e razzismo in Argentina, 1890-1940*, Milano, Angeli, 1999. A bibliografia que se formou em torno do enorme fluxo migratório que corria da Europa para o outro lado do Atlântico é vasta, algumas

A criminalização da imigração do sul da Europa, devida, na realidade, mais ao seu perigoso aporte ideológico de caráter socialista e anárquico quanto à questão social do que ao aumento da criminalidade comum, prosseguiu não apenas por meio de investigações científicas e estatísticas, e tampouco se concluiu exclusivamente por intermédio do encaminhamento de medidas seletivas, mas gerou o nascimento de um sentimento popular *antigringo*. Uma abundante linha de pesquisa, com efeito, também se concentrou sobre a difusão do discurso racial anti-imigrante no mundo da literatura argentina, imbuída de noções antropológicas e biológicas e capaz de divulgá-las ao público em geral.³⁶ Sempre sobre o tema do uso da criminologia positivista na criminalização de certo tipo de imigrante, que frequentemente tendia a se separar da esfera jurídica para entrar no nebuloso campo da anormalidade, a jurista Giuditta Creazzo, então envolvida no campo da luta contra a violência de gênero, publicou um texto em que buscava os canais de difusão do positivismo na Argentina, e valorava o seu escasso impacto sobre a codificação penal.³⁷ A análise da estudiosa prosseguia por intermédio de uma reflexão sobre a reforma carcerária e manicomial como sinal tangível da hegemonia da criminologia no controle de

reflexões ulteriores eu gostaria de remeter a F. Rotondo, *Italiani d'Argentina. Dall'accoglienza alla "difesa sociale"* (1853-1910), in "Historia et ius", n. 12, 2018, paper 13, online em: [www.historiaetius.eu/uploads/5/9/4/8/5948821/rotondo_12.pdf], e também a R. Salvatore, *Immigration, Society, and Culture in Modern Argentina* (Review essays), in "Latin American Research Review", v. 37, n. 1, 2002, p. 199-214. Para uma visão geral da historiografia sobre migração italiana e algumas propostas, veja-se também F. Devoto, *Italian Emigrants and Argentine Society. Problems of Models and Sources*, in "Journal of European Economic History (JEEH)", n. 20 (3), 1991, p. 629-643.

36. R. Rodríguez Mola, *Gacho, Inmigrante y Aristocracia argentina de la Segunda Midad del Siglo XIX (Análisis Documental de Testimonios Contemporáneos)*, in "Revista de Historia de América", n. 57/58 (Jan.-Dec. 1864), p. 121-136; G. S. Onega, *La inmigración en la literatura argentina, 1880-1910*, Editorial Galerna, 1969; E. Gargurevich, *La Reacción anti-inmigrante en la literatura argentina de los ochenta*, in "Revista de Crítica Literaria Latinoamericana", a. 20, n. 39 (1994), p. 91-107; L. G. Rusich, *El inmigrante italiano en la novela argentina del 80*, in "Chasqui: revista de literatura latinoamericana", v. 12, n. 2/3 (Feb.-May, 1983), p. 42-49; V. Blengino, *Oltre l'Oceano*, Roma, Edizioni Associate, 1990; Id., *La Babele nella pampa*. Reggio Emilia, Diabasis, 2005; C. S. McGill, *El Juan Moreira De Eduardo Gutierrez: Entre El Discurso Hegemonico Y Lo Performativo, Y la Construcción del Imaginario Popular Argentino*, in "MACLAS Latin American Essays", v. 16, Mar. 2002, p. 166-186; S. Regazzoni, *Riflessioni sulla presenza italiana nella letteratura argentina*, in "Oltreoceano", v. 1, *Percorsi letterari e linguistici* a cura di Silvana Serafin, 2007, p. 103-116; M. T. Sanhueza, *Immigrants in Argentina: Some Representations on Stage*, in "Italian Americana", v. 21, n. 1, 2003, p. 5-21; Id., "(No) Hacerse la América: la realidad de los inmigrantes en algunas obras de los inmigrantes italianos en el teatro de Armando Discépolo", in "Revista de Humanidades", n. 22, Diciembre 2010, p. 117-139.
37. G. Creazzo, *El positivismo criminológico italiano en la Argentina*, Buenos Aires, EDIAR, 2007.

instituições disciplinares e se concluía com uma categorização das diversas tendências criminológicas argentinas. Tais direcionamentos explicam, para a autora, a relação desequilibrada entre hegemonia científica e acadêmica adquirida pelo pensamento positivista e a sua escassa influência normativa.³⁸ A mesma questão foi debatida e abordada por muitos autores que ofereceram explicações diferentes, como por exemplo as dificuldades da reforma penal por conta da particular arquitetura federal das instituições penais³⁹, ou ainda a presença de uma ordem política conservadora, que filtrou apenas as reformas penais em sentido mais repressivo⁴⁰.

-
38. 1. Os “positivistas em sentido estrito” aderiram ao materialismo biológico, evolucionista e determinista, perdendo referências diretas à realidade social e, por intermédio da explicação de toda transgressão com uma anomalia psicopatológica, ganharam poder no contexto clínico influenciando o trabalho da polícia e a articulação de algumas instalações de detenção, 2. Os “positivistas sui generis” excluía a anormalidade do criminoso e se voltavam a uma etiologia criminosa de tipo social ou econômico 3. Os “falsos positivistas”, sobretudo os juristas, estavam mais orientados para o pragmatismo do que para a construção de sistemas gerais e não queriam, no limite, adaptar a legislação penal aos postulados lombrosianos. Cf. Creazzo, *El positivismo criminológico...* cit., p. 247-254.
39. Thomas Duve (*¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de P.J.A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921*, in “Revista de Historia del Derecho”, n. 27, p. 125-152) forneceu uma explicação que considerava a frágil estrutura institucional federal do país como um obstáculo à aplicação prática de ideias positivistas, que em vez disso inspiravam setores menos expostos que o Judiciário, como a polícia ou os manicômios. Os tribunais provinciais de justiça, de fato, embora dispostos em alguns casos a orientar suas decisões em um sentido positivista, viram-nas muitas vezes revogadas pela *Cámara de Apelación*. Essa intuição, ligada à análise de uma seleção de sentenças do tribunal superior, é agora confirmada pelo estudo de Dalla Corte, realizado sobre as sentenças dos tribunais de Rosário, na Província de Santa Fé. A autora assinala que, mesmo na presença da “de la incorporación del vocabulario y de la teoría positivista, la mayoría de los fallos se mantienen al margen de los paradigmas peligrosistas que tentaron al mundo jurídico argentino hacia principios del siglo XX. La actividad judicial siguió otras corrientes, no las positivas. Aún cuando Lombroso es mencionado, lo es en términos científicos como forma de avalar las argumentaciones, pero no a la hora de definir las sanciones”, G. Dalla Corte, *Discusión sobre la influencia de la corriente criminológica positivista en el discurso penal argentino*, in “Gimbernat: revista catalana d’història de la medicina i de la ciència”, v. 26, 1996, p. 157-169 (p. 166-7).
40. J. A. Núñez, *Algunos comentarios acerca del desarrollo y límites del positivismo criminológico en la Argentina 1903-1927*, in “Horizontes y convergencias. Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho, Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho. Publicación de investigaciones científicas de actualización continua”, 2009, on-line em: [<http://horizontesyc.com.ar/archivos/1255877371/>]

3. Retornando ainda às poucas páginas de Lila Caimari, o caso do Peru e da Bolívia, em que a componente indígena e mestiça era numericamente majoritária, foi apresentado se assinalando a disseminação da antropologia criminal, sobretudo no campo das investigações craniométricas, que revelavam, segundo alguns médicos de penitenciárias locais, a presença de traços atávicos, típicos das raças inferiores, precisamente naqueles sujeitos, nativos e crioulos, que se pretendia excluir dos processos de reforma social e política. Não é secundário recordar que a autora fazia referência a um estudo, de 2005, do historiador peruano Carlos Aguirre⁴¹, o qual, contudo, em outro momento tinha indicado uma mudança de rumo na criminologia peruana que, dez anos após seu advento em 1880, abandonou a versão mais “dura” e racista do determinismo biológico para chegar a uma etiologia criminal que favorecia o aspecto moral e social.⁴² Esta mudança de posição foi interpretada por Aguirre como expressão da consciência, por parte das elites e cientistas locais, de que não seria possível um futuro para a nação peruana se fossem radicalmente excluídos da sociedade os seus componentes majoritários não brancos. Uma visão mais otimista sobre as características raciais de mestiços e indígenas (menos daquelas dos grupos de negros e chineses) teria produzido novas esperanças de introduzi-los na vida civil e política do país, transformando a luta contra o crime em um projeto autoritário de reforma moral voltado para a assimilação de valores europeus, mas não derrubando totalmente o discurso racial que reapareceria periodicamente nos escritos de cientistas de renome como Víctor M. Villavicencio e Ladislao Graña. Finalmente, Aguirre apontava as ambiguidades do Código Penal Peruano de 1924, que, imbuído de positivismo em suas disposições de indeterminação de certas penas, na consideração da “periculosidade”

ALGUNOS_COMENTARIOS_ACERCA_DEL_DESARROLLO_Y_LIMITES_DEL_POSITIVISMO_CRIMINOLOGICO_EN_LA_ARGENTINA_POR_JORGE_A_NU%D1EZ%20.pdf]. Carla Amans insistiu na concepção positivista de três artigos do Código penal de 1921, cf. C. Amans, *I giuristi italiani, il positivismo e la sua recezione nel diritto penale argentino*, in C. M. Doria, C. Cascione (a cura di), *Tra Italia e Argentina. Tradizione romanistica e culture dei giuristi*, Napoli, Satura Editrice, 2013, p. 137-174.

41. C. Aguirre, *The criminals of Lima and Their Worlds. The prison experience, 1850-1935*, Duhram, Duke University Press, 2005.

42. “Attempts to develop a Peruvian version of Lombrosian criminology did not prosper. From the very beginnings of the spread of the new science there were voices of skepticism coming from those that rejected the notions of inborn criminals and argued for a truly «social» approach to criminality. While most authors simply repeated or summarized what eclectic European – mainly French – criminologists had written against Lombroso and his disciples, a few of them actually ventured into (not always exemplar) research and produced valuable treatises on crime in various regions of Peru”, C. Aguirre, *Crime, race, and morals: the development of criminology in Peru 1890-1930*, in “Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies [On-line], v. 2, n. 2, 1998, p. 73-90 (p. 79).

individual e na adoção de tratamentos especiais para os inimputáveis⁴³, permitia que os tribunais levassem em conta qualquer circunstância atenuante nos processos por crimes cometidos pelos habitantes das regiões amazônica ou andina, com a intenção paternalista (na verdade, nunca plenamente realizada por falta de meios e organização burocrática) de curá-los, mesmo quando não tivessem cometido nenhum crime.

Na análise do caso mexicano, retomando outro autor que muitas vezes raciocinara juntamente com Aguirre, e que compartilhou sua hipótese de favorecer uma história do efetivo funcionamento da criminologia no contexto político e social, Caimari ainda se concentrou sobre a originalidade da contribuição dos criminólogos no México, devido à escassa utilidade das observações sobre criminosos europeus, tão diferentes dos locais. Seguindo outras contribuições de Buffington⁴⁴, pode-se explorar ainda mais as oscilações da criminologia mexicana na turbulenta alternância de formas políticas mais ou menos democráticas, até sua “explosão” durante o regime semiditatorial de Porfirio Díaz (1876-1911), sem que, no entanto, a nova ciência tivesse um efeito imediato na reforma do Código Penal de 1912, que manteve substancialmente inalterado o sistema penal que remontava a 1871. O novo Código Penal de 1931, por outro lado, sofreu influências positivistas, sobretudo pela previsão de amplas liberdades deixadas aos juízes na determinação da pena; para tanto, foi criado um Conselho Supremo de Defesa Social e Prevenção para supervisionar todo o sistema penitenciário federal e de detenção, para monitorar “a individualização da punição” e para assegurar que o quadro de pessoal da justiça criminal apoiasse os princípios fundamentais da defesa social. No entanto, as dificuldades administrativas e os receios de interferência excessiva na atividade dos juízes esvaziaram o poder do novo órgão, transformando em uma “vitória de Pirro” os esforços dos positivistas, que tiveram de ceder também perante o seu dever de observar a Constituição liberal de 1824, o que impediu qualquer justificação legal para um programa de defesa social abrangente. Buffington interpretou o impacto maior da criminologia na formação de estereótipos sociais em comparação com as modestas reformas do sistema

43. “Criminologists applauded the incorporation of many of the principles of positivist criminology into the new penal code: the indeterminate sentence, the idea of penal irresponsibility for ‘dangerous non-imputable criminals’, the tailoring of the penalty to the degree of «dangerousness» of each individual, conditional freedom, and many others. The ‘defense of society’ – a concept developed in Europe and the United States, according to which society had the right to defend itself from dangerous individuals, and that became the ultimate rationale for severe punishment became the overall doctrinal framework of the new Penal Code”, C. Aguirre, *Crime, race, and morals: the development of criminology in Peru 1890-1930*, in “Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies [On-line], v. 2, n. 2, 1998, p. 84.

44. R. Buffington, *Looking forward, looking back: judicial discretion and state legitimation in modern Mexico*, Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies [On-line], v. 2, n. 2, 1998, p. 15-34; R. Buffington, *Criminal and Citizen in Modern Mexico*, Lincoln, University of Nebraska Press, 2000.

de justiça criminal mexicano [como relacionado] com a presença de um conservadorismo intrínseco à justiça criminal e com a resistência específica da classe dos magistrados, que poderia, combinando ecleticamente diferentes ideologias penais, exercer melhor “a presumably flexible and benevolent judicial paternalism – a ideological harbinger of, perhaps even a rehearsal for, an *estado papá* whose supremacy is only now under serious challenge”⁴⁵.

A tese mais interessante do autor, apresentada com cautela, e destacada também em uma monografia publicada em 2000, consistia no uso da categoria de continuidade, que ligaria a era pré-colonial tardia à era pós-colonial, para observar o desenvolvimento dos sistemas político, institucional e até penitenciário do Estado mexicano, caracterizados pela sólida persistência de uma aristocracia que governava o Estado de forma paternalista.⁴⁶ O impacto da criminologia como tecnologia do conhecimento científico sobre os desviantes teria sido, então, menor do que se podia imaginar: a moderna ciência europeia, inserida no fim do oitocentos em um contexto muito semelhante ao século precedente, teria tido apenas o papel de combinar o antigo preconceito contra as *lower-classes* com o novo método experimental de observação. O resultado foi a homologação do preconceito classista e racial da aristocracia por meio da criminologia e o uso dela, neste caso de novas formas, para superar o problema da substancial assimilação dos princípios liberais introduzidos constitucionalmente e para discriminar de fato os sujeitos que, tanto no período colonial tardio como no México moderno, eram condenados à marginalização e ao estigma da periculosidade social e da imoralidade⁴⁷. A interpretação dessa proposta não é simples: parece convincente, de fato, a tentativa de ler o desenvolvimento da criminologia mexicana dentro do paradigma braudeliano da *Longue durée*, para

45. Ibidem, p. 32.

46. “Just as modernizing discourses like criminology re-articulated traditional concerns about class, race, and gender; penology also exhibited strong ties to Mexico’s past. In the tumultuous post-Independence decades, most liberal penologists – and penologists were by and large liberal – stuck resolutely to revolutionary principles of universal human rights and absolute equality under the law. But with the consolidation of liberal power in the late nineteenth-century, mainstream policy makers began to construct an elitist ‘scientific politics’ that represented –under the guise of Mexicanizing the ‘meta-physical’ Jacobin agenda of mid-century liberals– a return to colonial-style paternalism, albeit with a technocratic slant. And, despite significant changes in public policy after Mexico’s great social revolution (1910-1920), paternalism – this time under the auspices of the post-revolutionary *estado papá* – remained the preferred mode for social and legal reform efforts”, ibidem, p. 16.

47. Vejam-se duas resenhas que enfatizaram o aspecto da continuidade na leitura de Buffington: S. Arrom, *Bibliographic Essay on Criminal and Citizen in Modern Mexico*. By Robert M. Buffington. Lincoln, University of Nebraska Press, 2000. Pp. vii, 239, in “The Americas”, v. 58, n. 1, 162-163, 2001; L. Caimari, *Criminal and Citizen in Modern Mexico* (review), in “Hispanic American Historical Review”, v. 81, n. 2, 2001, p. 393-394.

identificar núcleos resistentes na concepção e nos modos de conservação do poder por parte da aristocracia mexicana, todavia, é preciso evidenciar os riscos dessa explicação. Penso que a tese de Buffington deve ser lida como um convite a considerar os modos e as formas em que as instâncias de modernização social coexistiram com as antigas formas do domínio de classe por meio da ciência. Por outro lado, corre-se o perigo de voltar a oferecer uma perspectiva desequilibrada entre elementos estruturais e superestruturais, subestimando o papel do saber na modificação das relações estabelecidas por seculares desigualdades econômicas entre dominantes e dominados. Dito de outra forma, é difícil sustentar que a nova articulação das tradicionais preocupações relativas a classe, raça e gênero, oferecidas cientificamente pela criminologia mexicana entre o fim do oitocentos e o início do novecentos, com o fim de legitimar sobre novas bases o controle político na era da agora alcançada modernidade, teria deixado completamente inalterado o núcleo das relações de poder no Estado mexicano. Os mesmos critérios de exclusão das classes inferiores da participação social precisaram ser revistos também à luz dos novos parâmetros científicos quando, a partir do advento da constituição liberal, o problema deveria se desenvolver dentro do novo conceito liberal de cidadania.

4. Uma leitura continuísta similar pode ser identificada nos estudos de Marco Antonio León León, historiador chileno e observador do controle social dos estudos sobre a criminalidade no seu país. Partindo da premissa de que, na passagem do período colonial ao da independência, as enormes diferenças sociais permaneceram imutáveis, o autor analisou o processo de modernização chilena por meio do cruzamento da história jurídico-institucional com a história social do país, empregando entre as fontes úteis para a sua pesquisa uma série de documentos de proveniência diversa: de textos de doutrina penal à imprensa cotidiana. Antes do advento, em torno da última década do século XIX, da criminologia, também a aristocracia chilena conseguiu fundar um estado republicano em que a divisão dos poderes e a soberania popular não comportaram inclusão política universal e democratização social. A realização do projeto de um Estado oligárquico passou também pela produção discursiva (em particular na imprensa) orientada para a criminalização de setores populares, condenados pelo analfabetismo e representados somente como um problema de ordem pública. Tal representação, originada na época colonial, sofreu censuras: “según el grupo específico que se intente controlar se van definiendo de mejor forma medidas represivas y moralizadoras, con el fin de disciplinar la mano de obra y aumentar su eficiencia”⁴⁸. Com o advento do pensamento criminológico, de fato, a percepção dos criminosos mudou irremediavelmente, sobretudo a partir da introdução, em 1897, em alguns estabelecimentos carcerários, do sistema de identificação do *bertillonage*. Por meio da divulgação de muitas “Galerías de delincuentes chilenos”, difundiu-se entre médicos, juristas e leigos a impressão de poder observar

48. M. A. León León, *Las ideas sobre la ley y el pueblo en la construcción y consolidación de la República chilena (1810-1860)*, in “Historia Crítica”, n. 36, Bogotá, julio-diciembre 2008, p. 82-101 (p. 96).

a própria essência da anormalidade por meio de traços somáticos particulares que estigmatizavam a criminalidade nos rostos retratados. A importância dessas classificações foi tamanha que, quando a identificação fotográfica foi primeiro integrada e depois superada pelo sistema datiloscópico do argentino Juan Vucetich (introduzido no Chile perto de 1903 pelo ex-secretário da prefeitura da polícia de Santiago Luis Manuel Rodríguez), a ideia de uma criminalidade reconhecível antes mesmo do cometimento de atos criminosos foi se tornando cada vez mais nebulosa, salvo posteriores aparições intermitentes⁴⁹. O juízo sobre a pouca originalidade do pensamento criminológico não parece representar um tema fundamental para o autor, porque ele sublinhou que entre médicos e juristas o lombrosianismo foi principalmente difundido de maneira *profana*, ou seja, em versões de divulgação por meio de jornais, revistas de variedades ou escritos de publicistas que exageravam a importância da versão antropológica ligada à expressividade criminal dos retratos dos criminosos, oferecidos abundantemente ao grande público. A despeito disso, a criminologia chilena teve também uma “versão oficial”, que estimulou a atividade da *Oficina Central de Estadística* para a produção de estatísticas criminais (realizadas nem sempre de modo preciso), que gerou a criação de institutos para a observação dos delinquentes (como o *Instituto Nacional de Criminología*, anexo, desde 1919, à *Penitenciaría* de Santiago), e implementou campanhas públicas moralistas, como uma feroz luta contra o alcoolismo, cuja transmissão se supunha hereditária⁵⁰.

Para concluir sobre o “caso chileno”, é interessante a leitura de um artigo de Jean Pierre Matus Acuña, professor de direito penal, mais orientado a uma análise dogmática da criminologia chilena (e, portanto, atento ao aspecto que León considerava “erudito” ou “oficial”) e que pretendia demonstrar, contra a opinião da maioria dos seus colegas, a rápida assimilação de conceitos positivistas e a persistência de formas e institutos derivados da antropologia criminal na parte substancial e processual do atual direito penal chileno⁵¹. Na metade do século XX, o positivismo chileno declinava oficialmente em virtude da falta de ulteriores pesquisas dos seus seguidores, todavia, o autor, tomando em consideração algumas disposições do Código de Processo Penal atualmente em vigor

49. Cfr. M. A. León León, *Definiendo una antropología para el criminal en el Chile finisecular (siglos XIX-XX)*, in “Alpha: revista de artes, letras y filosofía”, n. 40, 2015, p. 53-70.

50. M. A. León León, *Por una “necesidad de preservación social”: Cesare Lombroso y la construcción de un “homo criminalis” en Chile (1880-1920)*, in “Cuadernos de Historia” [online], n. 40, 2014, p. 31-59.

51. O autor identificava as primeiras aberturas ao pensamento criminológico nos cursos de direito administrativo (!) de finais do oitocentos do prof. Valentín Letelier, examinava a produção monográfica da ciência jurídica chilena para observar como mais de 60% dela se ligava à escola positiva de direito penal entre 1875 e 1920. Cfr. J. P. Matus Acuña, *El positivismo en el derecho penal chileno. Análisis sincrónico y diacrónico de una doctrina de principios del siglo XX que se mantiene vigente*, in “Revista de derecho”, v. XX, n. 1, julio 2007, p. 175-203.

(arts. 455 a 464)⁵², a *Ley de Responsabilidad Penal del Adolescente*⁵³ e o projeto de código penal de 2005⁵⁴, sugere a presença hodierna de um “positivismo contido, primero, por el límite que representa la determinación procesal de si un hecho que demuestra la peligrosidad del sujeto es o no constitutivo de delito; y en segundo lugar, por la cuantía de la pena determinada judicialmente”⁵⁵.

Lançando um rápido olhar na ilha de Cuba, Caimari jogou luzes sobre a figura do antropólogo Fernando Ortiz (1881-1969), aluno na Itália de Lombroso, fundador da revista “Azul y Rojo”, que adaptou à sociedade cubana a noção de atavismo escrevendo sobre a propensão dos negros ao crime. Não obstante as exortações do próprio Lombroso a completar os seus estudos sobre a feitiçaria de origem africana em Cuba, pode-se dizer que o seu maior legado foram estudos antropológicos e etnográficos sobre o folclore afro-cubano.

5. No que diz respeito ao Brasil, a autora argentina sustentava que o lombrosianismo teria dominado, sobretudo, o debate médico e social nos três primeiros decênios do século XX. A esse respeito, recordava a ilustre figura do médico e criminólogo Nina Rodrigues (1862-1906), que tratou longamente da questão racial, em evidência, principalmente, depois da abolição da escravidão em 1888. A “singular relação” do médico brasileiro com as ciências craniométricas o levou a afirmar, sobre uma base determinista, que os negros e mulatos seriam mais predispostos ao crime e, por isso, formulou também uma proposta de reforma legislativa para adequar a pena à raça dos transgressores. A historiografia brasileira mostrou capacidade de fazer análises aprofundadas também a respeito de aspectos jurídicos envolvidos na difusão da criminologia no maior país da América do Sul, e mostrou frequentemente uma atitude comparativa, talvez em função do contato direto de muitos dos seus expoentes com a ciência e com a academia italiana.

Um dos primeiros textos sobre o tema apareceu, de fato, em 2005, na própria Itália, publicado pela socióloga do direito Marcela Varejão⁵⁶. A longa e articulada monografia começa com considerações gerais sobre a difusão do positivismo na América do Sul. Depois de uma reflexão sobre as razões anticoloniais e antieclesiásticas da aproximação da

52. Trata-se de provisões que autorizam a adoção de medidas de segurança contra alienados mentais considerados perigosos.

53. A lei impõe sanções aos sujeitos que atingiram os 14 anos de idade por “por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social (art. 20 ley no 20.084)”, *ibidem*, p. 191.

54. No projeto, deixa-se aos juízes ampla discricionariedade para determinação da periculosidade individual sem conectá-la ao fato objeto do delito.

55. *Ibidem*, p. 198.

56. M. Varejão, *Il positivismo dall'Italia al Brasile. Sociologia del diritto, giuristi e legislazione (1822-1935)*, Milano, Giuffrè, 2005. A estudiosa fez o doutorado na *Università Statale di Milano* e lecionou em universidades brasileiras, italianas e espanholas.

cultura sul-americana ao romantismo⁵⁷, a autora se debruça sobre os maiores protagonistas do pensamento positivista, que “explode” por volta de 1870, citando, sobretudo, políticos e juristas argentinos, confirmando o fato de que a “primazia” do país rio-platense é amplamente consensual na historiografia que analisamos.

O papel pedagógico associado à previsão de um constante progresso da humanidade, a capacidade de adaptação a regimes políticos pouco democráticos, o reconhecimento do determinismo como chave para fundar uma hierarquia racial teriam sido, para Varella, as características mais relevantes da versão sul-americana do positivismo penal. No nível social, ademais, outros aspectos comuns podem ser observados e até divididos cronologicamente em três diferentes “gerações de pensamento”. A relação hierárquica entre *élites* e estratos (em alguns casos, correspondentes a raças) inferiores e a ânsia de modernização que passou por uma nova normatização dos sujeitos teria se desenvolvido em três fases: entre os anos 1830-50 teria prevalecido uma ótica de transformação social (essencialmente otimista e escassamente autônoma) influenciada pelo romantismo europeu, depois, durante o período de 1880-1890, teria se recomposto por meio dos primeiros e verdadeiros “discípulos” da cultura positivista europeia, frequentemente retornados do exílio com posições mais bem absorvidas que teriam inserido na vida econômica, social, política e cultural em apoio das oligarquias (com algumas exceções liberais), e, por fim, nos primeiros vinte anos do século XX, teriam se estabilizado por meio de uma visão de positivismo agora madura, ligada às específicas condições nacionais, completada na sua versão socialista, marxista e anárquica.

As peculiaridades do positivismo brasileiro, inserido em uma rigorosa ordem política monárquica e aplicada à singular realidade do país, foram depois observadas por análises profundas e documentadas, capazes de “descobrir” figuras de outra forma pouco notadas, como a de Nisia Floresta, pioneira do positivismo e do feminismo. A atenção à escola de Recife, politicamente progressista e nascida no interior da faculdade de direito do estado de Pernambuco com a finalidade de contestar as doutrinas de origem portuguesa e francesa, é apresentada, ainda que conforme divisões cronológicas muito rígidas, por meio da análise dos seus protagonistas principais como Tobias Barreto e Silvio Romero. Na sequência da exposição dos traços mais evidentes do positivismo penal (produção doutrinária, institutos de identificação e de observação nascidos junto

57. A cultura romântica dos primeiros anos do século XIX deixou espaço para o positivismo que, no entanto, não se difundiu apenas em sua versão penalística, nas coordenadas das teorias comtianas e spencerianas, mas também na sua versão krausista, que sugeria uma conexão entre ciência jurídica, moral e religião. O discurso da autora, que talvez confiava muito em uma reconstrução da difusão de correntes filosóficas que teriam chegado sem mudança ao outro lado do Atlântico, deslocava-se, depois, para o plano da história política e social quando observava o apoio que o grupo de ex-colonos espanhóis reservaram à difusão do positivismo krausista para opô-lo, acentuando o fator católico, às influências laicas e liberais.

às penitenciárias), a autora se debruçou sobre a figura maior do positivismo brasileiro, aquele Raimundo Nina Rodrigues cuja obra transbordou da ciência médica para contribuir à definição da identidade das classes dirigentes brasileiras, e também para fazer emergir a questão racial por meio da análise do sincretismo e das formas míticas presentes na memória coletiva brasileira.

A questão nacional, ligada à identidade dos grupos sociais e à cidadania, cruzava-se com a questão racial, e Nina a enfrentou aplicando as teorias do positivismo italiano, mais precisamente operando uma síntese entre as ideias de Raffaele Garofalo (o sentido moral surge em certa fase biológica-evolutiva e vai se aperfeiçoando nos povos que atingem certo grau de desenvolvimento) e as de Gabriel Tarde (a homogeneidade do senso moral de um povo deriva das leis de imitação). A proposta de reforma consistia, diante de uma contraposição entre direito abstratamente igual e uma sociedade dividida em raças, em separar dois tipos de responsabilidade penal, verificáveis por meio de perícias psicoantropológicas e étnicas. A primeira teria sido de natureza anômala, conectada à influência negativa da mestiçagem, já a segunda seria natural, derivada da desigualdade biopsicológica das raças. O sucesso e a difusão das ideias de Nina no país se deveram ao desequilíbrio das relações de classe, mas também a uma propensão psicológico-social que advertia o início de um processo de reivindicação de direitos, não mais em nome da igualdade, mas em virtude da diversidade, acompanhada do problema da universalização dos direitos.

Por último, foi analisado o criminalista J. Vieira de Araújo (1844-1922) e o seu comentário ao *Código Criminal Brasileiro* “clássico” de 1830; os seus fracassos na reforma de sentido positivista da codificação penal foram explicados por meio dos limites do seu projeto, parcial e inorgânico, e a incapacidade de satisfazer ao menos uma das facções políticas dos progressistas e conservadores.

O texto escrito recentemente pelo historiador do direito brasileiro Ricardo Sontag, de 2015⁵⁸, concentrou-se exatamente na figura de Vieira e, por meio dela, conseguiu oferecer uma convincente visão panorâmica da versão brasileira da antropologia criminal. Não faltou uma reflexão que entrelaçasse as avaliações da escola italiana e dos colegas sobre a contribuição de Vieira em um jogo de relações entrecruzadas (da Itália ao Brasil e vice-versa). O autor recolheu opiniões, juízos e avaliações expressas em revistas, prefácios, críticas e homenagens públicas e privadas, seja da parte de expoentes italianos, seja de brasileiros, propondo, assim, uma análise mais dinâmica e articulada sobre a ideia, assaz envelhecida, de um Brasil “condenado” à recepção de ideias europeias.

O volume fornece claras indicações sobre o método utilizado, já que o autor assumiu explicitamente a perspectiva que o historiador do direito italiano Mario Sbriccoli

58. R. Sontag, “Código Criminológico?” *Ciência Jurídica e Codificação Penal no Brasil 1888-1899*, Rio de Janeiro, Revan, 2015.

ROTONDO, Francesco. Penalística Positivista Italiana e América Latina: tendências e interpretações historiográficas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 170. ano 28. p. 19-49. São Paulo: Ed. RT, agosto 2020.

conceitualizara há cerca de 30 anos no célebre artigo sobre a *penalistica civile*⁵⁹, para colocar em uma relação dinâmica a contribuição da ciência jurídica, a codificação e a legislação vigente no Brasil entre 1888 e 1899. Aplicada ao percurso bibliográfico e científico de João Vieira, tal escolha possibilitou a identificação do discurso vieiriano como parte de uma tradição que compreendia a contribuição da ciência jurídica como “controle racional do direito vigente”, e não como simples aplicação dele. A diferença entre um positivismo penal brasileiro “neutro” e um italiano reformista (além das diversidades de aprofundamento científico) foi explicada pela mais recente presença no Brasil de um código unitário, promulgado poucos anos depois da independência, alcançada em 1822.

No que diz respeito ao “autêntico positivismo” de Vieira, Sontag reconstruiu um itinerário que aos poucos esvazia de sentido a pergunta de por que o jurista de Recife, mesmo manifestando “simpatia” por Lombroso, Ferri e Garofalo (e depois de 1888, aderindo convincentemente ao positivismo), mostrou no início da sua carreira igual interesse por Francesco Carrara, reconhecido como progenitor da escola italiana “clássica”. Não obstante essas oscilações, o ponto constante da atividade de Vieira foi aquela, que muito se discute e aprofunda no texto, de se levantar em defesa do Código Penal “clássico” de 1830. A “estranheza” é explicada pelo fato de que Vieira se formou por meio do estudo do código italiano de 1889 e, comparando os dois textos, encontrou maior abertura ao positivismo no direito penal substancial brasileiro que no italiano⁶⁰.

Outra diferença substancial entre a escola positivista italiana e brasileira foi a falta, para os penalistas brasileiros, de adversários “clássicos”. No Brasil, de fato, a ausência de “uma tradição de grandes sistematizações” levou os positivistas a rejeitarem, como

59. Cfr. M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie nel diritto penale dell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di). *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 147-232.

60. A razão para tal avaliação se devia à constatação de que o Código Penal, ainda que na sua estrutura clássica, permitia, por exemplo, que os juízes ordenassem a internação dos doentes mentais, irresponsáveis perante a lei, nos manicômios criminais (até a abertura de tais estabelecimentos foi muito tardia, como demonstra a instituição de um primeiro estabelecimento no Rio de Janeiro só em 1921). Sontag, ainda com espírito comparativo, colocou-se depois a questão da diferente relação entre ciência e codificação entre Itália e Brasil a partir da recuperação de uma das ideias “fortes” de Mario Sbriccoli sobre a penalística italiana de fins do oitocentos: o empenho “cívico” dos penalistas e a sua autonomia disciplinar se ligava ao longo período de atividade que havia empenhado a ciência pela formação de um primeiro e “verdadeiro” código nacional. Diferentemente da legislação italiana, a brasileira era já dotada de um código unitário de grande prestígio, que deixava aos penalistas brasileiros apenas o espaço para explicações e comentários. Eis porque os textos mais significativos do próprio Vieira eram conectados ao Código Criminal de 1830, que o jurista brasileiro comentava mostrando que, para ele, a comparação não era complementar à pesquisa técnica, mas a assumia como critério de avaliação do direito vigente.

formas tradicionais de produção do conhecimento jurídico brasileiro, a oralidade e a retórica jurídica, dependentes do “bacharelismo liberal”, que definiu a posição de absoluta importância da classe dos advogados no âmbito institucional.

Finalmente, Sontag, voltando ao problema da não aprovação dos projetos apresentados por Viera para a reforma do código de 1890, não se fiava na explicação de um genérico “excesso de positivismo” defendida em outros lugares⁶¹. Para o autor, a “derrota” de Vieira foi determinada por elementos de caráter técnico, como a proposta de introduzir o ressarcimento do dano no processo penal e a prisão perpétua, e por um contexto de reforma do direito penal europeu que fez o projeto de Vieira parecer anacrônico: um “tarde demais” que derrubaria a própria explicação do “cedo demais” com a qual Lombroso tinha justificado a derrota da escola italiana positiva na luta pela hegemonia no campo da reforma do direito penal⁶².

A “timidez” do gradualismo reformador de Vieira e o escasso impacto do positivismo penal na legislação são interpretados por Sontag como uma demonstração da inexatidão da simples noção de “influência” para descrever a relação entre a criminologia italiana e brasileira, bem como da presença de um contexto sul-americano que não estava livre de tradições jurídicas que teria permitido uma simples tradução do pensamento de um lado para o outro do mundo.

O texto de Rebeca Fernandes Dias, *Criminologia no Brasil*⁶³, publicado em 2017, representa uma operação que demonstra curiosidade pelo positivismo brasileiro como um todo e que opta por propor uma leitura prosopográfica apta a mostrar, para além dos limites de qualquer leitura sintética, as diversas (às vezes opostas) formas de autorrepresentação dos médicos e juristas seguidores de Lombroso, confirmando a tese de um positivismo brasileiro autônomo ligado ao seu próprio contexto social, político e normativo.

A atenção às especificidades brasileiras é o pano de fundo da tentativa da autora de encontrar os elementos comuns que aproximavam a Itália e o Brasil no final do século XIX: a rápida modernização da sociedade que foi um prelúdio para novas relações entre Estado, sociedade de massa e questões sociais. Dentro do modelo de Estado liberal (agora, porém, em crise) o Brasil, sobretudo, estava lutando com uma tensão derivada de pressões contrárias: por um lado, a extensão dos direitos protegidos pela Constituição, por outro, a marginalização política e econômica das classes mais baixas. A peculiaridade da ciência jurídica brasileira, que surgiu neste contexto, teria sido a de negar qualquer contradição

61. Cf. M. B. de Souza, *A influência da escola positiva no direito penal brasileiro*, São Paulo, Livraria Editora Universitária de Direito, 1982 e J. M. de Carvalho, *Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi*, São Paulo, Companhia de Letras, 1897.

62. Cf. C. Lombroso, *Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di codice penale*, Torino, Bocca, 1888.

63. R. F. Dias, *Criminologia no Brasil Cultura Juridica Criminal na Primeira República*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.

entre liberalismo e intervencionismo estatal repressivo, evidenciando que o Estado de Direito poderia se apresentar em muitas versões diferentes.

6. Lila Caimari, em seu sintético itinerário, não fez nenhuma referência à situação do Uruguai. No entanto, embora, recentemente, tenham aparecido várias contribuições que levaram em consideração, na esteira dos estudos de história social, o papel do positivismo na sociedade e na ciência criminal uruguaia. Um texto relevante foi publicado em 2011 por Daniel Fessler, historiador da *Universidad de la República Uruguay*, com a intenção de preencher uma lacuna historiográfica sobre o tema⁶⁴. O período considerado (1878-1907) corresponde a uma periodização aberta e marcada por dois acontecimentos importantes na história do direito uruguaio: a promulgação do código de processo penal (o código penal entrou em vigor no ano seguinte) e a abolição da pena de morte. Este período de trinta anos foi um momento crucial para a modernização do país, mas também para a abertura de uma profunda reflexão sobre a imigração, sobre o aumento da criminalidade e sobre os meios para combatê-la, incluindo um longo debate sobre a punição, seus limites e os meios para aplicá-la. Na trama dessa profunda transformação social e institucional, a criminologia positivista, difundida principalmente pelos “vizinhos” da Argentina, influenciou as ciências médicas e jurídicas, mas também a imprensa popular. Por meio de uma análise capilar em torno de diferentes fontes (de dissertações em medicina ou direito que tratavam de temas “criminológicos”, imprensa culta e popular atraída por “causas famosas”, atos parlamentares, arquivos carcerários e de polícia), o autor analisou o papel da antropologia criminal na formação discursiva de novas subjetividades criminosas entre os setores mais pobres da sociedade (com particular atenção à infância), a sua hegemonia no debate abolicionista (tomando emprestadas as diferentes posições internas da escola italiana sobre a pena capital) e na reforma carcerária, apenas esboçada, todavia.

Mais focado no aspecto dos mecanismos repressivos no Uruguai está o texto de Alfredo Alpini, historiador uruguaio, que oferece uma análise da relação entre modernização social, ordem pública e polícia⁶⁵. O período considerado é mais amplo que o escolhido por Fessler: começou com a independência e terminou em 1916, ano das primeiras eleições por sufrágio universal masculino, que marcaram a queda do *Batllismo*, o modelo de intervencionismo estatal inaugurado por José Batlle y Ordóñez, há tempos presidente do Uruguai (1903-1907 e 1911-1915)⁶⁶. A polícia, no centro dos interesses da Alpini,

64. D. Fessler, *Derecho penal y castigo en Uruguay (1878-1907)*, Montevideo, Universidad de la República, 2012.

65. A. Alpini, *La policía y la ciudad de Montevideo: orden urbano y control social en la construcción del Estado moderno en Uruguay (1829-1916)*, San Miguel de Tucumán, Universidad Nacional de Tucumán. Instituto de Investigaciones Históricas Leoni Pinto, 2018.

66. Essas poucas palavras conseguem sintetizar, a meu ver, os pilares de importância do projeto reformista battlista e suas contradições: “la reforma económica (promoción y concreción de la creación de empresas públicas, un modelo industrial proteccionista),

desempenhou extensas funções públicas no Uruguai, tanto que foi considerada a única agência estatal competente para exercer um poder de administração e governo na cidade de Montevideu, pelo menos até 1860, quando o governo começou a subtrair-lhe poderes e a confiá-los ao poder político municipal, sem perder, porém, o poder para a repressão autônoma de crimes “menores”. Além disso, por intermédio do domínio das técnicas de identificação dos criminosos (que, no entanto, permaneceram ligados ao sistema datiloscópico e mostravam a lentidão do próprio processo de modernização, inclusive tecnológica), a polícia veio a monopolizar também a identificação civil, sendo a única capaz de emitir documentos de identidade. Finalmente, o estudo mostra que o impacto da criminologia, por mais difundida que seja no país, na constituição do corpo policial e nas suas características, foi muito mais limitado do que na Argentina:

“En el caso de Uruguay no existió una convergencia entre el saber académico de médicos y criminólogos y las prácticas policiales. No hubo un de Veyga, ni un Ingenieros trabajando con la policía, ni un Servicio de Observación de Alienados, ni un Depósito de Contraventores como en Buenos Aires, donde médicos y criminólogos analizaban a delincuentes y homosexuales capturados por la policía”⁶⁷.

7. O texto de Alpini também faz parte de uma série de estudos sobre a história das prisões (a *Biblioteca Virtual de Historia de la Penalidad*), inaugurada em 2016 na Argentina por José Daniel Cesano e Jorge A. Núñez, e criada como corolário da *Revista de Historia de las prisiones*⁶⁸. Essas iniciativas editoriais fortaleceram uma tradição historiográfica estabelecida desde os anos 1990. A reflexão sobre a abertura e trajetória deste campo de investigação já foi observada, também graças à atenção que lhe foi dada pelo *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (MPIeR), em Frankfurt am Main, por via da organização de encontros científicos e da publicação, a partir de 2015, de diversas reflexões sobre a historiografia moderna da América Latina no campo do direito

la reforma rural (intentos de eliminar el latifundio ganadero, aumento progresivo de los impuestos a la tierra, diversificación de la producción agropecuaria), la reforma social (legislación obrerista y social, apoyo al movimiento obrero), la reforma cultural y moral (expansión de la enseñanza secundaria, leyes de divorcio, políticas anticlericales), la reforma política (la sustitución del Poder Ejecutivo unipersonal por un Colegiado de 9 miembros). Estas reformas fueron implementadas antes de la existencia de una democracia política con sufragio universal. Distintos historiadores, entre ellos, Barrán, Nahum y Zubillaga advierten que aquí se encontraba la paradoja del batllismo. Era un partido cuestionador del orden social, portador de un proyecto reformista en lo social y económico, no obstante, ambivalente y contradictorio en aceptar los fundamentos de la democracia política”, *ibidem*, p. 283.

67. *Ibidem*, p. 254.

68. [www.revistadeprisiones.com].

penal, das instituições repressivas e da criminologia.⁶⁹ Entre eles, a contribuição de Osvaldo Barreneche, historiador da *Universidad Nacional de La Plata*, preparado para um dos seminários organizados pelo centro de pesquisa de Frankfurt em julho de 2015 sobre a *Historia del Ordenamiento Jurídico-Penal en América Latina. Aproximaciones históricas y conceptuales*. O autor reconstruiu a trajetória da historiografia sul-americana sobre as instituições penais, propondo uma recuperação do diálogo entre historiadores sociais e historiadores do direito, interrompido quando os primeiros, mediante novos estudos sobre registros judiciais, realizaram uma “invasão de campo” no território histórico-jurídico que até 1990 tinha usado principalmente fontes normativas, para “herir de muerte a muchas de las afirmaciones hechas hasta entonces en ese campo”⁷⁰. Pouco a pouco, as tensões foram diminuindo, graças ao reconhecimento mútuo e às numerosas

-
69. O. Barreneche, *Las Instituciones De Seguridad Y Del Castigo En Argentina Y América Latina. Recorrido Historiográfico, Desafíos Y Propuestas De Diálogo Con La Historia Del Derecho* (July 31, 2015), Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2015-04. On-line em: [<https://ssrn.com/abstract=2645608>] or [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2645608>]; A. Casagrande, “The Active Arm of the Government” *The Police of Buenos Aires in the First Half of 19th Century* (March 1, 2015), Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series n. 2015-03. On-line em: [<https://ssrn.com/abstract=2616169>] ou [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2616169>]; J. Cesano, *Criminalidad De Menores Y Sistema Penal (Latinoamérica, 1890-1950): Las Agendas Y Los Métodos En La Historiografía Regional Reciente*, (July 6, 2015). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2015-05. On-line em: [<https://ssrn.com/abstract=2617618>] ou [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2617618>]; J. Nuñez, L. Gonzalez Alvo, *El Porvenir Del Pasado Penitenciario. Sobre La Construcción De Una Agenda De Trabajo Para La Historia De La Prisión En La Argentina (1860-1950)* (June 30, 2015). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2015-06. On-line em: [<https://ssrn.com/abstract=2648960>] ou [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2648960>]; A. Agüero, *Ancient Constitution or Paternal Government? Extraordinary Powers as Legal Response to Political Violence (Río De La Plata, 1810-1860)* (April 1, 2016); O. Danwerth, K. Härter, A. De Benedictis (eds.) *Violent political conflicts and legal responses: a transatlantic perspective (18th to early 19th century)*, Global Perspectives on Legal History, Max Planck Institute for European Legal History, Forthcoming; Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2016-10. On-line em: [<https://ssrn.com/abstract=2841769>]; R. Dias, *Brazilian Criminological Thinking During the First Republic (1889-1930)* (November 1, 2015). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2016-13. On-line em: [<https://ssrn.com/abstract=2874851>] ou [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2874851>]; M. Sozzo, *¿Más allá de una narrativa del cambio epocal? Desafíos para una mirada histórica y comparativa sobre la penalidad contemporánea* (April 30, 2018). Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series No. 2018-14. On-line em: [<https://ssrn.com/abstract=3291215>] ou [<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3291215>].

70. Barreneche, *Las Instituciones De Seguridad Y Del Castigo En Argentina...* cit., p. 4.

oportunidades de confronto. De qualquer forma, a “nova história do direito” ou “história crítica do direito”, inspirada na teoria anglo-americana (E.P. Thompson, Clifton Geertz) e ligada aos estudos de Michel Foucault, foi testada a partir de um texto de 1996, no qual as penitenciárias latino-americanas eram consideradas (pela primeira vez como um todo) como as catalisadoras

“of a clinical, scientific view of social problems, provided the experimental grounds for the consolidation of the new sciences of crime and punishment (criminology and penology), and pioneered professional intervention that reshaped the relations between the state and the lower classes”⁷¹.

O volume, editado por Carlos Aguirre e Ricardo Salvatore, abordava *The birth of penitentiary in Latinamerica* e propunha também uma cronologia do fenômeno da reforma carcerária na América do Sul: desde a fundação da Casa de Correção no Rio de Janeiro em 1834 até 1939, ano da criação de um novo sistema penitenciário em Cuba. O projeto reformista, segundo os autores, encarnava todos os sonhos e obsessões de governantes, cientistas, juristas e *élites* e representava um projeto de modernização e uma solução para a questão social. Entre os objetivos de Aguirre e Salvatore estava também o de experimentar a adaptação do paradigma prisional foucaultiano como instrumento de controle e vigilância social ao “caso” da América Latina e levou à aplicação do conceito de “traditional modernization” ao fenômeno da reforma prisional na América do Sul. A especificidade da América do Sul, que também pode ser vista por intermédio do estudo dos programas de reforma prisional, teria consistido em um tipo de modernização desenvolvida por via da preservação das estruturas sociais e do fortalecimento das hierarquias raciais, de classe e de gênero. A tentativa de reforma das prisões sul-americanas, o “xeque-mate das prisões” em sua variante ultraoceânica, o trabalho e as práticas de reabilitação foram interpretados por meio de um olhar que, pela primeira vez, foi além das portas das instituições repressivas para observar os mecanismos de poder, o potencial de produção de estereótipos e representações do crime a partir da construção de novos indivíduos sujeitos à observação legal e médica: o criminoso. Estas questões foram objeto de uma conferência realizada em abril de 1997 na Yale University sobre “Contested Terrain of Law, Justice and Repression in Latin American History”, que resultou na publicação de, pelo menos, dois outros textos muito relevantes sobre a história das prisões sul-americanas⁷².

71. R. D. Salvatore, C. Aguirre, *The Birth of the Penitentiary in Latin America. Essays on Criminology, Prison reform, and Social control, 1830-1940*, Austin, University of Texas Press, 1996, p. 3.

72. C. A. Aguirre, R. Buffington (eds.), *Reconstructing Criminality in Latin America*, Wilmington, Scholarly Resources, 2000; R. Salvatore, C. Aguirre, G. Joseph (eds.), *Crime and Punishment in Latin America. Law and society Since Colonial Times*, Durham, Duke University Press, 2001.

Para entender melhor a importância desse encontro, é útil mencionar a palestra de Lila Caimari: a perspectiva da “New cultural history” atraiu historiadores sul-americanos pela possibilidade de usar suas capacidades heurísticas em torno de um problema de história muito recente, cuja genealogia se pretendia traçar, qual seja, o “terrorismo de Estado” dos anos 1970, identificado como uma característica comum da experiência política de grande parte dos países latino-americanos⁷³.

Desde então, os exames dos aparatos de controle e vigilância têm sido enriquecidos por caminhos interdisciplinares (com etnógrafos, sociólogos, cientistas políticos e filósofos) que têm implementado principalmente os temas das penitenciárias e da polícia.

A nova *vague* de estudos teve ecos consistentes também na Europa já que, naqueles anos, a revista *Crime, Histoire et Sociétés*, órgão da *International Association for the History of Crime and Criminal Justice*, publicou um volume especial sobre a *Histoire de la criminalité et de la justice pénale en Amérique latine* que abriu com um artigo de Salvatore sobre temas da nova “história da justiça” na América Latina, no qual foi feita referência à “virada” de Yale⁷⁴.

Desde então, especialmente na Argentina, esta linha ainda foi questionada e inovada, desde as críticas que Jacques-Guy Petit dirigiu em 2003 ao primeiro livro de Aguirre e Salvatore⁷⁵. José Daniel Cesano e Jorge A. Núñez, de fato, seguindo o convite do historiador social canadense para renovar as fontes adequadas para permitir uma leitura do universo prisional que superasse a interpretação foucaultiana (demasiado centrada nos atores da produção discursiva e muito pouco em seus objetos) se propuseram a analisar os regulamentos penitenciários, as figuras dos diretores e visitantes europeus, as práticas cotidianas dos presos, com base no trabalho, na educação e na religião⁷⁶. Essas premissas

73. L. Caimari, *Los historiadores y la “cuestión criminal” en América Latina. Notas para un estado de la cuestión*, in D. Palma Alvarado (comp.), *Delitos, Policías y Justicia en América Latina*, Santiago de Chile, Ed. U. Alberto Hurtado, 2015, p. 491-507. J. D. Cesano, *El análisis historiográfico de la prisión en la Argentina hacia giro de siglo (1890-1920): la necesidad de una historia local y comparada. Aportes metodológicos para una historia en construcción*, in “Revista Electrónica de Fuentes y Archivos Centro de Estudios Históricos ‘Prof. Carlos S. A. Segreti’” Córdoba (Argentina), a. 5, n. 5, 2014, p. 303-311.

74. R. D. Salvatore, *Criminal justice history in Latin America: promising notes*, in “Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies”, v. 2, n. 2, 1998, p. 5-14.

75. J. Petit, Ricardo D Salvatore, Carlos Aguirre (Eds.), *The Birth of the Penitentiary in Latin America. Essays on Criminology, Prison Reform and Social Control, 1830-1940*, in “Crime, Histoire & Sociétés”, v. 7, n. 2, 133-135.

76. J. Nuñez, L. Gonzalez Alvo, *El Porvenir Del Pasado Penitenciario...* cit. É preciso lembrar que já em 2001 os mesmos R. Salvatore e C. Aguirre em sua introdução ao *Crime and Punishment in Latin America* assumiram a responsabilidade de um estudo ainda mais ligado à *state legal culture* do que aos *popular understandings of the law and its uses*, mas observaram que isso se devia à falta de compreensão, por parte dos historiadores, dos mecanismos do sistema judicial (“prerequisites and antecedents, the education of

produziram, de fato, uma renovação dos estudos sobre o tema das instituições prisionais, alargando o olhar para contextos locais⁷⁷ em que as penas ainda eram frequentemente aplicadas de acordo com mecanismos pré-modernos ou para instituições específicas dedicadas à repressão da criminalidade feminina ou infantil.

Os estudos que acabamos de mencionar tiveram a dupla vantagem de rever algumas cronologias profundamente enraizadas e focar a análise nas múltiplas aplicações da ciência criminal positiva na América do Sul, estimulando o diálogo interdisciplinar e internacional. Além disso, a meu ver, essa tendência teve o mérito de deixar apenas como pano de fundo a reflexão sobre o diferente grau de adesão e fidelidade da criminologia sul-americana aos seus “modelos” teóricos⁷⁸. De fato, quanto mais nos afastamos das leituras que, tendo na máxima consideração os produtos doutrinários da criminologia e seguindo o fascinante debate teórico que se teceu entre os dois lados do Atlântico, estabelecem o objetivo de medir a distância de cada autor “periférico” em relação às verdades científicas elaboradas em outros locais, mais podemos explorar concretamente o uso das novas categorias hermenêuticas nascidas dentro dos estatutos epistemológicos da nova história social e do pós-estruturalismo.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Os fundamentos doutrinários da escola positiva, de Acácio Vaz de Lima Filho – *RIASP* 15/63-81 (DTR\2005\791); e
- Um debate sobre a cientificidade da antropologia criminalista italiana no século XIX, de Leonardo Dallacqua de Carvalho – *RBCCrim* 116/427-448 (DTR\2015\13607).

lawyers, the tensions between reformers and traditionalists, the role lawyers and judges played in the consolidation of centralized nation-states, and so forth”), que devem ser interpretadas em profundidade mesmo antes de podermos voltar o olhar para a percepção da cultura jurídica por parte dos subordinados.

77. Destaco sobre esse ponto: J. D. Cesano, *El análisis historiográfico de la prisión en la Argentina hacia giro de siglo (1890-1920): la necesidad de una historia local y comparada. Aportes metodológicos para una historia en construcción*, in “Revista Electrónica de Fuentes y Archivos Centro de Estudios Históricos ‘Prof. Carlos S. A. Segreti’ Córdoba (Argentina)”, a. 5, n. 5, 2014, p. 303-311.
78. Nesse sentido, porém, ainda é a leitura historiográfica de D. Galeano, *Civilización y delito, Notas sobre cuatro criminólogos argentinos*, in “Revista de Historia del Derecho”, Sección Notas, n. 45, INHIDE, Buenos Aires, enero-junio 2013, p. 265-277.

A VIOLAÇÃO DA IMAGEM NA PERSPECTIVA DO DIREITO PENAL ALEMÃO

THE VIOLATION OF THE IMAGE FROM THE PERSPECTIVE OF GERMAN CRIMINAL LAW

LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI

Livre-docente e Doutor em Direito Civil pela USP. Pós-doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Pós-doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht (Alemanha). Mestre em Direito Civil pela PUC-SP. Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg (Alemanha). Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Pesquisador do grupo Novos Direitos CNPq/UFSCar. Autor de livros e artigos publicados nas áreas de Direito Civil, Direitos Intelectuais e Direito do Consumidor. Foi bolsista da Max-Planck-Gesellschaft e da CAPES. Foi Delegado de Polícia Federal, Procurador do Banco Central do Brasil, Defensor Público Federal, Diretor da Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul e Diretor Acadêmico da Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores da Justiça Federal em São Paulo.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9057-4387>
assiszanini@gmail.com
Autor convidado

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Infância e Juventude; Direitos Humanos

RESUMO: O presente artigo analisa o surgimento e o desenvolvimento da proteção da imagem no direito penal alemão. Destaca que a defesa da imagem no direito penal alemão foi prevista já no início do século XX, com a promulgação a Lei sobre os Direitos de Autor em Obras de Artes Plásticas e Fotografia (KUG). O texto enfatiza que no âmbito do direito penal é necessária a compreensão da teoria do bem jurídico como instrumento de limitação da intervenção criminal. Apresenta reflexões acerca dos bens jurídicos tutelados e das condutas incriminadas pelo § 201a do Código Penal alemão. Feita uma análise geral quanto à legitimidade e necessidade da tutela penal, o texto estuda a relação entre o direito à imagem e a proteção da vida privada. Por fim, analisa o registro não autorizado de cenas de nudez ou de pornografia.

ABSTRACT: This article analyzes the emergence and development of the protection of the image in the German criminal law. It emphasizes that the defense of the image in the German criminal law was foreseen in the beginning of the 20th century, with the enactment of the Law on the Protection of Copyright in Works of Art and Photographs (KUG). The text highlights that the understanding of criminal law demands the study of the theory of legal good as an instrument to limit criminal intervention. It presents reflections on the protected legal good and the conduct incriminated by § 201a of the German Penal Code. The text also studies the relation between the right to the image and the protection of the privacy. Finally, it analyzes the unauthorized recording of nudity or pornography scenes.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção penal da imagem – Direito à vida privada – Direito penal alemão – Direitos da personalidade – Pornografia infanto-juvenil – Abuso sexual.

KEYWORDS: Criminal protection of the image – Privacy – German criminal law – Personality rights – Child pornography – Sexual abuse.

SUMÁRIO: Introdução. 1. O surgimento da proteção penal da imagem na Alemanha. 2. Críticas ao § 33 da Lei de 1907. 3. As tentativas de ampliação da proteção penal da imagem. 4. A introdução do § 201a no Código Penal alemão. 5. As condutas típicas previstas pelo § 201a do Código Penal alemão. 6. A tentativa de equiparação entre a tutela penal da imagem e da palavra. 7. Tutela penal autônoma do direito à imagem. 8. O bem jurídico protegido. 9. A esfera estritamente pessoal da vida. 10. Locais protegidos. 11. A repressão contra a pornografia infanto-juvenil. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O presente texto objetiva apresentar um panorama do tratamento jurídico-penal dado pelo direito alemão ao direito à imagem. A evolução da temática está associada aos novos desenvolvimentos técnico-científicos, que levaram também a um grande avanço dos ataques aos direitos da personalidade, particularmente sob a forma de gravação, de armazenamento e de utilização massificada da imagem digitalizada em redes de computadores.

As ameaças decorrentes do progresso técnico-científico foram percebidas precocemente na Alemanha, que já no início do século XX promulgou sua primeira lei tipificando penalmente a violação do direito à imagem. Na segunda metade do século XX, em face dos riscos cada vez mais elevados à imagem e à privacidade, provocados pela sociedade de massas e pelas inovações tecnológicas, voltou à ordem do dia, no Parlamento alemão (*Deutscher Bundestag*), a discussão sobre a renovação da legislação. Tal debate culminou com a introdução, no Código Penal alemão (*Strafgesetzbuch* – StGB), do § 201a, dispositivo que claramente ampliou a proteção penal dada ao direito à imagem¹.

Ao admitir a renovação do sistema de tutela penal da imagem, o legislador alemão certamente levou em conta a temática atinente à legitimidade da intervenção jurídico-criminal, que é sempre uma premissa para a análise da tipicidade de determinado comportamento.

Outrossim, sem deixar de analisar os questionamentos supra, mesmo porque a pertinência da tutela penal da imagem em face do caráter fragmentário e subsidiário do direito penal é um problema fundamental em relação ao tema que se coloca, o presente artigo

1. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1, p. 183-184.

cuida do estudo dos dispositivos penais que permitem ao direito positivo alemão a proteção penal da imagem.

Destarte, o objeto do trabalho é a análise da proteção penal da imagem na Alemanha desde seu surgimento, no início do século XX, até as modificações mais recentes da legislação, ocorridas em 2015, traçando um panorama do direito positivo daquele país, cuja investigação se pautará pela pesquisa da doutrina e da jurisprudência.

1. O SURGIMENTO DA PROTEÇÃO PENAL DA IMAGEM NA ALEMANHA

A introdução de um dispositivo legal para a proteção penal da imagem na Alemanha gerou muita discussão na doutrina, surgindo no início do século XX, depois de amplo debate parlamentar. A lacuna legal, verificada nos casos *Dame im Badekostüm* e *Otto von Bismarck*, muito contribuiu para que a tutela da imagem não fosse restringida apenas ao âmbito do direito civil, mas também encontrasse força na seara penal².

De fato, parte dos estudiosos entendia que o direito à própria imagem merecia tutela tanto civil quanto penal, fazendo-se necessária uma legislação que outorgasse essa dupla proteção. Em sentido oposto havia o grupo que recusava a proteção penal, pois não desejava a imediata proteção pelo direito penal de um bem jurídico que ainda estava em construção. Os integrantes desse grupo consideravam, desse modo, que a solução do direito civil poderia resolver a maioria dos problemas e, naqueles casos de particular importância, entraria em cena o tipo penal da ofensa (*Beleidigung*), já existente à época no Código Penal alemão (§ 185 do Código Penal alemão)³.

Esse último posicionamento preconizava que o tipo penal de ofensa deveria ser ampliado, tal qual ocorreu no antigo direito privado romano, quando o espectro de proteção da *actio iniuriarum* foi aumentado, passando a abranger todas as lesões relevantes a um direito corpóreo ou incorpóreo⁴.

Todavia, a ideia de ampliação do alcance do tipo penal de ofensa não saiu vencedora, uma vez que seus opositores deixaram muito bem explanado que a redução dessas condutas ao crime de ofensa estreitaria a proteção demandada apenas para os casos em que houvesse violação da honra. Com isso, a proposta deixaria de tutelar a liberdade de autodeterminação do indivíduo, que teria seu bem jurídico ofendido e não disporia da proteção criminal nos casos de publicação não autorizada da imagem. Ademais, levantou-se o

2. SCHMITZ, Albert. *Strafrechtlicher Schutz vor Bild- und Wortaufnahmen*. Hamburg: Dr. Kovac, 2011, p 17-18.

3. KRAENZ, Nadja. *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 93.

4. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A tutela das criações intelectuais e a existência do direito de autor na Antiguidade Clássica. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 8, n. 1, jul. 2013, p. 140.

problema relacionado à impossibilidade de aplicação do tipo nos casos em que o agente não tinha consciência da prática da ofensa. Isso tudo foi suficiente para convencer o parlamento alemão da necessidade de um novo tipo penal⁵.

Sucedeu então a promulgação em 1907 da Lei sobre os Direitos de Autor em Obras de Artes Plásticas e Fotografia (*Kunsturhebergesetz* – KUG), que previu, em seu § 33, pela primeira vez, a proteção da imagem na esfera penal. Diferentemente do que ocorreu em muitas legislações, pode-se afirmar que a KUG realmente concedeu uma tutela penal autônoma da imagem, que foi considerada um bem jurídico independente. Assim sendo, para que a imagem fosse protegida penalmente não se fazia necessária a ofensa a nenhum outro bem jurídico, particularmente a vida privada ou a intimidade.

2. CRÍTICAS AO § 33 DA LEI DE 1907

O § 33 da KUG prevê: “(1) Com pena de privação da liberdade de até um ano ou multa é punido quem, contrariamente aos §§ 22, 23, divulga ou exhibe publicamente uma imagem. (2) O delito somente é perseguido por requerimento”⁶.

Como se pode notar, o tipo mencionado não descreve completamente a conduta punível, dependendo de complementação dos §§ 22 e 23 da mesma lei, aos quais faz expressa referência. Assim sendo, diante da necessidade de complementação e considerando que o § 22 da KUG vedava apenas a divulgação e a exposição pública da imagem alheia sem a autorização⁷, restaram sem punição as condutas de simplesmente captar ou produzir arbitrariamente a imagem alheia, não obstante tais atos fossem abrangidos pela proteção civil dada ao direito à própria imagem⁸.

A falta de previsão legal da punição da captação ou da produção arbitrárias da imagem alheia também não poderia ser resolvida pela extensão do tipo penal do § 33, pois no direito penal alemão, tal como no brasileiro, é proibida a analogia (*nullum crimen sine lege scripta*)⁹.

5. KRAENZ, Nadja. *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 94.

6. § 33 da KUG (com redação em vigor a partir de 1 de janeiro de 1975): “(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer entgegen den §§ 22, 23 ein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt. (2) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt”.

7. LEFFLER, Ricarda, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012. p. 61.

8. VALERIUS, Brian. § 201a. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et alii. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 12 ed. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 6, p. 1394.

9. HELLE, Jürgen. *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht: das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991. p. 69.

Igualmente, não se poderia considerar a captação ou a produção da imagem como tentativa do delito em questão, visto que o sistema penal alemão diferencia os crimes (*Verbrechen*) dos delitos (*Vergehen*) e somente pune a tentativa de prática de um delito se vier expressamente prevista na lei (§ 12, alínea 2 combinado com § 23, alínea 1, ambos do Código Penal alemão)¹⁰. Dessa forma, como o § 33 da KUG é um delito e não há previsão de incriminação da tentativa, a captação ou a produção da imagem não poderia ser reprimida no âmbito dessa disposição penal¹¹, o que levava muitos a considerar que a fotografia não autorizada, no máximo, poderia ser punida como uma forma de ofensa (*Beleidigung*)¹².

Também se apresenta bastante problemática, em função da existência de norma penal em branco, a não exigência de consentimento quando se está diante de “fotografias da área da história contemporânea” (*Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte*), o que pode ser contraposto pela existência de “interesse legítimo” que possa justificar a proibição da publicação ou da exposição.

Outrossim, deve-se ainda destacar que, apesar da existência de numerosas decisões civis fundamentadas nos §§ 22 e 23 da KUG, no âmbito penal não há quase nenhum julgado aplicando o § 33 da KUG. A falta de significado prático da disposição se deve provavelmente ao fato de que o tipo em questão foi considerado um delito de ação penal privada (§ 374, inciso 1, 8 do Código de Processo Penal – *Strafprozessordnung* – StPO), o que gera elevados riscos relacionados com os custos do processo penal¹³.

10. §§ 12, alíneas 1 e 2 do Código Penal: “*Verbrechen und Vergehen*. (1) *Verbrechen* sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind. (2) *Vergehen* sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind”. Tradução livre: “Crimes e delitos. (1) Crimes são atos ilícitos aos quais são cominadas, no mínimo, uma pena privativa de liberdade de um ano ou mais. (2) Delitos são atos ilícitos aos quais são cominadas, no mínimo, uma reduzida pena privativa de liberdade ou uma multa”.

§ 23, alínea 1 do Código Penal: “*Strafbarkeit des Versuchs*. (1) *Der Versuch eines Verbrechens ist stets strafbar, der Versuch eines Vergehens nur dann, wenn das Gesetz es ausdrücklich bestimmt*”. Tradução livre: “Punibilidade da tentativa. (1) A tentativa de um crime é sempre punível, a tentativa de um delito somente é punível se a lei expressamente determinar”.

11. LEGLER, Thomas. *La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*. Berna: Staempfli, 1997. p. 120.

12. KARGL, Walter. Zur Differenz zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 117, n. 2, p. 324-353, nov. 2005, p. 326.

13. O caso mais conhecido que tratou da aplicação do § 33 da KUG foi decidido em 1920 e envolveu a publicação de fotos do Presidente e do Ministro da Defesa do *Reich* em trajes de banho. O tribunal não considerou a conduta punível, argumentando que as

Outro aspecto que merece referência é o fato de que, em muitos casos, a captação ou a produção da imagem já poderiam representar uma lesão ao direito geral da personalidade (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*), o que se agravava ainda mais pela dificuldade da proteção cível nesses casos. É que uma tutela inibitória (*Unterlassungsklage*), com a finalidade de prevenção de uma divulgação iminente da imagem captada, demandaria a comprovação da existência de intenção de publicá-la, o que, pela dificuldade da prova, tornava inadequado tal tipo de instrumento protetivo¹⁴.

Desse modo, graças à insatisfatória posição da vítima do delito do § 33 da KUG, aceitou-se que o recurso à disposição penal tinha predominantemente a função de auxiliar na interpretação do direito civil¹⁵.

3. AS TENTATIVAS DE AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO PENAL DA IMAGEM

Com a entrada em vigor do § 33 da KUG, a doutrina que pretendia a ampliação da proteção penal da imagem passou um bom tempo sem muita manifestação. O tema voltou a ser discutido somente em 1958, quando o governo tentou criar, num projeto de alteração da legislação, o § 103a do Código Penal alemão, que foi conhecido como “Lex Soraya”. A proposta foi, contudo, rejeitada pelo Parlamento alemão¹⁶.

Na década seguinte, em face dos riscos cada vez mais elevados à privacidade, provocados pela moderna sociedade de massa e pelo desenvolvimento de novos meios tecnológicos, voltou à ordem do dia a discussão sobre os delitos contra a vida privada¹⁷. A despeito do debate, o Projeto de Código Penal, elaborado pelo governo em 1962, era totalmente omissivo em relação à imagem, considerando desnecessária sua tutela pela

fotos publicadas na revista foram tiradas em local público (LEFFLER, Ricarda, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, p. 61).

14. KARGL, Walter. Zur Differenz zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 117, n. 2, p. 324-353, nov. 2005, p. 324.
15. É interessante notar que, na tentativa de remediar o problema, propôs-se um projeto de lei, no ano de 2004, que tirava o delito do § 33 da seara dos delitos de ação privada, passando-se a norma para o círculo dos delitos processados por requerimento do lesado (KRAENZ, Nadja, *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*, p. 96).
16. KÄCHELE, Andreas. *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*. . Baden-Baden: Nomos, 2008. p. 45.
17. HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012. p. 76.

codificação, pois as previsões do direito civil e do direito penal acessório já seriam suficientes para tanto¹⁸.

Em 1971, com inspiração no art. 179^{quarter} do Código Penal suíço (*Schweizerisches Strafgesetzbuch*), tentou-se aprovar um Projeto Alternativo, que regulava conjuntamente, em seu § 146, os casos em que houvesse escuta ou captação de imagem sem autorização. Entendia-se que ambos os bens jurídicos mereciam a mesma valoração e proteção, bem como que a gravidade da ameaça a tais bens jurídicos não mais admitia que sua proteção fosse relegada ao direito civil ou ao direito penal acessório. No entanto, a disposição em questão jamais foi adotada, não passando de mera proposta legislativa¹⁹.

Em seguida, durante a grande reforma do direito penal, em 1974, o tema voltou a ser ventilado. Todavia, ainda que parte dos estudiosos exigisse a criação da figura, mais uma vez saiu vitorioso o entendimento no sentido de que não havia nenhuma necessidade urgente de introdução de uma nova disposição atinente ao direito à imagem. Por outro lado, foi introduzido no Código Penal alemão o § 201, que tipificou a gravação e a escuta não autorizadas da palavra de outra pessoa (*Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes*). Isso criou uma assimetria entre a tutela penal da imagem e da palavra, visto que a última passou a contar com ampla proteção²⁰.

Depois da tentativa frustrada de 1974, apesar do fato de que muitos estudiosos estavam convencidos de que se fazia necessária a ampliação da proteção e a criação de um novo tipo penal, não surgiu, durante muito tempo, nenhuma proposta de legislação digna de menção. O tema somente voltou a ser debatido nos trabalhos da Comissão Federal para Proteção de Dados, que notou, nos relatórios dos anos de 1999 e 2000, um grande avanço dos ataques aos direitos da personalidade graças ao desenvolvimento de novas técnicas de vídeo e da internet²¹.

Por conseguinte, em 2001, após provocação do Estado de Baden-Württemberg, e diante da necessidade de medidas contra gravações não autorizadas de imagens de pessoas em áreas reservadas de domicílios, em provedores de lojas e em banheiros, que foram posteriormente publicadas na internet, a discussão acerca da necessidade legislativa retomou sua marcha²².

18. EISELE, Jörg. Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen. *Juristische Rundschau*, Berlin, p. 6-11, jan. 2005, p. 6.

19. LEGLER, Thomas, *La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*. Berna: Staempfli, 1997. p. 119.

20. LEFFLER, Ricarda, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012. p. 64.

21. EISELE, Jörg. Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen. *Juristische Rundschau*, Berlin, p. 6-11, jan. 2005, p. 6.

22. KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 47.

4. A INTRODUÇÃO DO § 201A NO CÓDIGO PENAL ALEMÃO

A 36ª Lei de alteração do Código Penal (36. *Strafrechtsänderungsgesetz* – StrÄG), de 30 de julho de 2004, introduziu o § 201a, que entrou em vigor em 6 de agosto de 2004. O dispositivo ampliou a proteção penal dada ao direito à imagem, que até então encontrava fundamento legal no § 33 da KUG, que incriminava apenas a divulgação e a exibição de imagens sem o consentimento da pessoa retratada²³.

A despeito dos avanços, deve-se destacar que a proposta original de criação do parágrafo tinha em vista uma proteção bem mais ampla da imagem, o que acabou não ocorrendo, visto que no decorrer da tramitação legislativa a proposição inicial foi sendo alterada, particularmente em função do forte *lobby* da imprensa. Desse modo, o texto aprovado acabou prevendo uma tutela inferior àquela apresentada originariamente²⁴.

O tipo foi introduzido na seção 15 da Parte Especial do Código Penal alemão, que cuida da violação da vida privada e do segredo (*Verletzung des persönlichen Lebens- und Geheimbereichs*). Nessa linha, constou expressamente na fundamentação do projeto de lei que devia ser protegida a área de reserva do ser humano diante de lesão pela reprodução da sua imagem²⁵.

O novo tipo complementou o conjunto de disposições penais que visam à garantia de uma esfera individual própria como uma área livre, imprescindível para o desenvolvimento da personalidade humana²⁶. E o reforço da tutela penal da imagem se mostrava mesmo oportuno, em especial diante das novas tecnologias desenvolvidas nas últimas décadas (câmeras e filmadoras digitais, canetas com câmeras espiãs, *smartphones*, internet, drones etc.), que facilitaram a captação, a gravação e a divulgação de imagens²⁷.

Assim sendo, da mesma forma como foi necessária a criação da KUG em função do desenvolvimento da fotografia, também se fez mister a introdução do § 201a do Código Penal para conter as ofensas perpetradas ao direito à imagem por meio dos novos equipamentos e recursos atualmente disponíveis, que permitem até mesmo a divulgação mundial da imagem em tempo real pela internet²⁸.

23. RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Besonderer Teil II*. 14. ed. München: C. H. Beck, 2013. p. 265.

24. HENGST, Florian, *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012. p. 91.

25. BOSCH, Nikolaus. Der strafrechtliche Schutz vor Foto-Handy-Voyeuren und Paparazzi. *Juristenzeitung*, v. 60, n. 8, p. 377-385, abr. 2005, p. 377.

26. KARGL, Walter. Zur Differenz zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 117, n. 2, p. 324-353, nov. 2005, p. 331.

27. GRAF, Jürgen-Peter. Vor §§ 201 ff. §§ 201-202c. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2. ed. München: C. H. Beck, 2012, v. 4, p. 143.

28. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1, p. 183.

5. AS CONDUTAS TÍPICAS PREVISTAS PELO § 201A DO CÓDIGO PENAL ALEMÃO

O § 201a do Código Penal alemão previu a punibilidade da violação ao direito à imagem, normalmente a associando a uma lesão à esfera estritamente pessoal da vida. Constam condutas típicas nos incisos do § 201a do Código Penal alemão, valendo lembrar que tais disposições foram bastante alteradas por legislação que entrou em vigor em janeiro de 2015 (49. *Gesetz zur Änderung des StGB – StrÄG*)²⁹, senão vejamos:

Pune-se com pena privativa de liberdade de até dois anos ou com multa, conforme determina o inciso 1, alínea 1, do § 201a, a conduta daquele que “produzir ou transmitir fotos não autorizadas de outra pessoa, que se encontre em uma habitação ou em um local especialmente protegido contra a vista, ferindo, com isso, a esfera estritamente pessoal de sua vida”³⁰.

Nessa linha, o tipo abrange a reprodução da realidade por meio de qualquer equipamento que permita o armazenamento da imagem em um suporte físico, como é o caso da fotografia, do vídeo, do cinema, da televisão ou mesmo da memória de um computador. Assim sendo, toda conduta que não corresponda à real captação ou reprodução da imagem não é abrangida pelo tipo, como é o caso de caricaturas, de desenhos feitos à mão ou de pinturas³¹.

No que toca ao verbo transmitir, a norma proíbe todo tipo de transmissão da imagem, ainda que não haja seu armazenamento duradouro no suporte físico, como se dá nas transmissões em tempo real pela internet, que partem de *webcams* ou até mesmo de *spycams*³².

Também se deve notar que, diferentemente do que ocorre no âmbito do direito civil, a disposição penal não exige a reconhecibilidade da pessoa para a proteção, sendo punível a reprodução de imagens de partes do corpo, como é o caso das características sexuais, mesmo que não seja possível a identificação da pessoa³³. Em sentido contrário, há na doutrina quem defenda que o tipo somente assume relevância se a pessoa pode ser reconhecida

29. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1, p. 184.

30. Vejamos o original do §201a, (1): “Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer: 1. von einer anderen Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, unbefugt eine Bildaufnahme herstellt oder *überträgt* und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt,”.

31. VALERIUS, Brian. § 201a. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et alii. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 12 ed. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 6, p. 1396.

32. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1, p. 182.

33. VALERIUS, Brian. § 201a. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et alii. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 12 ed. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 6, p. 1397.

na imagem. Ademais, vale ainda destacar que a disposição não pune fotos tiradas de objetos, como documentos e o mobiliário³⁴.

No inciso 1, alínea 2, do § 201a, que faz parte das inovações da legislação que entrou em vigor em 2015, pune-se, com pena privativa de liberdade de até dois anos ou com multa, a conduta daquele que produzir ou transmitir fotos não autorizadas, que exibem o desamparo de outra pessoa, ferindo, com isso, a esfera estritamente pessoal da vida da pessoa retratada³⁵.

Esse novo tipo ampliou a esfera de proteção da imagem no direito penal alemão, que sofria sérias restrições em função da alínea 1, que somente punia a conduta se a pessoa se encontrasse em uma habitação ou em um local especialmente protegido contra a vista³⁶. Agora, como o tipo nada menciona sobre o local onde a imagem foi produzida, são puníveis condutas como tirar uma foto de uma pessoa extremamente alcoolizada em público ou ainda de uma pessoa que foi vítima de um crime violento e está caída na calçada³⁷.

O inciso 1, alínea 3, do § 201a, por sua vez, incrimina a conduta daquele que utiliza ou torna acessível a um terceiro uma imagem produzida em infração ao disposto nas duas alíneas anteriores³⁸. Vê-se então que a variante prevista nesse inciso está associada à conduta do indivíduo que não produziu a imagem, mas posteriormente a utilizou ou a tornou acessível a terceiros³⁹.

Complementando as disposições do inciso 1, do § 201a, pune-se, na alínea 4, com pena privativa de liberdade de até dois anos ou com multa, a conduta daquele que, com autorização, produz uma imagem referida nas alíneas 1 ou 2, mas que a utiliza ou a torna acessível a um terceiro sem autorização, ferindo a esfera estritamente pessoal da vida⁴⁰.

Como se pode notar de uma leitura mais atenta das disposições mencionadas, a conduta daquele que simplesmente observa outra pessoa em sua casa acaba não sendo

34. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Besonderer Teil I*. 8 ed. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 227.

35. Vejamos o original do §201a, (1): “Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer: 2. eine Bildaufnahme, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellt, unbefugt herstellt oder überträgt und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt,”.

36. EISELE, Jörg. *Strafrecht – Besonderer Teil I*. 4. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2017. p. 236-237.

37. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1, p. 185.

38. Vejamos o original do §201a, (1): “Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer: 3. eine durch eine Tat nach den Nummern 1 oder 2 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich macht oder”.

39. EISELE, Jörg. *Strafrecht – Besonderer Teil I*. 4. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2017. p. 237.

40. Vejamos o original do §201a, (1): “Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer: 4. eine befugt hergestellte Bildaufnahme der in den Nummern 1 oder 2 bezeichneten Art wissentlich unbefugt einer dritten Person zugänglich macht und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt”.

abrangida, enquanto a produção de uma imagem sob as mesmas condições é punível⁴¹. A explicação para tal distinção está no fato de que a mera observação a olho nu (*frecher Blick*) pode ser certamente considerada como um atentado à decência, mas não representa uma lesão ao bem jurídico passível de punição pelo direito penal⁴².

No inciso 2, do § 201a, outra inovação da legislação de 2015, pune-se, com as mesmas penas das disposições anteriores, a conduta daquele que torna acessível a terceiros uma foto susceptível de causar danos consideráveis à reputação da pessoa que foi retratada sem autorização⁴³. São fotos em situações indignas ou muito desagradáveis ou, ainda, tiradas em tal estado que a pessoa não gostaria de vê-las chegar ao conhecimento de terceiros⁴⁴.

Por derradeiro, o inciso 5, do § 201a permite a apreensão e o perdimento dos suportes materiais que foram utilizados na fixação da imagem. Desse modo, os equipamentos e outros meios técnicos empregados pelo agente ou partícipe podem ser apreendidos e perdidos, permitindo-se a aplicação do § 74a do Código Penal alemão⁴⁵.

6. A TENTATIVA DE EQUIPARAÇÃO ENTRE A TUTELA PENAL DA IMAGEM E DA PALAVRA

O legislador procurou equiparar a proteção dada à imagem àquela até então concedida pelo § 201 do Código Penal alemão à confidencialidade da palavra (*Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes*), que pune “a gravação e a audição não consentidas da palavra de outra pessoa”⁴⁶. A nova disposição buscava dar tutela penal análoga tanto à imagem quanto à palavra falada, eliminando as disparidades existentes⁴⁷.

41. HOYER, Andreas. Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a St-GB. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ano 1, n. 1, p. 1-6, jan. 2006, p. 4.

42. VALERIUS, Brian. § 201a. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et alii. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 12 ed. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 6, p. 1403.

43. Vejamos o original do §201a, (2): “Ebenso wird bestraft, wer unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, einer dritten Person zugänglich macht”.

44. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1, p. 185.

45. Vejamos o original do §201a, (5): “Die Bildträger sowie Bildaufnahmegeräte oder andere technische Mittel, die der Täter oder Teilnehmer verwendet hat, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden”.

46. ANDRADE, Manuel da Costa. A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 94, 2012, p. 144.

47. HOYER, Andreas. Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a St-GB. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ano 1, n. 1, p. 1-6, jan. 2006, p. 1.

A equiparação da proteção da imagem e da palavra falada se fazia mesmo urgente, bastando aqui um exemplo para que se compreenda a problemática: se um ginecologista gravasse filmes das consultas feitas em suas pacientes, somente seria típica sua conduta se o filme também contivesse a gravação em áudio, uma vez que o direito penal então vigente punia a gravação de áudio, mas considerava fato atípico a mesma conduta se o bem jurídico fosse a imagem⁴⁸.

O § 201a modificou esse quadro, retirando a lacuna da lei penal e passando a proteger a pessoa contra não somente a transmissão não autorizada da sua imagem, mas também contra a simples produção dessa imagem. A ampliação da proteção quanto à simples produção da imagem também se espelhou na disposição do § 201, que anteriormente já considerava punível a conduta de simplesmente gravar a voz⁴⁹.

Acrescente-se ainda que o tipo do § 201a, inciso 1, alínea 1, exige que a imagem tenha sido captada quando a pessoa se encontrava em sua moradia ou em uma área particularmente protegida da visão alheia⁵⁰, o que guarda correspondência com a limitação do § 201, relativa à palavra não falada publicamente (*das nichtöffentlich gesprochene Wort*), bem como deixa clara a orientação desses conceitos pela ideia de esfera íntima, tal qual vinha sendo utilizado nas decisões cíveis da Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*)⁵¹.

De qualquer forma, ainda que seja juridicamente razoável o tratamento de um atentado ao direito à palavra falada de forma similar ao atentado ao direito à imagem, é certo que as diferenças entre esses dois bens jurídicos são evidentes, valendo aqui, apenas para exemplificar, lembrar que a captação da imagem é possível pela simples presença física da pessoa, enquanto que o registro da voz demanda que a pessoa a ser registrada tenha uma conduta ativa⁵². Por isso, apenas com essa observação, já se mostra necessário todo cuidado quando se procura equiparar a proteção penal desses bens jurídicos.

7. TUTELA PENAL AUTÔNOMA DO DIREITO À IMAGEM

Em uma análise mais acurada do tipo penal, pode-se notar que a legislação não está protegendo a imagem como bem jurídico autônomo. Exige que a imagem tenha sido

48. RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Besonderer Teil II*. 14. ed. München: C. H. Beck, 2013. p. 265.

49. HOYER, Andreas. Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ano 1, n. 1, p. 1-6, jan. 2006, p. 1.

50. SCHMITZ, Albert. *Strafrechtlicher Schutz vor Bild- und Wortaufnahmen*. Hamburg: Dr. Kovac, 2011. p. 26.

51. RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Besonderer Teil II*. 14. ed. München: C. H. Beck, 2013. p. 267.

52. LEGLER, Thomas. *La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*. Berna: Staempfli, 1997. p. 3.

capturada e que isso implique em atentado à esfera estritamente pessoal da vida⁵³, ou ainda que a violação envolva imagens de pessoas nuas e menores de dezoito anos⁵⁴.

Desse modo, o direito penal alemão condiciona a resposta sancionatória à ofensa da imagem em associação com o desrespeito da esfera estritamente pessoal ou com o desrespeito à intimidade. Assim sendo, não há que se falar em uma previsão criminal que tutele a imagem como um bem jurídico autônomo, independentemente de qualquer violação à privacidade e à intimidade, pois isso configuraria, conforme aponta parte da doutrina, violação à proibição de excesso (*Überma verbot*)⁵⁵.

Nessa linha, deve-se reconhecer que se está diante de um tipo penal que tutela mais de um bem jurídico, também chamado de delito pluriofensivo. Não há então que se falar na entrada em vigor de um dispositivo penal que tenha reconhecido uma proteção de forma autônoma ao direito à imagem. O que existe é a proteção da imagem se “a sua utilização ou transmissão arbitrárias lesem a área nuclear da intimidade”⁵⁶.

Por conseguinte, verifica-se que o tipo protege o direito à própria imagem como uma forma de manifestação do direito geral da personalidade, mas exige, para tanto, que simultaneamente também haja desrespeito à esfera estritamente pessoal da vida ou à intimidade. Fica então evidente que a imagem não é um bem jurídico tutelado de forma autônoma pelo direito penal alemão. Ademais, deve-se reconhecer que o § 201a completou o disposto no § 33 da KUG, que deixava de fora da tutela penal a produção da imagem, pois somente tipificava a divulgação e a exposição⁵⁷.

8. O BEM JURÍDICO PROTEGIDO

A intervenção do direito penal existe para garantir ao cidadão uma convivência livre e pacífica, bem como para a manutenção dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente. O direito penal não pode proibir nada além daquilo que seja estritamente necessário para que se atinja uma coexistência livre e pacífica⁵⁸.

Para justificar a intervenção do direito penal é muito defendida a teoria do bem jurídico, que associa a existência de uma disposição penal ao conceito de bem jurídico. A

53. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1, p. 182.

54. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Besonderer Teil I*. 8 ed. Baden-Baden: Nomos, 2017. p. 230.

55. VALERIUS, Brian. § 201a. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et alii. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 12 ed. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 6, p. 1398.

56. ANDRADE, Manuel da Costa. A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 94, 2012, p. 139.

57. EISELE, Jörg. *Strafrecht – Besonderer Teil I*. 4. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2017. p. 234.

58. ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006. v. 1, p. 16.

teoria do bem jurídico como instrumento para restringir a intervenção do direito penal encontrou eco na doutrina moderna⁵⁹, não obstante o posicionamento contrário de respeitáveis estudiosos⁶⁰.

De fato, o conceito de bem jurídico, conforme posicionamento prevalente na Alemanha, designa os valores ideais que justificam a existência do tipo penal⁶¹. A incriminação de um comportamento deve sempre corresponder a pelo menos uma ameaça a um bem jurídico. No entanto, nem toda ameaça a um bem jurídico justifica a criação de um tipo penal⁶².

O legislador não é livre para criar tipos penais. É que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem se considerar concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos e deveres fundamentais, bem como à ordem social, política e econômica⁶³. Isso significa que o legislador está vinculado às diretrizes estabelecidas na Lei Fundamental, não podendo criminalizar, sem qualquer critério ou parâmetro, toda e qualquer conduta humana.

De fato, para a tipificação e a punição criminal dos ataques à imagem é necessário que sejam respeitados, logicamente, os princípios constitucionais limitadores do direito de punir, como, por exemplo, o princípio da taxatividade (*Bestimmtheitsgebot*), que exige a descrição clara e precisa do comportamento incriminado, o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*), que reclama cominação de pena adequada ao grau de

59. RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2015. p. 14-15.

60. Há autores que negam que a função do direito penal é a proteção de bens jurídicos ou mesmo que possa existir um conceito seguro do que eles sejam. De fato, conforme assevera Figueiredo Dias, a noção de bem jurídico “não pôde, até o momento presente, ser determinada – e talvez jamais o venha a ser – com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar, para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado” (DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. I, p. 114). Na Alemanha, igualmente, sustenta Hirsch que há uma imprecisão conceitual sobre o que seja bem jurídico, razão pela qual ele não pode funcionar como critério limitador do direito penal. Stratenwerth, por sua vez, observa que, dada a multiplicidade conceitual do bem jurídico, há insegurança jurídica na sua utilização como valor norteador da atividade legiferante repressiva. Jackobs, um dos mais conhecidos opositores da teoria do bem jurídico, defende que a função do direito penal não é proteger bens jurídicos, mas sim garantir o império do sistema normativo desafiado pelo cometimento da infração penal (ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 14-15).

61. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015. p. 37.

62. KÄCHELE, Andreas, *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 55.

63. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. I, p. 120.

reprovabilidade da conduta e do resultado, ou ainda o princípio da fragmentariedade (*fragmentarischer Charakter des Strafrechts*), pelo qual nem todo ataque ao bem jurídico deve ser criminalizado, mas tão somente aqueles reputados de especial gravidade⁶⁴.

Ora, respeitados os princípios constitucionais, é concedida então uma ampla liberdade ao legislador para a definição dos bens jurídicos que merecem tutela penal. E partindo dessa possibilidade, tem sido tendência nos países europeus a punição da violação do direito à imagem na medida de sua relevância como atentado à reserva da vida privada e da intimidade⁶⁵.

Diante disso, os tipos constantes dos §§ 201 e seguintes do Código Penal alemão se alinham pela proteção tanto do direito geral da personalidade (*Allgemeines Persönlichkeitsrecht*) como do direito à autodeterminação informacional (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*). São esses bens jurídicos que estão em primeiro plano quando se fala na proteção contra a ofensa às esferas pessoal e secreta da vida⁶⁶.

No que toca especificamente ao tipo do § 201a, partindo das disposições constitucionais acima mencionadas, chega-se, como bens jurídicos tutelados, ao direito à proteção da vida privada, da intimidade e ao direito à própria imagem. Assim sendo, o legislador alemão reconhece que a pessoa necessita de uma determinada área livre da indiscrição alheia para o desenvolvimento de sua personalidade⁶⁷.

Atentos à temática da norma, há estudiosos que consideram que o bem jurídico protegido seria apenas a esfera estritamente pessoal da vida privada ou a intimidade, não indicando o direito à própria imagem como bem jurídico a ser tutelado⁶⁸.

Todavia, a disposição penal evidentemente não tutela somente a esfera estritamente pessoal da vida privada ou a intimidade, pois se fosse assim também deveriam ser incriminadas as condutas que reproduzissem a imagem de objetos, como seria o caso de fotos tiradas do quarto de um casal que acabou de se retirar do leito. Nessa linha, fica claro que a tutela é voltada para o resguardo da imagem de pessoas, o que encontra fundamento na própria confiança que se exige nas relações sociais.

Desse modo, considerando a necessidade da intersecção desses bens jurídicos, podemos concluir que não é todo tipo de imagem e nem todo comportamento atinente à vida

64. RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2015. p. 9-10 e 20-21.

65. ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem* parte geral. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. I p. 357.

66. KÜHL, Kristian. Zur Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen. *AfP - Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, Düsseldorf, ano 35, n. 3, p. 190-197, maio-jun. 2004, p. 193.

67. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1, p. 182.

68. VALERIUS, Brian. § 201a. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et alii. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 6, p. 1395.

privada ou intimidade que a norma penal protege. Assim sendo, sempre será necessária a investigação do conteúdo da imagem, uma vez que a compreensão do bem jurídico-penal exige a ocorrência de uma determinada danosidade social.

9. A ESFERA ESTRITAMENTE PESSOAL DA VIDA

Os estudiosos do direito penal, na época dos debates relacionados à aprovação do § 201a do Código Penal alemão, não se ocuparam muito com uma exata definição da esfera de proteção e, ao invés disso, preocupados com os limites da tutela penal, indicaram setores da vida que necessitavam de resguardo, como os atinentes à família, à sexualidade e à saúde.

Na tentativa de evitar as discussões relacionadas às esferas tradicionalmente indicadas pela doutrina e jurisprudência, o § 201a do Código Penal alemão tipificou a produção e a transmissão de imagens de uma pessoa captadas em sua esfera estritamente pessoal da vida (*höchstpersönliche Lebensbereich*)⁶⁹.

Com isso, o termo esfera estritamente pessoal da vida foi cunhado pelo legislador alemão, pois se temia que a utilização do conceito de esfera íntima pudesse levar a uma compreensão muito restrita da tutela penal, associando-a tão somente à proteção da nudez e da sexualidade⁷⁰.

Todavia, o temor, pelo menos em parte, não se justificava, visto que o conceito de esfera íntima não era utilizado nas decisões cíveis com conotação tão restrita, abrangendo não somente aspectos relacionados à sexualidade e nudez, mas também atinentes à saúde e ao falecimento. A precaução apenas fazia sentido quando se observava que as decisões do Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof* - BGH) não incluíam os acontecimentos da vida familiar no conceito de intimidade, tratando-os no âmbito da vida privada⁷¹.

Diante de todos esses questionamentos, é de se observar que tal conceito, considerando a teoria das esferas, acabou gerando mais debates do que soluções, já que anteriormente não havia sido utilizado em nenhum texto legal. A polêmica continua viva, visto que não há uma definição clara proposta pela doutrina e também não se pode reconhecer a existência de jurisprudência firme sobre o assunto⁷².

69. GERTZEN, Anke Marie. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal*. Göttingen: Cuvillier, 2009. p. 90.

70. RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Besonderer Teil II*. 14. ed. München: C. H. Beck, 2013. p. 267.

71. HOYER, Andreas. Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ano 1, n. 1, p. 1-6, jan. 2006, p. 3.

72. KARGL, Walter. Zur Differenz zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 117, n. 2, p. 324-353, nov. 2005, p. 337.

Há, entretanto, estudiosos e julgados que se orientam pela ideia de esfera íntima da pessoa, que abrangeria a proteção de áreas como: saúde, morte, sexualidade, pensamentos, sentimentos e outros temas ligados à área nuclear e inviolável da personalidade⁷³. Nisso, acabam repetindo as decisões proferidas pelo Tribunal Federal de Justiça (BGH) em questões atinentes à intimidade, de maneira que por essa interpretação o conceito de “esfera estritamente pessoal” acaba não trazendo nada de novo e também não contribui para que haja uma maior clareza da norma. Desse modo, teria sido então melhor a utilização da expressão “esfera íntima”⁷⁴.

Outrossim, é de se destacar que a relevância prática da delimitação da esfera estritamente pessoal é bastante significativa, já que não há que se falar na conduta típica, no caso do § 201a, inciso 1, alínea 1, daquele que captura imagens alheias em locais públicos, o que demonstra a necessidade do estabelecimento de critérios precisos do âmbito de atuação da disposição penal⁷⁵. Assim sendo, entende-se que o tipo penal mencionado somente incrimina a conduta daquele que realmente houver provocado lesão à esfera estritamente pessoal da vida por meio da violação do direito à imagem, o que indica se tratar de um delito de dano (*Verletzungsdelikt*) e não de um delito de perigo abstrato (*abstraktes Gefährdungsdelikt*)⁷⁶.

Por conseguinte, diante dos questionamentos levantados, é certo que o § 201a do Código Penal alemão sofreu e ainda sofre severas críticas da doutrina, visto que seu âmbito de proteção, com a inclusão do novo conceito de esfera estritamente pessoal da vida, não apresentou a segurança jurídica desejável⁷⁷.

10. LOCAIS PROTEGIDOS

A delimitação dos locais de proteção também é um ponto muito importante no que toca à tutela penal da imagem e encontra certa ressonância nos ensinamentos atinentes à

73. KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012. p. 740.

74. BORGMANN, Matthias. Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern – Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201a StGB. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, ano 57, n. 30, p. 2133-2135, jul. 2004, p. 2134.

75. DREYER, Gunda; KOTTHOFF, Jost; MECKEL, Astrid. *Urheberrecht*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013. p. 1706-1707.

76. VALERIUS, Brian. § 201a. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et alii. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 12 ed. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 6, p. 1406.

77. DREYER, Gunda; KOTTHOFF, Jost; MECKEL, Astrid, *Urheberrecht*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013. p. 1705.

vitimologia, visto que a pessoa que se coloca em público deve contar com a possibilidade de ser fotografada mais facilmente⁷⁸.

A premissa certamente não difere da sistemática empregada na proteção da palavra falada e do sigilo das correspondências, visto que aquele que fala em público ou que permite o conhecimento pelo público do teor de uma carta não conta com proteção penal na Alemanha.

Também é relevante observarmos que a restrição da esfera de proteção apenas a determinados locais constitui uma limitação da tutela penal, mas, por outro lado, igualmente garante que o *ius puniendi* estatal não se ocupará de um bem jurídico que não seja realmente digno e carecedor de defesa.

De qualquer forma, vale lembrar que ainda resta a possibilidade de proteção tanto pelo direito civil como pelo § 33 da KUG para os casos de imagens não tuteladas pelo § 201a do Código Penal alemão⁷⁹.

Destarte, a limitação à reprodução de imagens atinentes apenas a determinada esfera espacial, constante do § 201a, inciso 1, alínea 1, acaba, na prática, facilitando a valoração dos comportamentos dignos de proteção penal e também proporciona uma melhor observância do princípio da certeza jurídica⁸⁰.

11. A REPRESSÃO CONTRA A PORNOGRAFIA INFANTO-JUVENIL

Após a realização de uma investigação judicial no início de 2014 contra o deputado socialdemocrata Sebastian Edathy, por suposto envolvimento com pornografia infantil, o Ministério da Justiça alemão resolveu apresentar um projeto de lei para o fortalecimento da repressão contra a prática de pornografia infanto-juvenil e de abuso sexual, projeto que acabou resvalando também no § 201a do Código Penal alemão.

No caso em questão, apesar da investigação, as imagens gravadas nos discos rígidos de computadores, que foram apreendidos em apartamentos e no escritório do político, não foram consideradas passíveis de enquadramento na legislação penal (§ 184b do Código Penal alemão). É que os filmes e fotografias de meninos nus, com idades entre nove e quatorze anos, adquiridos de uma loja *on-line* no Canadá, não poderiam ser classificados como pornografia infantil, cuja punição está prevista no Código Penal alemão. O material encontrado estaria no limiar da ilegalidade, mas seria penalmente irrelevante, dado

78. EISELE, Jörg. Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen. *Juristische Rundschau*, Berlin, p. 6-11, jan. 2005, p. 8.

79. VALERIUS, Brian. § 201a. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et alii. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 6, p. 1399.

80. BOSCH, Nikolaus. Der strafrechtliche Schutz vor Foto-Handy-Voyeuren und Paparazzi. *Juristenzeitung*, v. 60, n. 8, p. 377-385, abr. 2005, p. 377.

que a exposição explícita de crianças não era uma conduta tipificada, mesmo porque não mostrava atividade sexual.

Como decorrência do caso Edathy, e na tentativa de aprimoramento das disposições penais, particularmente para coibir a atuação de pedófilos, surgiu um projeto de lei de alteração do Código Penal alemão. Referido projeto foi aprovado em janeiro de 2015, tendo reestruturado e ampliado as disposições do § 201a do Código Penal alemão (49. *Gesetz zur Änderung des StGB*)⁸¹.

Entre as alterações, foi acrescentado o inciso 3 ao § 201a do Código Penal alemão, punindo com prisão de até dois anos ou multa aquele que produz ou oferece, com objetivos comerciais, imagens de pessoas nuas com menos de dezoito anos⁸².

A alteração veio em boa hora, havendo mesmo dignidade penal para a proteção dessas imagens, o que também guarda consonância com o sistema até então construído na Alemanha, que associa a tutela penal da imagem com a intimidade, na qual se incluíam os vídeos e as fotos dessas pessoas desnudas, independentemente do local em que ocorra o seu registro.

Destarte, o comércio de tais imagens constitui uma grave violação dos direitos de personalidade das crianças e dos adolescentes, merecendo aplauso o novo tipo constante do inciso 3 do § 201a do Código Penal alemão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A miniaturização e aperfeiçoamento dos aparelhos de captação e gravação de imagens facilitou sobremaneira a produção instantânea de vídeos e fotos de alta qualidade. Ao lado dessas novas técnicas, também houve a ampliação das possibilidades de divulgação das imagens e vídeos, especialmente por meio da internet.

Diante disso, é necessária uma clara delimitação entre as condutas a serem incriminadas e aquelas que não devem ser tipificadas pelo direito penal, pois só assim haverá um satisfatório cumprimento do princípio da segurança jurídica (*Bestimmtheitsgebot*). Não resta dúvida, entretanto, quanto à necessidade de utilização do direito penal como um segundo pilar de sustentação da proteção da imagem.

Nesse contexto, o § 201a do Código Penal alemão foi criado para conter as ofensas perpetradas ao direito à imagem, particularmente aquelas praticadas com o uso de novas

81. WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1, p. 184.

82. Vejamos o original do §201a, (3): “Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand hat, 1. herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen, oder 2. sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft”.

tecnologias. A legislação alemã conta com um tipo penal voltado especificamente para a tutela da imagem, o que diverge do ordenamento jurídico brasileiro, onde existe uma constelação de normas tratando da imagem, que no fim das contas mais prejudicam a tutela penal desse bem jurídico.

O direito penal alemão não reconhece uma previsão criminal que tutele a imagem como um bem jurídico autônomo, independentemente de qualquer violação à honra, à privacidade ou à intimidade, pois isso configuraria, conforme aponta parte da doutrina alemã, violação à proibição de excesso (*Überma verbot*).

Um ponto negativo da legislação alemã é a referência à “esfera estritamente pessoal da vida”. É que referida concepção se mostrou bastante polêmica e de difícil aplicação no caso concreto. Mais razoável é a vinculação da tutela penal não somente às imagens captadas e reproduzidas em habitações ou locais protegidos da vista, mas também às imagens que exibem cenas de nudez, bem como àquelas que exibem cenas comprometedoras, ofendendo a honra. Certamente a imagem merecerá maior proteção nessas situações, passando do campo meramente civil para a esfera penal.

Deve ser considerada exagerada a proteção penal autônoma da imagem, pois, se não houver a tipificação das condutas tão somente relacionadas à área de retiro da vítima, estar-se-á arriscando a punição de ações com potencialidade lesiva irrelevante para o direito penal.

Por conseguinte, é mais acertada a tutela penal da imagem de forma não autônoma, mas em associação com a punição de determinados atentados a direitos da personalidade, como a violação da intimidade e da honra, o que é feito pelo Código Penal alemão. Assim sendo, o direito à imagem não deve ser erigido, em toda sua extensão e compreensão, como um bem jurídico tutelado de forma autônoma pelo direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Manuel da Costa. A tutela penal da imagem na Alemanha e em Portugal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 94, p. 133-175, 2012.
- BORGMANN, Matthias. Von Datenschutzbeauftragten und Bademeistern – Der strafrechtliche Schutz am eigenen Bild durch den neuen § 201a StGB. *Neue Juristische Wochenschrift*, Frankfurt, ano 57, n. 30, p. 2133-2135, jul. 2004.
- BOSCH, Nikolaus. Der strafrechtliche Schutz vor Foto-Handy-Voyeuren und Paparazzi. *Juristenzeitung*, v. 60, n. 8, p. 377-385, abr. 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Ed. RT, 2007. t. I.
- DREYER, Gunda; KOTTHOFF, Jost; MECKEL, Astrid. *Urheberrecht*. 3. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 2013.
- EISELE, Jörg. *Strafrecht – Besonderer Teil I*. 4. ed. Stuttgart: Kohlhammer, 2017.
- EISELE, Jörg. Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen. *Juristische Rundschau*, Berlin, p. 6-11, jan. 2005.

- FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München: C.H. Beck, 2013.
- GERTZEN, Anke Marie. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild: Eine Bewertung des § 201 a StGB im Vergleich zu Art. 197 Código Penal*. Göttingen: Cuvillier, 2009.
- GRAF, Jürgen-Peter. Vor §§ 201 ff. §§ 201-202c. *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*. 2. ed. München: C. H. Beck, 2012. v. 4.
- HELLE, Jürgen. *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht: das Recht am eigenen Bild, das Recht am gesprochenen Wort und der Schutz des geschriebenen Wortes*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1991.
- HENGST, Florian. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild (§ 201a StGB)*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.
- HOYER, Andreas. Die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs bei § 201a StGB. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, ano 1, n. 1, p. 1-6, jan. 2006.
- KÄCHELE, Andreas. *Der strafrechtliche Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen (§ 201a StGB)*. Baden-Baden: Nomos, 2007.
- KARGL, Walter. Zur Differenz zwischen Wort und Bild im Bereich des strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 117, n. 2, p. 324-353, nov. 2005.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht. Besonderer Teil I. Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft*. 8. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. Baden-Baden: Nomos, 2015.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*. 5. ed. Baden-Baden: Nomos, 2012.
- KRAENZ, Nadja. *Der strafrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts*. Baden-Baden: Nomos, 2008.
- KÜHL, Kristian. Zur Strafbarkeit unbefugter Bildaufnahmen. *Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht*, Düsseldorf, ano 35, n. 3, p. 190-197, maio-jun. 2004.
- LEFFLER, Ricarda. *Der strafrechtliche Schutz des Rechts am eigenen Bild vor dem neuen Phänomen des Cyber-Bullying*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2012.
- LEGLER, Thomas. *La vie privée, image volée: la protection pénale de la personnalité contre les prises de vues*. Berna: Staempfli, 1997.
- MAURACH, Reinhart; SCHROEDER, Friedrich-Christian; MAIWALD, Manfred. *Strafrecht Besonderer Teil*. 10. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2009. v. 1.
- RENGIER, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 7. ed. München: C. H. Beck, 2015.
- RENGIER, Rudolf. *Strafrecht. Besonderer Teil II*. 14. ed. München: C. H. Beck, 2013.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- ROXIN, Claus. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck, 2006. v. 1.
- SCHMITZ, Albert. *Strafrechtlicher Schutz vor Bild- und Wortaufnahmen*. Hamburg: Dr. Kovac, 2011.
- VALERIUS, Brian. § 201a. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm et alii. *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2010. v. 6, p. 1391-1415.
- WESSELS, Johannes; HETTINGER, Michael. *Strafrecht Besonderer Teil*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2017. v. 1.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. A tutela das criações intelectuais e a existência do direito de autor na Antiguidade Clássica. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 8, n.1, p. 133-150, jul. 2013.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Estatuto da Criança e do Adolescente – Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente – Descaracterização – Agente que fotografa, consensualmente, adolescente em cenas de sexo explícito – Vítima com compleição física avantajada, compatível com pessoa adulta, que sustenta a alegação de erro de tipo – Inteligência do art. 241, *caput*, da Lei 8.069/1990, de Paulo Rossi – RT 917/477-494 (DTR\2012\2338);
- Pedofilia nas redes sociais, de David Augusto Fernandes – RT 928/255-280 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5 (DTR\2013\436);
- Projeto vazou: pesquisa sobre o vazamento não consentido de imagens íntimas no Brasil, de Leandro Ayres França, Jéssica Veleza Quevedo, Jean de Andrade Fontes, Anderson José da Silva Segatto, Carlos Adalberto Ferreira de Abreu, Diego da Rosa dos Santos, Luana Ramos Vieira e Gabriel José Chittó Gauer – RBCCrim 169/231-270 (DTR\2020\7973); e
- Violações a princípios constitucionais e penais na legislação de combate à pornografia infantil, de Alexandre Assunção e Silva – RT 890/444-470 (DTR\2009\687).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2016\563598.

APROXIMAÇÕES ENTRE DIREITO PENAL E DIREITO DA ANTIDISCRIMINAÇÃO: UM (NOVO?) MODELO NORMATIVO PARA PENSAR A CRIMINALIZAÇÃO DA LGBTIFOBIA NO BRASIL

APPROXIMATIONS BETWEEN CRIMINAL LAW AND ANTI-DISCRIMINATION LAW: A (NEW?) NORMATIVE MODEL FOR THINKING THE CRIMINALIZATION OF LGBTIPHOBIA IN BRAZIL

VICTOR SUGAMOSTO ROMFELD

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Direito Homoafetivo e Gênero pela Universidade Santa Cecília (UNISANTA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Bacharel em Direito pela UFPR. Pesquisador na área de ciências criminais, com ênfase em feminismos e interseccionalidades (classe, raça, gênero e sexualidade).

ORCID: 0000-0003-2386-7080

victorromfeld@gmail.com

Recebido em: 14.09.2019

Aprovado em: 30.03.2020

Última versão do autor: 04.04.2020

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo tem sua temática centrada na criminalização da LGBTIfobia, sobretudo diante de estatísticas não oficiais da vitimização dos indivíduos integrantes desse grupo no Brasil, justificando a importância do tema escolhido. Diante disso, parte-se de três problemas de pesquisa: i) é possível identificar um Direito Penal Antidiscriminatório no ordenamento jurídico brasileiro?; ii) esse modelo oferece uma base normativa para fundamentar a possibilidade, em tese, de criminalização da LGBTIfobia?; iii) quais os limites das proposições legislativas no País que pretendem punir esses comportamentos, assegurando a não discriminação do referido grupo? Para lidar com tais indagações, a metodologia escolhida consistiu em revisão bibliográfica,

ABSTRACT: This article has its theme centered on LGBTIphobia criminalization, especially in the face of unofficial statistics on the victimization of individuals in this group in Brazil, justifying the importance of the chosen theme. In view of this, we start from three research problems: i) is it possible to identify an AntiDiscriminatory Criminal Law in the Brazilian legal system?; ii) does this model offer a normative basis to justify the possibility, in theory, of criminalizing LGBTIphobia?; iii) what are the limits of legislative proposals in the country that intend to punish these behaviors, ensuring the non-discrimination of the referred group? In order to deal with such inquiries, the methodology chosen consisted of a bibliographic review, selecting authors of critical selecionando autores

da dogmática penal crítica, constitucionalistas e juristas estudiosos do Direito da Antidiscriminação. O percurso de investigação adotado neste artigo confirma a hipótese central proposta, qual seja, a de que há bases normativas suficientes (constitucional e infraconstitucional) sustentando a possibilidade de criminalizar a LGBTIfobia no Brasil. O objetivo de tais reflexões está voltado ao desenvolvimento de uma dogmática penal constitucional e antidiscriminatória.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática penal crítica – Direito penal constitucional – Direito da antidiscriminação – Criminalização da LGBTIfobia – Princípio da intervenção mínima.

criminal dogmatics, constitutionalists and jurists who study anti-discrimination law. The investigation path adopted in this article confirms the central hypothesis proposed, namely, that there are sufficient normative bases (constitutional and infraconstitutional) supporting the possibility of criminalizing LGBTIphobia in Brazil. The purpose of such reflections is to develop a constitutional and anti-discrimination criminal dogmatics.

KEYWORDS: Critical criminal dogmatics – Constitutional criminal law – Anti-discrimination law – Criminalization of LGBTIphobia – Minimal intervention principle.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Em busca de bases normativas para um Direito Penal da Antidiscriminação. 2.1. A Constituição Federal como ponto de partida. 2.2. Elementos esparsos na legislação infraconstitucional. 2.3. O princípio da intervenção mínima como pressuposto para tipificar comportamentos discriminatórios. 3. Violência(s) contra pessoas LGBTI no Brasil e as limitações de uma legislação penal antidiscriminatória. 3.1. A ausência de dados oficiais. 3.2. Preconceito, discriminação e as múltiplas modalidades de LGBTIfobia. 3.3. Projetos de Lei (PLs) sobre a temática e a necessidade de unificá-los a partir de um paradigma antidiscriminatório. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A “homofobia”¹ – como costuma ser chamada no meio jurídico e acadêmico – é um fenômeno que interessa a múltiplas áreas do conhecimento. Ao inserir a referida palavra no Banco de Teses e Dissertações da CAPES, obtêm-se 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) resultados, espaço amostral no qual apenas 19 (dezenove) trabalhos acadêmicos

1. Coloco o conceito em aspas porque, apesar de ser empregado na linguagem corriqueira de profissionais do Direito e de alguns acadêmicos e militantes de movimentos sociais, entendo que ele oculta outras discriminações fundadas na orientação sexual (como a lesbofobia e a bifobia), na identidade de gênero (como a transfobia) e na condição sexual do indivíduo ao nascer (como no caso dos intersexuais). Portanto, escolho o termo “LGBTIfobia” por ser mais abrangente e mais inclusivo, sem correr o risco de silenciar outras discriminações igualmente relevantes.

dizem respeito ao Direito, como área de conhecimento.² Entre essas dissertações e teses, somente 2 (duas) estão inseridas como pesquisas engajadas nas ciências criminais (Direito Penal, Criminologia, Processo Penal e Política Criminal).³

Esses dados, ainda que apresentados de forma breve e sucinta, demonstram a pertinência do tema do presente artigo, isto é, as discriminações por orientação sexual e identidade de gênero e as formas pelas quais o Direito – em especial, o Direito Penal – costuma lidar com o referido fenômeno. Ademais, sugerem uma aparente escassez e insuficiência dos estudos jurídico-acadêmicos no tocante à temática mencionada. Diante disso, este artigo tem como objetivo estabelecer pontos de proximidade entre o Direito Penal e o Direito da Antidiscriminação, que consolidaria um modelo normativo para refletir acerca das possibilidades de criminalização da LGBTIfobia no Brasil.

Portanto, o objeto está centrado no modelo político-criminal brasileiro adotado para lidar com as situações discriminatórias, que busca punir tanto a discriminação individual como a coletiva, por meio de leis esparsas no ordenamento jurídico nacional. Ao que parece, essas formas de criminalização possuem respaldo constitucional, tendo em vista a individualização de mandamentos expressos nesse sentido, extraídos da Constituição Federal.

É justamente nesse contexto que se inserem os problemas de pesquisa deste artigo: é possível identificar um Direito Penal Antidiscriminatório no ordenamento jurídico brasileiro? Esse modelo oferece uma base normativa para fundamentar a possibilidade, em tese, de criminalização da LGBTIfobia? Quais os limites das proposições legislativas no País que pretendem punir esses comportamentos, assegurando a não discriminação do referido grupo?

Para responder a tais questionamentos, será empregada metodologia de revisão bibliográfica, resgatando autores da dogmática penal crítica⁴ e estabelecendo diálogos com constitucionalistas e juristas que se debruçam sobre o Direito da Antidiscriminação; em especial, Roger Raupp Rios.

Firmada essa premissa metodológica, o percurso do trabalho está dividido nas seguintes partes: num primeiro momento, investigar as bases normativas do Direito Penal da Antidiscriminação a partir de dois pontos de proximidade (normas constitucionais e leis especiais) e um princípio limitador (princípio da intervenção mínima).

2. Disponível em: [<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#!/>]. Acesso em: 24.07.2019.

3. Se o termo de busca for substituído por “LGBTIfobia”, extraem-se unicamente 2 (dois) resultados, sendo um deles oriundo do Direito, e o outro, da Educação. Ao optar por “LGBTfobia” – ou seja, sem fazer referência aos intersexuais –, são colhidos 20 (vinte) trabalhos acadêmicos, dos quais 3 (três) são do Direito.

4. Por “dogmática penal crítica”, refiro-me tanto a autores que se preocupam com a contenção do poder punitivo estatal (num viés minimalista) como aqueles que procuram articular o Direito Penal com o Direito Constitucional.

Num segundo momento, abordar elementos empíricos sobre violência contra pessoas LGBTI no Brasil, justificando a pertinência da criminalização de condutas que atentem contra a orientação sexual e a identidade de gênero dos indivíduos. Além disso, apresentar os Projetos de Lei (PLs) versando sobre a temática, avaliando em que medida poderiam contribuir para a consolidação de uma legislação antidiscriminatória unificada para as pessoas LGBTI.

Antes de ingressar nos fundamentos teóricos propriamente ditos, duas ressalvas devem ser colocadas.

Primeiramente, esclareço que este artigo não pretende se imiscuir na controvérsia criminológico-crítica conhecida como a “esquerda punitiva”⁵, ou seja, não ingressará no debate que rotula determinados movimentos sociais progressistas (como o movimento LGBTI) de punitivistas, na perspectiva da criminologia crítica *mainstream*. O recorte se justifica pelo escopo do próprio artigo: embora não desconsidere a importância da Criminologia como disciplina autônoma, muito menos desconheça seus autores críticos mais relevantes, os objetivos estão mais voltados à dogmática penal. Ou, precisamente, estão adstritos ao desenvolvimento de uma dogmática penal constitucional e antidiscriminatória.

Em segundo lugar, este trabalho também não analisará, minuciosamente, as inúmeras divergências que polarizaram juristas por ocasião do julgamento conduzido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26 e o Mandado de Injunção (MI) 4.733, oportunidade em que reconheceu omissão por parte do Poder Legislativo e enquadrou a homofobia e a transfobia como crimes de racismo.⁶ A exclusão desse julgamento do objeto do artigo se apoia, novamente, em sua finalidade, mais afeita à doutrina do que à jurisprudência.

5. As discussões costumam ser hegemonizadas por um texto de Maria Lúcia Karam, que classifica como “punitivistas” movimentos que buscam a criminalização como estratégia para solucionar determinados problemas sociais. Conferir: KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, jan.-jun. 1996. p. 79-92.

6. A título exemplificativo, cito dois textos que circularam como colunas jurídicas nos meios virtuais. Contra a equiparação do crime de racismo como homofobia e transfobia: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lênio Luiz; PANSIERI, Flávio. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito]. Acesso em: 24.07.2019. A favor da referida equiparação: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Fundamentos em prol da criminalização da homofobia e da transfobia: resposta às críticas*. Disponível em: [www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-07072016]. Acesso em: 24.07.2019.

2. EM BUSCA DE BASES NORMATIVAS PARA UM DIREITO PENAL DA ANTIDISCRIMINAÇÃO

Inicialmente, é preciso recordar que o assunto da discriminação é pouco tratado entre penalistas, sem receber a devida atenção. Os livros que abordam a temática, por sua vez, parecem seguir o mesmo *script*: começam com um capítulo sobre “evolução legislativa” a respeito da discriminação – desde o Brasil Colonial até “os dias atuais” –, perpassam as legislações antidiscriminatórias recentes e complementam as reflexões com um suposto “estudo de direito comparado”, no qual procuram estudar a legislação estrangeira.⁷ Dentro do espectro das discriminações, a homossexualidade, ao que tudo indica, também não desperta interesse entre penalistas brasileiros.⁸ Ainda mais escassos são os estudos que realizam a intersecção entre a criminalização de condutas LGBTifóbicas e o Direito da Antidiscriminação.⁹

Os estudos de penalistas sobre discriminação pecam em três aspectos centrais. Primeiro porque tentam traçar uma linha evolutiva de um fenômeno múltiplo e complexo, tratado de forma unitária, que surgiu em determinado período histórico e foi se desenvolvendo progressivamente, até a atualidade. Conforme advertem as vertentes críticas da História do Direito, esse *approach* representa o positivismo histórico, segundo o qual a história evolui em escala linear a partir do encadeamento lógico dos acontecimentos.¹⁰ Assim, a discriminação contemporânea não passaria de mera “evolução” daquilo que já existia em tempos longínquos, opção metodológica – a meu ver, equivocada – que permeia reflexões de penalistas e criminólogos.¹¹

7. Nesse sentido, ver: SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 17-44 e 128-146; BORNIA Josiane Pilau. *Discriminação, preconceito e direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 36-64 e 103-116; SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 62-78 e 174-194.

8. Exceto André Estefam, que possui obra específica (sua tese de doutoramento publicada) sobre homossexualidade, prostituição e estupro. Conferir: ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016. Todavia, o roteiro mencionado persiste, na medida em que o autor dedica um capítulo destinado ao “panorama histórico” da homofobia, desde a Antiguidade até a Idade Moderna.

9. Vale mencionar o interessante trabalho de Victor Manfrinato: BRITO, Victor Manfrinato de. *A criminalização da homotransfobia no âmbito do direito da antidiscriminação*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018.

10. FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 60.

11. Carlos Bacila, por exemplo, pretende investigar uma origem remota e como inerente a todos os estigmas, que supostamente influenciaram “[...] toda a história da humanidade

Desse modo, sigo as precauções metodológicas de Salo de Carvalho, que alerta a necessidade de “respeitar a história” em trabalhos acadêmicos, sobretudo diante da impossibilidade de tratar determinados períodos históricos como blocos harmônicos e monolíticos.¹² Por mais que o fenômeno da discriminação apresente raízes históricas, isso não significa que seja viável identificar um certo ponto de origem a partir do qual se explica o seu desenvolvimento, lento e gradual, até os “dias de hoje”. O passado não pode ser interpretado com as ferramentas intelectuais das quais dispomos na atualidade.¹³

Uma segunda falha nos estudos supracitados está relacionada ao Direito Comparado: os autores¹⁴ costumam escolher uma dezena de países e, em poucas páginas, afirmar qual o enquadramento normativo da discriminação em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Ocorre que examinar o direito estrangeiro, numa perspectiva comparatista, exige metodologias próprias, sob o risco de realizar uma pesquisa precária, meramente descritiva, sem observar as práticas jurídicas vinculadas às leis antidiscriminatórias e sua interpretação pelos tribunais competentes.¹⁵

Finalmente, a terceira insuficiência diz respeito à ausência de diálogos e interseções entre as leis antidiscriminatórias e a Constituição Federal: quando há algum tipo de menção às normas constitucionais, ela está completamente descolada das leis penais que buscam coibir a discriminação, como se sua existência fosse autossuficiente. Penso que é indispensável romper com esse tipo de abordagem, o que pode ser feito através de perspectivas defensoras de um “Direito Penal Constitucional”.¹⁶

Assentadas as devidas ressalvas, passo a discorrer sobre as bases normativas do Direito Penal da Antidiscriminação.

e o seu direito” (BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 53-54).

12. CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 22-23.

13. CARVALHO, Salo de. Obra citada, p. 25.

14. Em especial, Silva, Bornia e Santos.

15. Novamente, pertinentes as considerações de Salo de Carvalho: “Não restam dúvidas de que entre o direito legislado e o direito vivo existem lacunas e contradições muitas vezes insuperáveis. Todavia, esquecendo esta premissa básica ensinada pela sociologia do direito e embriagados pelo fetiche legalista, inúmeros trabalhos de conclusão expõem a lei vigente no país como se refletisse sua eficácia.” (CARVALHO, Salo de. Obra citada, p. 28.)

16. Nesse sentido, a colocação de Dimitri Dimoulis: “O discurso dos penalistas é caracterizado pela opção *isolacionista*, como se a estrutura escalonada do direito tivesse em seu ápice a legislação penal estatal (e não a Constituição e os tratados internacionais) e como se a elaboração dogmática pudesse contentar-se com conceitos elaborados por penalistas, prescindindo das elaborações da doutrina constitucional e internacional.” (DIMOULIS, Dimitri. *Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015. p. 11.)

2.1. A Constituição Federal como ponto de partida

Não constitui tarefa fácil delimitar, em termos estritos, um conceito que explique sucintamente o Direito da Antidiscriminação. Apesar de tal dificuldade, pode-se afirmar, de acordo com as lições de Roger Raupp Rios, que se trata de um ramo do Direito que acrescenta elementos, princípios institutos e novas perspectivas para compreender o conteúdo jurídico do princípio da igualdade e de suas consequências.¹⁷

Por mais que a discriminação possua uma pluralidade de significados, num sentido jurídico pode ser assimilada como um ato desvantajoso imposto a alguém a partir de um critério proibido pelo sistema jurídico, no qual determinadas características recebem proteção.¹⁸ Existem discriminações diretas que envolvem práticas intencionais e conscientes, ao passo que também podem ser detectadas discriminações indiretas, “[...] realidades permanentes que se reproduzem e se reforçam ao longo do tempo por meio da manutenção de medidas aparentemente neutras mas efetivamente discriminatórias”.¹⁹

Ao menos no que diz respeito ao Direito brasileiro, identificam-se três modalidades de discriminação direta: explícita, na aplicação do direito e na concepção. Homossexuais já foram discriminados explicitamente no regime de Previdência Social, cuja legislação de benefícios excluía seus companheiros. Também foram discriminados na aplicação do direito, em especial quanto ao art. 203 do Código de Processo Penal, quando juízes os excluía do encargo de testemunhar em virtude da orientação sexual, como elemento comprometedor da avaliação da credibilidade da testemunha. Ainda, recorde-se que foram discriminados na concepção, sobretudo diante da redação originária do art. 235 do Código Penal Militar (crime de *pederastia* ou outro ato de libidinagem): mais do que reprimir condutas libidinosas nos estabelecimentos militares, foi concebida para punir a homossexualidade.²⁰

Veja-se que o Brasil buscou tratar da discriminação em duas perspectivas que se complementam: a aposta em um modelo repressivo (que criminaliza determinadas condutas discriminatórias, como o racismo) e um modelo de ações afirmativas (que busca a concretização do princípio da igualdade através da instituição de políticas públicas inclusivas). Nesse sentido, valho-me da descrição de Brito Filho:

“Essa forma de conduta, a discriminação, embora já tenha sido albergada pelo Direito, até o brasileiro, é hoje considerada incompatível com um dos princípios-base do ordenamento jurídico, o Princípio da Igualdade, e por isso rejeitada e combatida.

17. RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 13.

18. MOREIRA, Adilson. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017. p. 69.

19. RIOS, Roger Raupp. Obra citada, p. 21.

20. A delimitação conceitual de cada modalidade, com apontamento de outros exemplos, pode ser conferida em: RIOS, Roger Raupp. Obra citada, p. 98-102.

Esse combate é feito a partir de dois grandes modelos: o modelo repressor e o das ações afirmativas.

No primeiro modelo, cuida-se, com destaque para a ação estatal, da edição de normas que impedem e reprimem a conduta discriminatória, criminalizando-a, mas, também, impondo sanções de natureza civil, trabalhista e administrativa. É modelo caracterizado como estático, pois se limita a punir a conduta definida como discriminatória.

Diversamente, o segundo modelo, das ações afirmativas, ou da discriminação positiva ou inversa, propõe conduta mais dinâmica, por meio do estabelecimento de normas que, reconhecendo as diferenças e as desigualdades porventura causadas pelas primeiras, criam condições especiais para o exercício dos direitos, especialmente os fundamentais, em favor de grupos vulneráveis. Tem sido utilizado no Brasil, não somente para hipóteses de exclusão, que têm como causas fatores culturais e sociais, mas também para as hipóteses de desigualdade, que têm como causa fator socioeconômico.

Note-se que um modelo não é excludente do outro; ao contrário, são complementares, no sentido de que atuam contra a discriminação com o mesmo objetivo, mas de forma distinta, o primeiro reprimindo a discriminação, com base da cláusula geral de igualdade, e o segundo, promovendo o respeito às diferenças, agora fundamentado em cláusulas especiais.”²¹

Uma vez sedimentadas as explicações sobre categorias discriminatórias e o modelo de proteção adotado nacionalmente, destaco um primeiro ponto de aproximação do Direito Penal da Antidiscriminação: o art. 3º, IV, da Constituição Federal (CF) estabelece como um dos objetivos republicanos a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e *quaisquer outras formas de discriminação*.

A princípio, verifica-se que não há menção expressa quanto à orientação sexual e à identidade de gênero. José Afonso da Silva explica que, na época da Constituinte, embora tenha sido travada uma discussão sobre a inclusão de proibição da discriminação de homossexuais, não houve segurança para a inclusão do termo “orientação sexual”, pela possibilidade interpretativa de albergar comportamentos sexuais prejudiciais a terceiros.²² Essa suposta preocupação fez com que fosse adotada uma

21. BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Comentário ao art. 5º, XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 392.

22. “A questão mais debatida feriu-se em relação à discriminação dos homossexuais. Tentou-se introduzir uma norma que a vedasse claramente, mas não se encontrou uma expressão nítida e devidamente definida, que não gerasse extrapolações inconvenientes. Uma delas consistiu em conceder igualdade, sem discriminação, de orientação sexual,

redação “aberta”, enunciado exemplificativamente algumas discriminações, sem excluir aquelas que não estariam pontuadas. Portanto, a ausência de previsão expressa da orientação sexual e da identidade de gênero como critério proibitivo de diferenciação não pode ser considerada um obstáculo para a proteção das referidas vulnerabilidades, sobretudo diante do princípio da igualdade.²³

Reforço a importância da referida norma constitucional, que vai muito além de um mero objetivo republicano a ser alcançado em longo prazo, coibindo as discriminações. Penso, assim como alguns constitucionalistas, que a escolha de tal objetivo não é neutra, pois representa as finalidades de um Estado social, calcado no pluralismo e no respeito às múltiplas diferenças. São objetivos vinculativos, ou seja, que conformam (ou deveriam conformar) toda a atividade do Estado brasileiro, desde as políticas públicas até as medidas legislativas e as decisões judiciais.²⁴

Esse seria, por conseguinte, um primeiro ponto de contato entre o Direito Penal e o Direito da Antidiscriminação: a norma constitucional que estabelece como um dos objetivos da República a proibição de quaisquer formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF). Como desdobramento da primeira, uma segunda aproximação pode ser detectada no art. 5º, XLI, da CF, segundo o qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais. Essa norma tem sua eficácia limitada e sua aplicabilidade mediata, considerando ser imprescindível a edição de leis penais específicas, tipificando as discriminações violadoras de direitos fundamentais.²⁵ Além disso, traz à tona o extenso debate acerca dos mandamentos constitucionais de criminalização.

reconhecendo, assim, na verdade, não apenas a igualdade, mas igualmente a liberdade de as pessoas de ambos os sexos adotarem a orientação sexual que quisessem. Teve-se receio que essa expressão albergasse deformações prejudiciais a terceiros. Daí optar-se por vedar as distinções de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação, que são suficientemente abrangentes para recolher também aqueles fatores que têm servido de base para desequiparações e preconceitos.” (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 48.)

23. “Aliás, nunca é demais ter presente que as proibições de diferenciação têm sua raiz na enunciação geral do princípio da igualdade, cujo aspecto formal se reforça mediante a enumeração destes critérios. Este dado corrobora, ainda mais, a não-obrigatoriedade da expressa enunciação da proibição de discriminação, além, de revelar o equívoco que sustenta a taxatividade dos critérios proibitivos de diferenciação.” (RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 72.)
24. STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. Comentário ao art. 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 149.
25. A observação é feita não somente por constitucionalistas, mas por penalistas comentadores da Constituição: MASSON, Cleber. Comentário ao art. 5º, XLI. *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 186.

Se, por um lado, a CF possui diversos princípios constitucionais que interferem diretamente em matéria penal, limitando o poder punitivo estatal, por outro, ela apresenta preceitos que alargam a incidência do Direito Penal, enquanto instrumento de proteção de direitos. Segundo Luiz Luisi, essas normas constitucionais – como aquela supramencionada – podem ser chamadas de “cláusulas de criminalização”²⁶, que determinam a proteção penal para comportamentos lesivos ou estabelecem tratamento mais gravoso para crimes já existentes.²⁷

Nota-se, dessa forma, que os mandados de criminalização são destinados ao legislador, o qual também está atrelado ao princípio da proporcionalidade. Suas repercussões, em matéria penal, dizem respeito tanto à proibição de excesso como à proibição de proteção insuficiente.²⁸ A título de reforço argumentativo, merece destaque a posição de Luciano Feldens:

“Os deveres (mandados) de tutela penal são a expressão, no campo jurídico-penal, da teoria dos deveres estatais de proteção; configuram-se, assim, como uma proteção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. [...]”

O mandado de criminalização veicula, portanto, uma relação de natureza impositiva que tem como destinatário o legislador, a este competindo a criação de um abrigo normativo, de caráter jurídico-penal, estabelecendo os termos e os limites dessa tutela, a qual, se por um lado não pode situar-se além do constitucionalmente permitido (proibição do excesso), tampouco se pode estabelecer aquém do constitucionalmente exigido (proibição de proteção deficiente).

Diante desse panorama global, podemos concluir que a ideia do dever de prestação normativa em matéria penal encerra uma relação de complementaridade entre as funções limitadora – tradicionalmente colocadas em primeiro plano – e fundante do Direito penal, as quais não podem, sob tais circunstâncias, ver-se dissociadas.”²⁹

26. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003. p. 57-58.

27. LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 142. Em vez de “cláusulas de criminalização”, este autor opta por chamá-las de “imposição constitucional criminalizadora de conteúdo prescritivo”.

28. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 535-537.

29. FELDENS, Luciano. Comentário ao art. 5º, XLII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 394-395.

O mandado de criminalização contido no art. 5º, XLI, da CF, ao prever que a lei punirá quaisquer tipos de discriminações atentatórias a direitos e liberdades fundamentais, certamente não autoriza a automática incriminação de condutas por parte do legislador, que deve buscar fundamentos constitucionais para tanto.³⁰ Conforme nos ensina Dimitri Dimoulis, a intervenção penal deve ser legitimada a partir de um procedimento argumentativo bifásico que, numa primeira etapa, identifica o(s) direito(s) fundamental(is) que seria(m) objeto de proteção (direta ou indireta) da norma penal. Num segundo momento, esse procedimento exigiria o exame da proporcionalidade da referida intervenção (avaliando-se a relação entre meios e fins e a adequação), como justificativa definitiva da criminalização pretendida.³¹

Diante de tais apontamentos, é importante esclarecer que as normas constitucionais indicadas neste tópico não podem ser utilizadas – seja pelo legislador, seja pelos movimentos defensores de minorias socialmente discriminadas – para legitimar um expansionismo do Direito Penal, com a inserção desenfreada de novos tipos penais, fenômeno que vem sendo constatado em diversos países.³² Ao contrário: a criminalização de condutas discriminatórias a direitos fundamentais – âmbito no qual se insere o Direito Penal da Antidiscriminação – não pode deixar de justificar constitucionalmente a intervenção penal, em consonância com os princípios da intervenção mínima e da proporcionalidade.

2.2. *Elementos esparsos na legislação infraconstitucional*

No tópico anterior, afirmei que o Direito Penal Antidiscriminatório encontraria seus fundamentos jurídicos basilares na CF, diante de mandamentos expressos de criminalização destinados ao legislador para coibir comportamentos fundados em discriminação. Assim, após a promulgação da CF, o ordenamento jurídico brasileiro passou a contar com várias leis antidiscriminatórias. Em geral, essas leis são abrangentes e contemplam esferas distintas do Direito, mas as cinco legislações citadas neste artigo manifestam uma vertente incriminadora, criando tipos penais novos ou agravando aqueles já existentes.

30. Embora tenha mencionado duas normas constitucionais, é possível identificar outros mandados expressos de criminalização na seara constitucional: i) o racismo enquanto crime definido nos termos de lei específica (art. 5º, XLII); ii) o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos (art. 5º, XLIII); iii) a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV); iv) a retenção dolosa do salário (art. 7º, X); v) a punição severa do abuso, da violência e da exploração sexual da criança e do adolescente (art. 227, § 4º).

31. Para maior detalhamento a respeito do procedimento bifásico, conferir: DIMOULIS, Dimitri. Obra citada, p. 74-86.

32. Conforme descrição feita em: SÁNCHEZ, Jeús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 28 e ss.

Nesse contexto, existem modalidades diferenciadas de incriminação de condutas discriminatórias, sendo possível tipificar condutas que tenham uma vítima específica, ou, ainda, condutas nas quais a vítima é a totalidade de um grupo considerado historicamente vulnerável. Por isso que se diz que o Brasil adotou um modelo acumulativo no Direito Penal da Antidiscriminação. Nas palavras de Regina Cirino:

“O Brasil, sobretudo em face do marcante período escravocrata e suas indeléveis cicatrizes, seguiu modelo expansionista e sua normativa antidiscriminatória é bastante complexa. Nota-se que, por vezes, é possível identificar, inclusive, a sobreposição de delitos, também denominada de ‘recriminalização’. Isto é, a possibilidade de identificar em um único fato a subsunção a mais de uma tipificação penal, tal se explica, muitas vezes, pelo anseio punitivista somado ao desconhecimento dos legisladores quanto as normas vigentes em seu próprio ordenamento.

Pode-se dizer, então, que o Brasil aproxima-se do denominado modelo acumulativo, isto pois, exemplificativamente, estão presentes tipos que versam sobre a proteção individual de não ser discriminado (artigo 1º ao 14 da Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989); normas penais que vislumbram a proteção coletiva com tipos penais que vendam a indução ou incitação à discriminação (artigo 20 da Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989); qualificadoras penais nos crimes praticados por motivo discriminatório (*vide* artigo 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal – feminicídio), bem como causas de aumento da pena, *vide*, por exemplo, o artigo 149, § 2º, inciso II, do Código Penal – redução à condição análoga à de escravo em razão de uma característica da vítima.”³³

A primeira delas é a Lei 7.716/89, definindo os crimes resultantes de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. De início, observe-se que houve certa atecnia por parte do legislador, considerando que o preconceito propriamente dito não pode ser criminalizado enquanto não for exteriorizado, isto é, enquanto não estiver expresso em condutas, redundando em ações discriminatórias.³⁴ A par dessa ressalva, a legislação mencionada possui tipos penais antidiscriminatórios tanto nas perspectiva individual (arts. 3º ao 14), punindo comportamentos que atingem uma vítima específica, quanto coletiva (art. 20), criminalizando todo aquele que praticar, induzir ou incitar a discriminação baseada em raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Essa lei nada mais é do que a concretização do mandado constitucional previsto no art. 5º, XLII, da CF, embora seja comum a constatação doutrinária – por parte de penalistas que estudam a discriminação racial – de que sua eficácia seria questionável por diversas razões, desde

33. SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. *Crimes de ódio: racismo, feminicídio e homofobia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 97.

34. SILVA, Katie Elenise Oliveira da. Obra citada, p. 115-116.

o não enfrentamento da desigualdade material promovido por outros ramos do Direito até problemas específicos de redação dos tipos penais.³⁵

Em segundo lugar, a Lei 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), também assumiu viés de antidiscriminação, pois enuncia (art. 3º) que os direitos elencados nessa legislação protetiva são reconhecidos e aplicados a toda crianças e todo adolescente, sem distinções de ordem social, econômica, familiar, racial, de gênero, entre outras nuances. Ademais, o estatuto repudia qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão contra o grupo em comento (art. 5º). Diante disso, criminalizou diversas condutas (arts. 228-244-B, ECA) que, ao menos em tese, têm o objetivo de tutelar direitos fundamentais tanto de crianças e adolescentes como das gestantes.

A Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso) parece ter adotado os mesmos moldes normativos do ECA, uma vez que ressalta a impossibilidade de pessoas idosas serem submetidas a quaisquer discriminações (art. 4º), sejam elas referentes à cobrança de valor diferenciado em planos de saúde (art. 15, § 3º), sejam relativas à fixação de idade máxima para determinado posto de trabalho (art. 27). Entre os crimes tipificados (arts. 96-108), um deles (art. 96) prevê expressamente a proibição de discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando o exercício de sua cidadania.

Praticamente encerrando as legislações antidiscriminatórias selecionadas para a análise deste artigo, é digna de menção a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha – LMP), uma conquista histórica dos movimentos feministas brasileiros, considerando que durante séculos a violência de gênero permaneceu silenciada, tratada como um problema estritamente privado e “doméstico”. As múltiplas violências sofridas pelas mulheres, nos mais diversos períodos históricos, costumavam ser respondidas com o ditado popular de que “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”. A LMP seguramente foi responsável por questionar essa lógica patriarcal, além de publicizar um problema social que se alastrava em todo o território nacional. Apesar disso, a lei é objeto de intensos debates e controvérsias, não somente na dogmática penal como nas criminologias de viés crítico,

35. Nesse sentido: SILVA, Katia Elenise Oliveira da. Obra citada, p. 98-101; BORNIA, Josiane Pilau. Obra citada, p. 162-164; SANTOS, Christiano Jorge. Obra citada, p. 92 e ss. Pelo viés criminológico, Thula Pires faz uma análise mais refinada, avaliando que os efeitos simbólicos da criminalização do racismo, ainda que não possam ser romantizados, também não podem ser minimizados: “Os efeitos simbólicos do direito penal não podem ser romantizados, sob pena de que a apropriação das demandas do movimento social por essa gramática signifique a perpetuação de um modelo nefasto de opressão, mas também não devem ser minimizados. Se as discussões não são subsumidas à esfera penal, se nela demarca-se apenas mais um lugar de disputa, pode-se atribuir à criminalização do racismo um efeito estratégico importante na luta por reconhecimento dos negros.” (PIRES, Thula. *Criminalização do racismo: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros*. Brasília: Brado Negro, 2016. p. 229-230.)

as quais – em sua corrente aparentemente majoritária – põem em xeque a eficácia de seus dispositivos de natureza penal.³⁶

Para além das divergências dogmáticas e criminológicas, é pertinente salientar que a LMP estipulou como atribuição expressa do Poder Público (art. 3º, § 1º) o desenvolvimento de políticas públicas que visem garantir os direitos humanos das mulheres nas relações domésticas e familiares, no sentido de resguardá-las de toda forma de discriminação. Por mais que esse termo seja utilizado apenas uma vez na lei, isso não significa que tenha deixado de assumir um viés antidiscriminatório, pois: i) previu uma série de ações afirmativas, na forma de políticas públicas, com o objetivo de abordar a violência de gênero a partir de medidas preventivas (art. 8º); ii) incluiu uma agravante de violência doméstica e uma majorante nas lesões corporais, ambas localizadas no Código Penal (CP), a fim de subsidiar o sistema nacional de dados e informações relativo às mulheres, facilitando a formação de estatísticas sobre os crimes cometidos com viés de gênero.

Por último, a Lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência – EPD) se apresenta, possivelmente, como uma das mais avançadas no tocante à perspectiva antidiscriminatória, visto que há um capítulo específico sobre a igualdade e a não discriminação, especificando em que consistiria esse comportamento voltado contra pessoas deficientes (art. 4º, § 1º). Além disso, o EPD veta condutas discriminatórias em relação à saúde (art. 23), à educação (art. 27, parágrafo único), e ao trabalho (art. 34, § 3º) de pessoas com deficiência. Entre os delitos previstos, um deles (art. 88) tipifica a prática, a indução ou a incitação de discriminação de pessoa, em razão de sua deficiência.

Em suma, as legislações apontadas podem ser consideradas um segundo ponto de aproximação do Direito Penal com o Direito da Antidiscriminação, sobretudo porque as normas destacadas têm como escopo a proteção de indivíduos pertencentes a grupos socialmente minoritários e vulneráveis (negros, crianças, adolescentes, idosos, mulheres e pessoas com deficiência). No entanto, não obstante a previsão de mandados constitucionais de criminalização e sua concretização em legislações específicas, a cominação de crimes discriminatórios deve observar alguns princípios basilares da dogmática penal, ponto que será abordado na sequência.

36. Nessa direção, a crítica de Marília Montenegro: MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015. Em sentido contrário (e minoritário), Victor Romfeld não ignora as insuficiências da lei, mas defende seus avanços no tratamento jurídico da violência de gênero: ROMFELD, Victor Sugamoto. *Lei Maria da Penha: avanços e insuficiências*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 140, ano 26, fev. 2018. p. 109-137.

ROMFELD, Victor Sugamoto. Aproximações entre Direito Penal e Direito da Antidiscriminação: um (novo?) modelo normativo para pensar a criminalização da LGBTIfobia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 170. ano 28. p. 73-103. São Paulo: Ed. RT, agosto 2020.

2.3. *O princípio da intervenção mínima como pressuposto para tipificar comportamentos discriminatórios*

O Direito Penal pode ser definido, num conceito preliminar e provisório, como o setor do ordenamento jurídico que tipifica crimes, atribuindo-lhes as respectivas sanções, disciplinando a incidência e validade de normas penais, a estrutura analítica do delito e, por fim, a aplicação e execução das penas previstas.³⁷ Isso significa que o Direito Penal se ocupa das condutas classificadas como delitivas. Diante disso, Paulo Busato coloca a seguinte indagação: que parâmetros são seguidos para selecionar determinadas condutas como delitivas? Embora não exista uma resposta definitiva, um dos critérios fundamentais para orientar esse questionamento consiste na “danosidade social” dos comportamentos, sendo que os problemas teóricos surgem na tentativa de determinar o alcance de tal qualificação.³⁸

Para aferir a danosidade de determinada conduta, um dos critérios norteadores consiste na lesão de um bem jurídico, cuja localização pode ter como um de seus pontos de referência a Constituição, contemplando a proteção de bens jurídicos individuais ou coletivos.³⁹ Apesar de tais colocações, permanece como obstáculo a hierarquização entre bens jurídicos individuais e coletivos: longe de ser uma questão meramente teórica, ela revela um debate ainda mais profundo, no sentido de que a prevalência de um sobre outro indica a concepção de Estado, ora mais respeitosa à proteção pessoal do indivíduo, ora com viés mais intervencionista.⁴⁰

Relativamente ao bem jurídico propriamente dito, não desconheço as controvérsias que atingem o seu conceito. Entretanto, considerando que não são objeto deste artigo o desenvolvimento e as nuances da categoria mencionada, é importante esclarecer que me filio ao conceito de bem jurídico formulado a partir de uma política criminal fundada em preceitos constitucionais, como forma de conter o poder punitivo estatal.⁴¹

Assim, parece razoável afirmar que nossa Constituição reconheceu as condutas discriminatórias como danosas para sociedade brasileira, uma vez que classificou o racismo como crime (inafiançável e imprescritível). Mais do que isso, a Constituição autorizou a punição de comportamentos que representassem discriminação a direitos e liberdades fundamentais, por contrariarem um dos objetivos republicanos. Esse mandamento constitucional permitiu que fossem elaboradas legislações antidiscriminatórias, inclusive com viés punitivo, considerando que o bem jurídico tutelado é a igualdade; não em sua

37. BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 24.

38. BUSATO, Paulo Cesar. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 71.

39. BUSATO, Paulo Cesar. Obra citada, p. 72-74.

40. BUSATO, Paulo Cesar. Obra citada, p. 74-75.

41. BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015. p. 146-150.

vertente formal (igualdade de todos perante a lei), mas em sua materialidade (tratamento desigual a sujeitos concretamente desiguais numa sociedade estruturada por opressões discriminatórias, tais com o machismo, o racismo, o etarismo e a LGBTIfobia).

Como já afirmei no decorrer deste trabalho, a existência de cláusulas constitucionais que permitem a criminalização de condutas discriminatórias não permite, automaticamente, sua tipificação na seara penal. É imprescindível o cumprimento dos princípios fundantes do Direito Penal, sobretudo numa perspectiva de limitação do poder punitivo, *ultima ratio* de Estados Democráticos de Direito. Penso, portanto, que uma das principais barreiras à criminalização de comportamentos discriminatórios é o princípio da intervenção mínima.

No modelo de Estado mencionado, é inviável cogitar a criminalização arbitrária e infundada de condutas, principalmente se levando em conta que o uso do Direito Penal implica, necessariamente, a restrição e a suspensão de direitos fundamentais da pessoa apenada, em especial, sua liberdade.⁴² Numa primeira abordagem, o princípio em comento traduz a ideia de que a criminalização somente será legítima se ela constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico; caso contrário, se outras formas de sanção se mostrassem suficientes para tutelar o referido bem, a criminalização seria absolutamente dispensável.⁴³

Complementando tais apontamentos, valho-me das lições de Paulo Busato:

“O Direito penal intervém na última fase do controle social. Trata-se de uma etapa violenta, já que intervém com a pena e com a medida de segurança. Isso conduz, inexoravelmente, a uma necessária limitação. De toda a construção iluminista que parte da lógica do contrato social e das ideias de Beccaria, que apregoam que uma efetiva punição produz melhores resultados que o aprofundamento de sua gravidade, construiu-se uma expressão principiológica muito mais ampla do que inicial proposta pelo nobre italiano.

[...]

As ciências sociais põem em evidência, em primeiro lugar, que a pena não intimida, que a relativa eficácia do Direito penal à prevenção do delito não constitui o recurso mais idôneo ou eficaz. Finalmente, as análises da *efetividade* e dos *custos* (sociais) fundamentam cientificamente a necessidade de restringir a intervenção do Direito penal a seu mínimo necessário. Nesse sentido, razões de distintas ordens apontam para a adequação de um modelo penal de mínima intervenção.”⁴⁴

O mesmo autor indica que há duas vertentes do princípio da intervenção mínima: a fragmentariedade e a subsidiariedade. De forma bastante sucinta, a fragmentariedade

42. LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Obra citada, p. 70-71.

43. LUISI, Luiz. Obra citada, p. 39.

44. BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 55-56.

indica que nem todos os bens jurídicos recebem proteção penal, apenas aqueles identificados como essenciais ao desenvolvimento humano em sociedade, num Estado social e democrático de Direito.⁴⁵ Por outro lado, a subsidiariedade pressupõe a demonstração de que todos os demais mecanismos de controle social de mostraram incapazes de solucionar adequadamente determinado problema.⁴⁶

Conforme afirmei nos tópicos antecessores, o Direito da Antidiscriminação pode adotar um modelo voltado às ações afirmativas ou um modelo com teor repressivo, sendo que o Brasil seguiu um paradigma cumulativo. Evidentemente, as ações afirmativas se colocam como alternativa muito mais interessante para combater a discriminação do que a criminalização de condutas por parte do Direito Penal. Todavia, parece-me que comportamentos que lesionam gravemente os bens jurídicos vida, integridade física e a própria igualdade (material) entre indivíduos – tais como a prática de homicídios ou lesões corporais contra os grupos vulneráveis já destacados neste artigo – não são sancionados suficientemente mediante outros ramos do Direito (civil, administrativo, trabalhista, por exemplo), atraindo a *ultima ratio* do Direito Penal.

Porém, é imprescindível que a ineficácia desses meios (jurídicos, alheios à seara penal e extrajurídicos, como as políticas públicas) seja empiricamente demonstrada, aspecto que será abordado em seguida.

3. VIOLÊNCIA(S) CONTRA PESSOAS LGBTI NO BRASIL E AS LIMITAÇÕES DE UMA LEGISLAÇÃO PENAL ANTIDISCRIMINATÓRIA

Em termos históricos, sobretudo partindo da história brasileira, não é um exagero afirmar que as sexualidades divergentes da heterossexual foram consideradas pelos discursos hegemônicos crime, pecado ou doença. Esses rótulos eram atribuídos com respaldo religioso e médico-científico, legitimando instituições e práticas sociais baseados num conjunto de valores heteronormativos, os quais levaram à discriminação negativa e à punição de diversos comportamentos sexuais.⁴⁷

Esse “legado histórico discriminatório” situou o Brasil entre os países que não reconhecem formalmente as violências decorrentes de LGBTIfobia. A ausência de uma política criminal específica para esse grupo faz com que o Estado brasileiro não leve a sério essa questão, ignorando a (falta de) segurança de pessoas com orientações sexuais e identidades de gênero dissonantes do padrão hegemônico (heterossexual e cisgênero).

Para suprir essa lacuna, seleciono alguns relatórios produzidos por entidades de defesa de direitos humanos LGBTI sobre a violência perpetrada contra esses indivíduos.

45. BUSATO, Paulo Cesar. Obra citada, p. 57-58.

46. BUSATO, Paulo Cesar. Obra citada, p. 60.

47. PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades: a hierarquia da invisibilidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2012. p. 12.

Adiante, diferencio essas esferas de violência para, ao final, relacionar as proposições legislativas que tentaram criminalizar a LGBTIfobia, avaliando em que medida incorporaram o paradigma antidiscriminatório.

3.1. *A ausência de dados oficiais*

Segundo notícias recentes veiculadas em meios de comunicação, o Brasil é o país que mais mata lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e intersexuais (LGBTIs).⁴⁸ Considerando a falta de dados oferecidos pelos órgãos públicos⁴⁹, o Grupo Gay da Bahia (GGB) há pelo menos três décadas vem coletando informações nacionais a respeito dos assassinatos contra a população LGBTI. Os relatórios produzidos por essa OnG fornecem subsídios importantes para analisar a pertinência da criminalização da LGBTIfobia.

Em síntese, os elementos empíricos contidos nos relatórios apontam uma tendência de crescimento dos homicídios. Em 2012, foram 338⁵⁰, em 2013, 312⁵¹, em 2014, 317⁵², em 2015, 318,⁵³ em 2016, 343,⁵⁴ em 2017, 445,⁵⁵ e em 2018, 420.⁵⁶ A tabela a seguir sintetiza os dados referentes aos homicídios, de 2012 a 2018:

48. Disponível em: [<https://catracalivre.com.br/cidadania/brasil-mais-mata-lgbts-1-cada-19-horas/>]. Acesso em: 10.07.2018.

49. Existem pouquíssimos documentos produzidos pelo Estado brasileiro, entre eles, é possível mencionar um relatório elaborado em 2012 acerca da violência homofóbica (BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012*. Disponível em: [www.rcdh.es.gov.br/sites/default/files/relatorio%20violencia%20homofobica%20ano%202012.pdf]. Acesso em: 20.07.2019).

50. GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinato de homossexuais no Brasil: relatório 2012*. Disponível em: [<https://homofobiamata.wordpress.com/relatorios/2013-2/>]. Acesso em: 20.07.2019.

51. GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil: relatório 2013*. Disponível em: [<https://homofobiamata.wordpress.com/relatorios/2013-2/>]. Acesso em: 20.07.2019.

52. GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinatos de LGBT no Brasil: relatório 2014*. Disponível em: [<https://homofobiamata.wordpress.com/relatorios/2016-2/>]. Acesso em: 20.07.2019.

53. GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinatos de LGBT no Brasil: relatório 2015*. Disponível em: [<https://pt.calameo.com/read/0046502188e8a65b8c3e2>]. Acesso em: 20.07.2019.

54. GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinatos de LGBT no Brasil: relatório 2016*. Disponível em: [<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>]. Acesso em: 20.07.2019.

55. GRUPO GAY DA BAHIA. *Pessoas LGBT mortas no Brasil: relatório 2017*. Disponível em: [<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>]. Acesso em: 20.07.2019.

56. GRUPO GAY DA BAHIA. *População LGBT morta no Brasil: relatório 2018*. Disponível em: [<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>]. Acesso em: 20.07.2019.

Ano do Relatório GGB	Número de homicídios
2012	338
2013	312
2014	317
2015	318
2016	343
2017	445
2018	420

Para além dos relatórios produzidos pelo GGB, existem dois documentos relevantes que merecem destaque.

O Núcleo de Inclusão Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) divulgou recentemente o Dossiê sobre Lesbocídio, apontando o crescimento de crimes de ódio contra lésbicas em todo o Brasil.⁵⁷ Tendo em vista que a coleta de dados – tanto neste dossiê como nos relatórios confeccionados pelo GGB – é realizada a partir da mídia e das redes sociais⁵⁸, os números podem ser ainda maiores do que os apresentados, em virtude da subnotificação.⁵⁹

57. Disponível em: [<https://theintercept.com/2018/03/07/lesbicas-mulheres-mortes>]. Acesso em: 20.07.2019.

58. Alguns autores que se posicionam de forma contrária à criminalização da LGBTIfobia – a partir de fundamentos oferecidos pela criminologia crítica e pelo abolicionismo penal – questionam a metodologia usada pela OnG (Grupo Gay da Bahia) para coletar os dados. Isso porque ela seria feita através da própria mídia, que se valeria de uma estratégia de divulgação dos fatos no sentido de aumentar a sensação de medo na população como um todo. Nesse sentido: WENDT, Valquiria P. Cirolini. *(Não) criminalização da homofobia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 119. Porém, vislumbro essas estatísticas “não oficiais” mais como ponto de partida do que ponto de chegada. Ademais, entendo que os debates em torno da criminalização são mais qualificados a partir de fontes minimamente empíricas (embora precárias) do que discussões fundadas em “achismos” ou em reflexões exclusivamente teóricas.

59. Fenômeno chamado pela vitimologia brasileira de “cifra arco-íris”: “As cifras arco-íris retratam os crimes que são cometidos, mas não noticiados, sobre as pessoas componentes da comunidade LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais ou Transgêneros), em razão da orientação sexual homoafetiva daqueles indivíduos que são vitimados.” (BURKE, Anderson. *Vitimologia: manual da vítima penal*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 99.) Observa-se, todavia, que a conceituação trazida por esse autor não é a mais precisa: primeiro, porque não inclui os intersexos, e, segundo, porque a violência também se dá pela identidade de gênero do indivíduo.

Além disso, a Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA), rede que atua em âmbito nacional articulando mais de 200 instituições, formulou um relatório próprio registrando que a população trans, especificamente, é alvo dos mais variados atos de violência motivados pelo ódio e desprezo à condição dessas pessoas, simplesmente por serem quem são.⁶⁰

Ainda que os dados expostos não possam ser encarados de forma absoluta – como se refletissem precisamente os crimes praticados contra LGBTIs –, eles se mostram importantes para uma fase que antecede o próprio processo legislativo. Díez Ripollés, ao analisar as dinâmicas envolvidas na criação da legislação penal, assinala que não basta um suposto clamor social que identifique condutas danosas; é necessário que essas condutas sejam acessíveis, isto é, que sejam constatadas através das ciências empírico-sociais. Exigência que o autor denomina *princípio da correspondência com a realidade*.⁶¹

Essas informações compiladas por grupos de defesa da diversidade sexual e de gênero põem em evidência as múltiplas formas de discriminação sofridas por uma parcela extremamente vulnerável da sociedade brasileira, em estrita consonância com o princípio supracitado. Condutas discriminatórias que culminam em mortes. Por isso, é preciso compreender as dimensões desse fenômeno (LGBTIfobia), que certamente antecede os homicídios, por possuírem raízes profundas em uma sociedade estruturalmente discriminatória.

3.2. Preconceito, discriminação e as múltiplas modalidades de LGBTIfobia

Ao tratar da incidência dos estereótipos e dos preconceitos na aplicação jurisprudencial da lei penal, Alessandro Baratta afirma que os magistrados – e também os cidadãos em geral – reproduzem um senso comum informado por “teorias de todos os dias” (*everyday theories*), que simplificam as complexas questões envolvendo a criminalidade.⁶² No Brasil, uma das máximas que alimentam o imaginário popular é a conhecida frase de que “bandido bom é bandido morto”, sintomática de pensamentos punitivistas e preconceituosos em relação às pessoas atingidas pelo sistema penal.

Os preconceitos, em nosso País, não se restringem aos indivíduos denominados “bandidos”, mas se estendem às mais diversas variáveis sociais: classe, raça, gênero, idade, orientação sexual, identidade de gênero, entre outros. Quando falo em preconceito,

60. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017*. Disponível em: [https://antrabrasil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf]. Acesso em: 20.07.2019.

61. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2016. p. 139-140.

62. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 177.

deve ser compreendido como a formulação de ideias fundadas em concepções prévias que não foram objeto de reflexão aprofundada, ou, ainda, que foram elaboradas a partir de ideias distorcidas.⁶³ Note-se que o preconceito, encarado como preconceção sobre determinado assunto ou fenômeno, é algo que ainda não foi exteriorizado de forma oral, gestual ou escrita. Isso porque é a partir da exteriorização do preconceito que se verificam as discriminações.

No âmbito da sexualidade, o preconceito social produziu a invisibilidade de certas identidades sexuais, garantindo a subalternidade de alguns direitos e, por sua vez, legitimando práticas de inferiorizações sociais,⁶⁴ tais como a LGBTfobia. Segundo Ramos e Nicoli, pode ser entendida como “[...] o sentimento, a convicção ou a atitude dirigida contra lésbicas, gays, bissexuais, pessoas trans e travestis e inferioriza, hostiliza, discrimina ou violenta esses grupos em razão de sua sexualidade e/ou identidade de gênero”.⁶⁵ Por mais que se trate de uma conceituação ampla, evidente que comporta especificidades, sobretudo dentro de um grupo plural integrado por homens, mulheres, pessoas cisgênero e transgênero, dissidentes em relação à orientação sexual e à identidade de gênero dominantes.⁶⁶

Nesse contexto, não obstante o esforço por parte de alguns juristas nacionais em classificar comportamentos discriminatórios a pessoas LGBTI⁶⁷, Daniel Borrillo parece ser um dos autores que melhor trabalha o conceito geral de LGBTIfobia – ou, de acordo com a terminologia utilizada, “homofobia”⁶⁸ – em categorias específicas. Ela pode ser

63. SANTOS, Christiano Jorge. Obra citada, p. 43.

64. PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. Obra citada, p. 70.

65. RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. O que é LGBTfobia? In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRENER, Paulo Rocha Gouvea (Org.). *Gênero, sexualidade e direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016. p. 183.

66. De acordo com o jurista argentino Daniel Borrillo: “As representações de cada um dos sexos, assim como as funções que lhes são inerentes, merecem efetivamente uma terminologia peculiar. A lesbofobia constitui uma especificidade no âmago de outra: com efeito, a lésbica é vítima de uma violência particular, definida pelo duplo desdém que tem a ver com o fato de ser mulher e homossexual. Diferentemente do gay, ela acumula as discriminações contra o gênero e contra a sexualidade.” (BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2015. p. 27.)

67. André Estefam elenca quatro tipos de homofobia: individual, social, geral e especial: ESTEFAM, André. Obra citada, p. 115-124.

68. Embora Daniel Borrillo utilize a “homofobia” como um “conceito guarda-chuva”, a partir do qual discorre sobre todas as discriminações contra pessoas integrantes da comunidade LGBT, entendo, conforme apontei anteriormente neste artigo, que o termo acaba marginalizando e silenciando lésbicas, bissexuais, pessoas trans* e intersexo.

irracional, quando caracterizada por um sentimento de medo, aversão e repulsa, assim como nas demais fobias (claustrofobia, zoofobia), ou cognitiva, situação na qual, embora exista uma aparente “tolerância” em relação às pessoas não heterossexuais, inexistem inconformismo ou comoção pelo fato de que não usufruem dos mesmos direitos. Inclusive, essas modalidades podem estar combinadas, seja nos insultos, seja nas piadas, seja na linguagem corrente, seja nas representações caricaturais desses indivíduos.⁶⁹

Por mais que a distinção entre homofobia irracional (de viés psicológico, individual) e homofobia cognitiva (de perspectiva social) sejam indispensáveis, elas se mostram insuficientes, considerando as diversas formas de discriminação decorrentes da orientação sexual e da identidade de gênero. Por isso, Borrillo insere a classificação da homofobia como geral ou específica, oscilando entre uma repulsa generalizada às pessoas que descumpram os papéis sociais de gênero e uma aversão específica direcionada a cada uma das identidades LGBTI. Nas palavras do referido autor:

“É assim que a homofobia geral permite denunciar os desvios e deslizos do masculino em direção ao feminino e vice-versa, de tal modo que se opera uma reatualização constante nos indivíduos ao lembrar-lhes sua filiação ao ‘gênero correto’. Segundo parece, qualquer suspeita de homossexualidade é sentida como uma traição suscetível de questionar a identidade mais profunda do ser. Desde o berço, as cores azul e rosa marcam os territórios dessa *summa divisio*, que, de maneira implacável, fixa o indivíduo seja à masculinidade, seja à feminilidade. E quando se profere o insulto ‘veado!’ [‘pedé!’], denuncia-se quase sempre um não respeito pelos atributos masculinos ‘naturais’ sem que exista uma referência particular à verdadeira orientação sexual da pessoa. Ou quando se trata alguém como homossexual (homem ou mulher), denuncia-se sua condição de traidor(a) e desertor(a) do gênero ao qual ele ou ela pertence ‘naturalmente’.

Ao contrário da homofobia geral, a homofobia específica constitui uma forma de intolerância que se refere, especialmente, aos gays e às lésbicas. Alguns autores propuseram a distinção entre ‘gayfobia’ e ‘lesbofobia’ – noções que designam declinações possíveis dessa homofobia específica. As representações de cada um dos sexos, assim como as funções que lhes são inerentes, merecem efetivamente uma terminologia peculiar.”⁷⁰

O Direito Penal, evidentemente, não é capaz de apreender todas as parcelas e manifestações que fazem parte da amplitude e da complexidade da LGBTIfobia. Primeiro, porque a criminalização de condutas exige sua tipificação expressa e específica mediante lei, em respeito ao princípio da legalidade. Segundo, porque existem formas de “homofobia”

Apesar de mencionar as espécies “homofobia” descritas por Borrillo, mantenho a preferência por “LGBTIfobia”.

69. BORRILLO, Daniel. Obra citada, p. 24-25.

70. BORRILLO, Daniel. Obra citada, p. 26-27.

que são praticamente impossíveis de serem captadas pela norma penal: i) quando não há exteriorização do preconceito (homofobia irracional-psicológica); ii) quando as formas de discriminação são sutis (homofobia geral), dificultando a elaboração de um tipo penal diante das exigências decorrentes do próprio princípio da legalidade (em especial, *lex stricta e lex certa*).

A despeito dos eventuais obstáculos dogmáticos em criminalizar a LGBTIfobia, existem propostas elaboradas pelo Poder Legislativo que merecem a devida análise.

3.3. *Projetos de Lei (PLs) sobre a temática e a necessidade de unificá-los a partir de um paradigma antidiscriminatório*

A criminalização de condutas que propagam o ódio ao referido grupo mostra-se necessária, porque elas abarcam discursos e práticas violadoras de um dos princípios centrais da cidadania moderna, qual seja, a defesa da autenticidade como forma de exercício da autonomia. Assim, pessoas integrantes de alguma minoria sexual são impedidas de afirmar sua identidade, sendo obrigadas a encobrir sua sexualidade para sobreviver socialmente. Não por um acaso, a organização não governamental (OnG) Grupo Gay da Bahia (GGB), junto com outras entidades, tem denunciado os índices alarmantes de violência contra pessoas LGBTI no Brasil. País que, há algumas décadas, se mostra recorde em assassinatos de gays, lésbicas e travestis, conforme vêm alertando as militâncias acadêmica e política.

Diante dessa realidade hostil, uma série de projetos de lei (PLs) foi proposta nas casas legislativas (Senado Federal e Câmara dos Deputados), quais sejam: i) PLC 122/2006⁷¹; ii) PL 7.582/2014⁷²; iii) PL 291/2015⁷³; iv) PL 515/2017⁷⁴; v) PL 7.292/2017⁷⁵; vi) PL 134/2018.⁷⁶ Evidente que existem diversas formas de violência que são enfrentadas pela minoria sexual mencionada (simbólica, institucional e interpessoal), mas nota-se – a partir das ementas dos projetos – que o que se procura criminalizar é a violência

71. Define os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

72. Define os crimes de ódio e intolerância e cria mecanismos para coibi-los.

73. Modifica a redação do § 3º do art. 140, a fim de penalizar a injúria praticada por razões de gênero.

74. Altera a Lei 7.716, de 05 de janeiro de 1989, e o Código Penal para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.

75. Altera o art. 121 do Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o LGTBcídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o LGTBcídio no rol dos crimes hediondos.

76. Instituto o Estatuto da Diversidade Sexual.

interpessoal, criando-se qualificadoras (ou majorantes) para crimes já existentes na legislação penal (homicídio, lesão corporal e injúria).

A inserção de crimes individualizando condutas LGBTIfóbicas certamente implicaria maior visibilidade para esse grupo, tratando-se de um problema expressamente reconhecido pelo Poder Público, ao menos no âmbito formal da lei.⁷⁷ Diante disso, os movimentos precisam definir qual será a estratégia normativa utilizada para alcançar esse objetivo, de tipificação penal. Ao que tudo indica, o primeiro projeto (PL 122/2006) fracassou nesse aspecto, não apenas porque foi arquivado pela Câmara dos Deputados (representando uma derrota no debate político), mas também diante da via eleita, ao optar por incluir a homofobia em uma lei antidiscriminatória voltada ao combate ao racismo.

Oportunas são as reflexões de Evandro Piza e Salo de Carvalho sobre a questão:

“Nesse sentido, acredito que a via eleita pelo movimento LGBT, ao optar pela inclusão da homofobia na Lei 7.716/89, foi extremamente inadequada. *Primeiro* porque dilui a ideia de preconceito e discriminação por orientação sexual e identidade de gênero nas questões de raça, cor, religião, etnia e procedência nacional. Por mais que a homofobia possa ser enquadrada teoricamente nos crimes de ódio (*hate crimes*) e guarde uma significativa identificação com a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, cada um desses fenômenos guarda uma complexidade própria, que merece ser analisada individualmente. *Segundo*, porque as condutas tipificadas pela Lei 7.716/89, acrescidas de outras propostas no PL 122/2006, referem, em sua maioria, obstaculizações ou impedimentos de acesso a oportunidades, bens, serviços ou locais, situações que, desde uma perspectiva garantista/minimalista, poderiam ser geridas de forma mais adequada fora do âmbito do direito penal, p. ex., nas esferas civil, trabalhista consumerista ou administrativa. Em *terceiro*, e de forma mais contundente, porque o PL 122/2006 não nomina como *crime homofóbico* as condutas violentas praticadas contra lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis e transgêneros motivadas por preconceito ou discriminação. A questão parece ser de fundamental análise, porque são exatamente esses dados sobre o volume de delitos violentos, impulsionados pela homofobia, que justificam empiricamente a demanda de criminalização.”⁷⁸

Grande parte das propostas legislativas elencadas aparentemente não é suficiente para lidar com os aspectos criminais vinculados à LGBTIfobia, visto que: i) ou elas escolheram a estratégia de assimilação, acoplando a “homofobia” à legislação antirracismo; ii) ou buscaram a criação pontual de qualificadoras em crimes já existentes, focando ora o homicídio, ora a injúria. Pensamos que os movimentos LGBTI poderiam ter dialogado

77. MASIERO, Clara Moura. *O movimento LGBT e a homofobia: novas perspectivas de políticas sociais e criminais*. Porto Alegre: Criação Humana, 2014. p. 130.

78. CARVALHO, Salo; DUARTE, Evandro Piza. *Criminologia do preconceito: racismo e homofobia nas ciências criminais*. São Paulo: Saraiva. p. 248-249.

com os movimentos feministas e aproveitado a experiência trazida com a promulgação da Lei Maria da Penha, que extrapola a esfera penal, abordando as mais diversas nuances da violência de gênero (saúde, políticas públicas, atuação institucional, criação de novos órgãos etc.).

A princípio, essa orientação foi absorvida recentemente, com o PL 138/2018 apresentado no Senado Federal, responsável por instituir o Estatuto da Diversidade Sexual. Legislação que se encaixa perfeitamente no paradigma do Direito da Antidiscriminação, pois aborda questões num viés amplíssimo, perpassando direitos relacionados à constituição de família, à saúde, à previdência, à educação, à identidade de gênero, ao trabalho, à moradia, ao acesso à justiça e às relações de consumo.

No entanto, a parte atinente aos crimes talvez mereça revisão, por ter: i) penalizado a discriminação em relações de consumo e no mercado no trabalho, quando tais condutas poderiam ser tratadas de maneira mais eficaz fora da seara penal; ii) deixado de lado a criminalização de condutas que atentem contra a vida (LGBTicídio), a integridade física (lesões corporais) e a honra (a chamada “injúria homofóbica”) de pessoas LGBTI; iii) ignorado as proposições legislativas anteriores, citadas neste trabalho, que de alguma forma procuraram versar sobre a temática da violência e poderiam ter sido compiladas no referido estatuto.

Acredito que tais diretrizes devem ser levadas em consideração não apenas pelos estudiosos das ciências criminais – e suas intersecções com gênero e sexualidade – mas principalmente pelos legisladores. As complexidades da criminalização da LGBTIfobia devem ser libertas da dicotomia estanque na qual o debate foi inserido: ou se aposta exclusivamente nos seus efeitos simbólicos⁷⁹, ou se rejeita radicalmente a eficácia da criminalização⁸⁰, como um dos instrumentos para lidar com o referido fenômeno, criticando-se a formação de um “Direito Penal dos vulneráveis”.⁸¹

79. Como Túlio Vianna: “A aprovação de uma lei punindo a discriminação contra os homossexuais, por certo, não terá o condão de eliminar esses crimes, até porque já existem penas para os crimes de ameaça, lesões corporais e homicídios. A criminalização desse tipo de discriminação, porém, terá um importante efeito simbólico de estabelecer que a sociedade brasileira não tolera mais a discriminação homofóbica e valora esta conduta como uma grave violação das regras de boa convivência inerentes a uma sociedade democrática.” (VIANNA, Túlio. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 56).

80. Valquiria Wendt parece representar esse posicionamento (WENDT, Valquiria P. Cirolini. Obra citada, p. 118-119.)

81. Expressão empregada por Daniela Lima Barreto para se referir às pautas de reconhecimento das “minorias sociais” através do Direito Penal (BARRETO, Daniela Lima. *O direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca por reconhecimento por meio do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, observa-se que as leis penais antidiscriminatórias no Brasil não podem ser consideradas um novo modelo de abordagem do fenômeno das discriminações. Isso porque, após a CF-88, foram criadas legislações com o objetivo de coibir discriminações voltadas a grupos sociais vulneráveis, tais como negros, crianças, adolescentes, mulheres, idosos e pessoas com deficiência.

Por outro lado, a novidade surge a partir do momento em que se procura interseccionar o Direito Penal com o Direito da Antidiscriminação: esse ramo, que costuma ser encarado somente como uma disciplina lecionada no ensino jurídico norte-americano (*anti-discrimination law*), pode ser explorado na realidade brasileira, sobretudo tendo a Constituição como ponto de referência. Não apenas porque proíbe todas as formas de discriminação, mas também porque prevê que a lei (em sentido formal e material) deverá punir todas as discriminações atentatórias a direitos fundamentais. No âmbito infraconstitucional, verifica-se a criação de leis esparsas com teor antidiscriminatório, incluindo-se a tipificação de crimes. Por mais que não esteja sistematizado em um “código” ou em uma lei, o Direito Penal da Antidiscriminação está na intersecção entre a Constituição e as leis antidiscriminatórias que apresentam normas penais.

Há, portanto, bases normativas suficientes que, ao menos *a priori*, sustentam a possibilidade de criminalizar a LGBTIfobia. Diante disso, é possível citar argumentos jurídicos e empírico-pragmáticos que legitimam a intervenção do Direito Penal nessa seara: i) mesmo com o reconhecimento de direitos civis às pessoas LGBTI – a exemplo do casamento homoafetivo (2011) e da retificação do nome e do gênero de pessoas trans (2018) –, não houve diminuição do número de homicídios nesse grupo específico; ii) a existência de leis antidiscriminatórias de natureza administrativa nos Estados da Federação – impondo a aplicação de multa por condutas discriminatórias quanto à orientação sexual e identidade de gênero – também parece não ter se mostrado eficaz na prevenção de crimes de ódio contra pessoas LGBTI⁸²; iii) a inércia do Poder Legislativo em deliberar sobre o assunto, cujos membros, em sua maioria, parecem não tratar a LGBTIfobia como um problema social grave⁸³; iv) assim, ao que tudo indica, a insuficiência dos demais ramos do Direito em diminuir os índices de violência contra esse setor da população atrai a intervenção penal, justificando a propositura de leis penais antidiscriminatórias.

82. Nesse sentido as constatações de Paulo Iotti: VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Obra citada.

83. Conferir o trabalho de Lauro Nunes, que, ao entrevistar atores políticos no cenário brasileiro, conclui que houve estratégias manifestas para interromper definitivamente a tramitação do PLC 122/06 (NUNES, Lauro Victor. *Narrativas de bloqueio à criminalização da violência contra LGBTIs no Brasil: estudo de caso sobre uma omissão legislativa*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). São Carlos: Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), 2018, 165f).

Não obstante a necessidade de leis incriminadoras, é preciso reconhecer as limitações do Direito Penal ao lidar com a amplitude e a complexidade do fenômeno da LGBTIfobia e suas múltiplas modalidades (irracional, cognitiva, geral e específica). O princípio da intervenção mínima impede a criminalização de toda e qualquer conduta discriminatória, porque exige a demonstração da ineficácia de todos os demais meios de controle social. O princípio da legalidade, por sua vez, obsta a elaboração de tipos penais indeterminados ou incertos.

Nesse cenário, as proposições legislativas brasileiras apresentadas neste artigo não se mostram suficientes para abarcar as condutas LGBTIfóbicas, ora porque apostam na criminalização de condutas pontuais, ignorando outros comportamentos danosos e discriminatórios, ora porque não estabelecem diálogos com duas experiências legislativas importantes, quais sejam, a criminalização do racismo (através da Lei 7.716/89) e a criminalização da violência de gênero (via LMP). Mesmo a proposta de um Estatuto da Diversidade Sexual parece apresentar falhas legislativas no tocante à sua esfera penal, incidindo nos mesmos equívocos de legislações antidiscriminatórias anteriores.

Permanece, por conseguinte, o desafio de harmonizar a criminalização da LGBTIfobia com o Direito Penal da Antidiscriminação e seus princípios basilares. Somente assim será possível atingir um ponto de equilíbrio que não ceda a anseios meramente punitivistas, mas que também não negue de forma absoluta a intervenção penal e sua importância no reconhecimento dos crimes praticados contra pessoas LGBTI.

5. REFERÊNCIAS

- ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE TRAVESTIS E TRANSEXUAIS. *Mapa dos assassinatos de travestis e transexuais no Brasil em 2017*. Disponível em: [<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2018/02/relatc3b3rio-mapa-dos-assassinatos-2017-antra.pdf>]. Acesso em: 20.07.2019.
- BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARRETO, Daniela Lima. *O direito penal dos vulneráveis: uma análise crítica da busca por reconhecimento por meio do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- BORNIA, Josiane Pilau. *Discriminação, preconceito e direito penal*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BORRILLO, Daniel. *Homofobia: história e crítica de um preconceito*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Belo Horizonte: Autêntica, 2015.

- BOZZA, Fábio da Silva. *Bem jurídico e proibição de excesso como limites à expansão penal*. São Paulo: Almedina, 2015.
- BRASIL, Secretaria de Direitos Humanos do Governo Federal. *Relatório sobre violência homofóbica no Brasil: ano de 2012*. Disponível em: [www.rcdh.es.gov.br/sites/default/files/RELATORIO%20VIOLENCIA%20HOMOFOBICA%20ANO%202012.pdf]. Acesso em: 20.07.2019.
- BRITO, Victor Manfrinato de. *A criminalização da homotransfobia no âmbito do Direito da Antidiscriminação*. Belo Horizonte: Casa do Direito: Letramento, 2018.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Comentário ao art. 5º, XLI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- BURKE, Anderson. *Vitimologia: manual da vítima penal*. Salvador: JusPodivm, 2019.
- BUSATO, Paulo Cesar. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013.
- BUSATO, Paulo Cesar. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; STRECK, Lênio Luiz; PANSIERI, Flávio. *Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: [www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito]. Acesso em: 24.07.2019.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais: teoria e prática*. 2. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri. *Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
- ESTEFAM, André. *Homossexualidade, prostituição e estupro: um estudo à luz da dignidade humana*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- FELDENS, Luciano. Comentário ao art. 5º, XLII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. *Introdução teórica à história do direito*. Curitiba: Juruá, 2012.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinato de homossexuais no Brasil: relatório 2012*. Disponível em: [https://homofobiamata.wordpress.com/relatorios/2013-2/]. Acesso em: 20.07.2019.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinato de homossexuais (LGBT) no Brasil: relatório 2013*. Disponível em: [https://homofobiamata.wordpress.com/relatorios/2013-2/]. Acesso em: 20.07.2019.

- GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinatos de LGBT no Brasil*: relatório 2014. Disponível em: [<https://homofobiamata.wordpress.com/relatorios/2016-2/>]. Acesso em: 20.07.2019.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinatos de LGBT no Brasil*: relatório 2015. Disponível em: [<https://pt.calameo.com/read/0046502188e8a65b8c3e2>]. Acesso em: 20.07.2019.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Assassinatos de LGBT no Brasil*: relatório 2016. Disponível em: [<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/01/relatc3b3rio-2016-ps.pdf>]. Acesso em: 20.07.2019.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *Pessoas LGBT mortas no Brasil*: relatório 2017. Disponível em: [<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2017/12/relatorio-2081.pdf>]. Acesso em: 20.07.2019.
- GRUPO GAY DA BAHIA. *População LGBT morta no Brasil*: relatório 2018. Disponível em: [<https://homofobiamata.files.wordpress.com/2019/01/relatorio-2018-1.pdf>]. Acesso em: 20.07.2019.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Revista Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 79-92, jan.-jun. 1996.
- LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional*: a imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.
- MASIERO, Clara Moura. *O movimento LGBT e a homofobia*: novas perspectivas de políticas sociais e criminais. Porto Alegre: Criação Humana, 2014.
- MASSON, Cleber. Comentário ao art. 5º, XLI. *Constituição Federal comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha*: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- MOREIRA, Adilson. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito: Justificando, 2017.
- NUNES, Lauro Victor. *Narrativas de bloqueio à criminalização da violência contra LGBTIs no Brasil*: estudo de caso sobre uma omissão legislativa. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). São Carlos: Universidade Federal de São Carlos (UFSCar), 2018, 165f.
- PIRES, Thula. *Criminalização do racismo*: entre política de reconhecimento e meio de legitimação do controle social sobre os negros. Brasília: Brado Negro, 2016.
- PRADO, Marco Aurélio Máximo; MACHADO, Frederico Viana. *Preconceito contra homossexualidades*: a hierarquia da invisibilidade. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2012.

- RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. O que é LGBTfobia? In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRENER, Paulo Rocha Gouvea (Org.). *Gênero, sexualidade e direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Initia Via, 2016.
- RIOS, Roger Raupp. *A homossexualidade no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ROMFELD, Victor Sugamosto. Lei Maria da Penha: avanços e insuficiências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 140, ano 26, p. 109-137, fev. 2018.
- SÁNCHEZ, Jeús-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. rev. e amp. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- SANTOS, Christiano Jorge. *Crimes de preconceito e de discriminação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SILVA, Katia Elenise Oliveira da. *O papel do direito penal no enfrentamento da discriminação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SOUZA, Regina Cirino Alves Ferreira de. *Crimes de ódio: racismo, feminicídio e homofobia*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. Comentário ao art. 3º. In: CANTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Fundamentos em prol da Criminalização da Homofobia e da Transfobia: resposta às críticas*. Disponível em: [www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fundamentos-em-prol-da-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia-07072016]. Acesso em: 24.07.2019.
- VIANNA, Túlio. *Um outro direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- WENDT, Valquiria P. Cirolini. *(Não) criminalização da homofobia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Criminalização da homotransfobia no Supremo Tribunal Federal (ADO 26): do "racismo social" à discriminação sexista, de Roger Raupp Rios e Lawrence Estivalet de Mello – *RBCCrim* 169/321-345 (DTR\2020\7976);
- Desvios na construção de um direito penal de gênero: um problema chamado Poder Legislativo, de Luciano Anderson de Souza e Júlia Lambert Gomes Ferraz – *RBCCrim* 147/459-477 (DTR\2018\19329);
- Reflexão sobre a Teoria *Queer*, a fobia ao grupo LGBTQ+ e a proteção pelo direito penal, de Camila Christiane Rocha Nicolau e Andressa Paula de Andrade – *RT* 995/407-425 (DTR\2018\19375); e
- Sobre a criminalização da homofobia – Perspectivas desde a criminologia *Queer*, de Salo de Carvalho – *RBCCrim* 99/187-212 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 5 (DTR\2012\451011).

CRONOS E O APRISIONAMENTO ETERNO DO LOUCO CRIMINOSO: O TEMPO NAS MEDIDAS DE SEGURANÇA DE INTERNAÇÃO

CHRONOS AND THE ETERNAL IMPRISONMENT OF THE CRAZY CRIMINAL: THE TIME IN THE SECURITY MEASURES OF HOSPITALIZATION

CLARISSA DE BAUMONT

Mestre em Psicologia Social e Institucional pelo PPGPSI-UFRGS (2019). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da UFRGS (2014). Assessora de Juiz de Direito na Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre (VEPMA/TJRS).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0533-526X>
cissacb@gmail.com

Recebido em: 05.09.2019

Aprovado em: 13.03.2020

Última versão da autora: 24.05.2020

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Direitos Humanos

RESUMO: Este artigo pretende promover uma reflexão a respeito do tempo de duração das medidas de segurança de internação. Deriva da dissertação de mestrado que buscou visibilizar alguns dos efeitos da imposição das medidas de segurança para quem as cumpre e criar canais de expressão dos sujeitos internados no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso (IPF), com o objetivo de apresentar um sujeito ao processo criminal a fim de promover a humanização da justiça. Para tanto, fez-se uma pesquisa qualitativa a partir das audiências no curso da execução das medidas de segurança de internação, realizadas pelo judiciário no IPF, e das falas que aparecem nesse contexto em que discursos de verdade científica se sobrepõem. Escolheu-se a estratégia metodológica da pesquisa-intervenção, com a utilização do diário de campo como criação de uma memória do processo de pesquisa implicada. Dá-se especial atenção à voz dos

ABSTRACT: This article intends to promote a reflection about the time of the security measures hospitalization. It comes from the master's dissertation that searched to make visible some of the effects off the imposition of security measures for those who comply with them and to create channels of expression of the people hospitalized at the Forensic Psychiatric Institute Maurício Cardoso, with the objective of presenting a subject to the criminal procedure in order to promote the humanization of justice. Therefore, it was made a qualitative research from the audiences in the course of the execution of the measures of security of internment, accomplished by the judiciary in the IPF, and the speeches that appear in this context in which discourses of scientific truth overlap. The methodological strategy of intervention research was chosen, using a field diary as the creation of a memory of the research process involved. Special

pacientes para a condução temática e criação do texto da pesquisa. Pela sua centralidade na existência das medidas de segurança no Direito Penal, a temática do tempo é abordada sob viés jurídico e filosófico, analisando-se em especial a manutenção desproporcional das internações e o fato de pretender-se um tempo eterno, ultrapassando a vida do louco criminoso.

PALAVRAS-CHAVE: Crime e loucura – Periculosidade – Proporcionalidade – Tempo – Direitos humanos.

attention is given to the patients' voice for thematic conduction and creation of the research text. Due to its centrality in the existence of security measures in criminal law, the thematic of time is approached under legal and philosophical bias, analyzing in particular the disproportionate maintenance of hospitalizations and the fact that an eternal time is sought, surpassing the life of the crazy criminal.

KEYWORDS: Crime and madness – Dangerousness – Proportionality – Time – Human rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Tempo e punição. 3. A desproporcionalidade das medidas de segurança. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Este artigo é derivado da dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia Social e Institucional da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGPSI-UFRGS). A dissertação consistiu numa pesquisa implicada com a estratégia metodológica da pesquisa-intervenção, circunscrevendo-se o campo às falas dos pacientes extraídas de audiências no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso (IPF), com recorte temporal de julho de 2017 a dezembro de 2018 (atas públicas, conforme o artigo 792 do Código de Processo Penal; foram resguardados todos os dados dos pacientes, criando-se nomes fictícios). Para tanto, foi utilizado o diário de campo¹ como criação de uma memória do processo de pesquisa implicada, além da realização de pesquisa documental sobre os processos de execução das medidas na Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre (VEPMA).

Com a declaração de inimputabilidade e a imposição da medida de segurança vem o silêncio destinado ao louco infrator, seja porque não o deixam falar, seja porque não o escutam. No contexto apresentado, esta pesquisa buscou visibilizar alguns dos efeitos da imposição das medidas de segurança, tão naturalizadas no âmbito do Judiciário e dos demais saberes que se tramam a seu respeito, bem como, nesse emaranhado de poderes, criar canais de expressão da voz dos sujeitos que cumprem as medidas de segurança.

1. A autora, por sua atividade profissional, participou presencialmente das audiências que ocorreram no IPF no período pesquisado.

No contexto atual, torna-se necessária a escuta ativa do outro a fim de que se possam construir caminhos que contribuam com a desnaturalização de práticas institucionais relacionadas às medidas de segurança. Pretendeu-se visibilizar jogos de forças que constituem dispositivos jurídico-psiquiátricos por meio dos quais se trata o louco infrator. O objetivo é apresentar um sujeito ao processo, pois a humanização da justiça não ocorrerá se os operadores jurídicos não perceberem que há uma vida ali, e não um crime destituído de história.

O sujeito internado em um manicômio judiciário tem suprimida a própria voz em seu processo de execução criminal, uma vez que são produzidos diversos discursos a seu respeito por saberes-poderes diferentes, mas o que o sujeito diz sobre si é ignorado. Confrontar-se com a singularidade do sujeito que cumpre uma medida de segurança faz cair por terra a noção de periculosidade conforme construída, pois nos deparamos com um humano completamente diferente dos discursos que se produzem a seu respeito.

Por conta disso, deu-se especial atenção à voz dos pacientes judiciários, de maneira que o tecido da pesquisa não apenas possui retalhos consistentes em suas falas, que dialogam com o aparato teórico escolhido, como o próprio desenvolvimento dos temas que compuseram os capítulos da dissertação tem origem naquilo que mais se repete e que é, como se tentou demonstrar, o que há de mais paradoxal e cruel na internação do louco infrator.

Entre as temáticas desenvolvidas, a abordagem do tempo é fundamental, motivo pelo qual foi escolhida para este artigo. Os sujeitos que cumprem medida de segurança de internação têm sua dignidade recorrentemente violada pelo simples fato de que o tempo máximo de duração das medidas é muito superior ao das penas privativas de liberdade. Além disso, são suprimidos direitos que os sujeitos que cumprem pena possuem.

O enquadramento penal, o delito cometido, a exemplo do mencionado anteriormente, não precisa constar na Guia de Recolhimento, pois o que importa é o sujeito; não qualquer sujeito, o sujeito “louco criminoso”, que precisa ser corrigido, tutelado, destituído de qualquer resquício de autonomia, já que, como inimputável, não responde por si mesmo nem por seus atos. O isolamento e o saber institucional dos peritos é que determinarão o que deve ser feito com ele e quando a periculosidade pressuposta cessará.

Desse modo, não é preciso conceder direitos como aos sujeitos encarcerados que cumprem pena, não é preciso estabelecer marcos temporais: a persistência da periculosidade, verificada pelo saber psiquiátrico e referendada pelo saber jurídico, estipula o tempo da internação, *a priori*, indefinido. Para tratar esse tema, utilizamos o trabalho de Messuti (2003) sobre o tempo no cumprimento das penas, a filosofia de Bérghson (1988 e 2006) e o tempo no direito de Ost (2005) como base teórica central.

O problema do tempo importa às medidas de segurança porque importa à vida como um todo. A passagem do tempo foi objeto de estudo das ciências exatas e da filosofia. Até hoje, não sabemos lidar ou descrever a perecibilidade do tempo. A privação da liberdade, isto é, da possibilidade de que o sujeito possa escolher o que fazer do tempo que resta, é o que há de mais pesado nas penas.

A diferença da pena para a medida de segurança, nesse aspecto, não está na sua quantidade em si, mas na certeza ou incerteza do que virá. O sujeito que cumpre uma medida de internação passa a vida em sobressalto, sem saber o dia em que sairá do manicômio, sem ter uma garantia de liberdade futura, portanto. Essa talvez seja a principal crueldade que ainda cometemos contra o louco criminoso. Fazer uma reivindicação do tempo é lutar por justiça social, intencionalidade maior que move este trabalho.

2. TEMPO E PUNIÇÃO

“Eu estava sem curso, sem saber a razão por que eu tô detido até agora. E eu já puxei então minha prisão toda, ganhei alvará, era pra ter ganhado desinternação e ainda não ganhei. Se é pra sair daqui não precisa nem ver possibilidade nenhuma porque eu não quero ir pra outro lugar. Se é pra sair em liberdade eu aceito. [...] A minha idade é 117 anos.” (Paciente Ângelo, audiência do dia 26.11.2018.)

A punição, desde que se passou à humanização das penas (o que ocorreu primordialmente na época iluminista), isto é, desde que se passou a rejeitar a ideia do suplício do corpo, por meio da aplicação de sanções que tinham por objetivo infligir ao sujeito delinquente o sofrimento físico direto, a tortura, a mutilação e a morte cruel, consiste em um castigo que se mede no tempo. A pena privativa de liberdade, a pena de prisão, não é mais do que uma transformação do mal causado pelo delito no castigo que significa a privação do convívio social por meio da reclusão, que perdurará no tempo.

Para Beccaria (1764), à intensidade do mal do delito não corresponderia a intensidade em si da punição, e sim a extensão de sua duração. É a duração da pena-exílio do sujeito criminoso que significa, no sistema punitivo atual, praticamente idêntico ao que era em sua formação há mais de dois séculos, a suposta reparação e reprovação do crime.

Se assim o é, necessário se faz observar, por mais óbvio que pareça, que os delitos e o injusto causado não são idênticos entre si, nem na previsão legal que é feita das condutas criminosas, nem menos ainda na maneira como cada fato acontece no mundo exterior. Os delitos e os fatos diferem entre si em absoluto. Contudo, a resposta penal de praxe destinada a todos os delitos, sem distinção, é a imposição de uma pena privativa de liberdade.

Claro que os séculos de sua consolidação como resposta penal única contribuíram para sedimentar no seio social a ideia de que a pena de prisão é a única possível e de que ela funciona, assim como para que não se questionem seus limites e contradições. A homogeneização da sanção, nesse sentido, não é questionada.

A proporcionalidade entre o tempo da pena imposta e a intensidade do injusto inscrito no crime é o pressuposto jurídico da pena. Messuti (2003) afirma, com razão, que essa proporcionalidade não existe além de ficticiamente, somente no ordenamento jurídico que desenvolveu tal lógica. Se nos despiremos de fato do peso que a lógica da pena de prisão como resposta punitiva exerce sobre nossos espíritos, veremos claramente que não

há qualquer relação de proporção entre o cometimento de um delito qualquer e determinar a reclusão de um indivíduo por determinado tempo. O que há, no fundo, como afirma a autora, é uma necessidade do corpo social de refutar a prática do delito, de dizer que não concorda com ele. E esse não concordar se traduz em não querer, por conseguinte, que o sujeito que cometeu o crime permaneça entre nós.

Fato é que o sistema jurídico atual ainda opera sob essa lógica. Por mais justificações que se tenha, não há dúvidas de que a pretensão da pena é retribuir o mal causado pelo delito. Nada mais resta, sobretudo no senso comum atual, que a retribuição e, em suma, a vingança que cada indivíduo pretende exercer sobre o criminoso deslocada para o que espera do Estado em seu lugar. Nesse contexto, torna-se incontestável a pena privativa de liberdade, ainda que sua proporcionalidade seja falha, ainda que a retribuição não guarde relação com o mal cometido ou não se preste aos fins a que se pretende.

Por outro lado, se há toda essa problemática relativamente às penas, quanto às medidas de segurança, a resposta penal dada ao louco criminoso, a discussão precisa ser retomada a partir de um ponto muito anterior. Isso porque, se a medida é indefinida no tempo – e, efetivamente, assim o é, pois é isso que a diferencia substancialmente das penas, já que toda punição se transmuta em quantidade de tempo –, significa dizer que nem a discussão sobre a relação entre o tempo cronológico, a quantidade de pena, e a qualidade, a questão qualitativa das diferenças entre os crimes pode ser feita, porque não se chegou a uma solução que pressuponha a noção de proporcionalidade da resposta punitiva que é oferecida para a loucura.

O discurso da medida de segurança é aparentemente isento de tal preocupação porque ela não condena, ela “absolve imprópriamente”. Ao identificar a inimputabilidade do sujeito criminoso, tendo no cometimento de um delito o pressuposto de sua periculosidade, não se pode atribuir responsabilidade penal – culpabilidade – a ele e, portanto, a condenação não pode ocorrer.

Mas a noção de reparação do mal causado pelo injusto do delito no corpo social não ocorreria se nenhuma resposta penal houvesse. Não há reparação em considerar o sujeito inimputável e mandá-lo para casa sem qualquer consequência negativa para ele a respeito de seus atos. Se assim fosse, para a sociedade em geral seria o equivalente a uma aceitação do crime.

O sentimento de vingança não estaria satisfeito. Para isso, o direito criou uma ficção, chamada absolvição imprópria, em que se impõe ao sujeito cumprir um tratamento, em internação (maioria dos casos) ou ambulatorialmente. Por quanto tempo? Por tempo indeterminado, uma vez que a lógica que opera nas medidas de segurança é a do “tratamento”. Sendo o tratamento seu discurso e justificativa, o tempo será aquele necessário para a suposta “cura” (sabidamente intangível nos casos das psicoses e transtornos de personalidade) ou atenuação da periculosidade pressuposta.

Disso resultam duas coisas: que a medida de segurança difere fundamentalmente da pena, não porque ela imponha um tratamento e objetive outra coisa do que a retribuição do mal causado pelo sujeito, e sim porque ela não possui parâmetros para medir o tempo

que se manterá aprisionado o sujeito; e que o tempo da medida de segurança é indefinido, porque sua medição é imprevisível.

Como foi concebida, a medida de segurança no direito penal pátrio duraria o tempo que durasse a periculosidade do sujeito. E quem determina que a periculosidade existe, que ela persiste, que ela cessou? Quem a determina são os peritos e são os juízes. Logo, quem se torna o senhor do tempo do louco criminoso são essas personagens do sistema penal. Assim, o parâmetro de medição da Medida de Segurança é, na verdade, falso, uma vez que sustentado na ideia de periculosidade e sua cessação.

E será muito raro ver algum perito dizendo que a periculosidade cessou. Conforme o Censo (DINIZ, 2013) sobre as medidas de segurança no Brasil, do total de processos com medida imposta, apenas 7% tinham já sentença de desinternação condicional, o que significa dizer que o laudo indicou a “cessação da periculosidade”; 94% não tinham indicação de tal cessação.

É o sistema penal, que cria as medidas de segurança, que as faz se perpetuarem indefinidamente no tempo, porque o perito não pode responder a uma pergunta a respeito de um conceito impreciso com precisão, não pode conjecturar sobre um futuro do qual terá parcial responsabilidade pelo que tenha dito com indubitável certeza quando qualquer futuro é um incerto caminho a ser percorrido.

Não são os juízes e os peritos, embora senhores do tempo no caso da vida dos sujeitos encarcerados no manicômio, que prorrogam por si mesmos o tempo das medidas de segurança. É a lógica inscrita no casamento discurso psiquiátrico – discurso jurídico que monta todo um sistema a autorizar a perpetuação da punição nos casos das pessoas com transtorno psíquico.

E, no fim, o tempo mais amplo que o desejável, tempo inútil para finalidades terapêuticas, prorroga-se não porque seja necessário ao sujeito que está sendo tratado. Afinal, se o chamado louco criminoso fosse o centro do sistema e se fosse a ele de fato que as medidas de segurança se destinam, o tratamento teria o tempo apropriado para ele.

Mas, como nos diz Foucault (2006), o próprio hospital psiquiátrico existe para que a loucura se realize, e não para sua cura, como o hospital comum. De acordo com o autor, isso não se trata de um desvio da função do poder psiquiátrico, e, sim, de sua própria função, a de ter diante de si e para o doente um espaço de realização da doença. Isto é, “o poder psiquiátrico tem por função realizar a loucura numa instituição cuja disciplina tem precisamente por função apagar todas as violências da loucura, todas as suas crises e, no limite, todos os seus sintomas” (FOUCAULT, 2006, p. 323).

Conforme o Censo (DINIZ, 2013), boa parte dos indivíduos internados não tem justificativa legal ou psiquiátrica para tanto.

“O censo encontrou algo muito mais atroz: pelo menos um em cada quatro indivíduos não deveria estar internado; e para um terço deles não sabemos se a internação é justificada. Ou seja, para 1.866 pessoas (47%), a internação não se fundamenta por critérios legais e psiquiátricos. São indivíduos cujo direito a estar no mundo vem sendo cotidianamente violado.” (DINIZ, 2013, p. 17.)

O tempo de internação “ideal” para o sujeito internado não é o que a ficção jurídica criou com a absolvição imprópria. A internação, o tratamento, não foi pensado como algo voltado para o sujeito criminoso, foi pensado ao contrário, como algo voltado à sociedade como um todo.

A periculosidade, embora pressuposta como presente no sujeito criminoso, não foi lançada como parâmetro por pertencer a ele ou dele fazer parte, ainda que essa seja a crença estabelecida, e sim porque justamente o fato de ser futura e incerta tem a missão de proteger a sociedade exterior aos muros do manicômio de qualquer risco.

Então, seria como dizer o seguinte, nós não estamos internando você para que seja tratado individualmente, não estamos trancafiando você para que sua saúde mental seja melhorada, estamos internando você porque não aceitamos o delito que cometeu e porque não queremos que isso volte a ocorrer, de maneira que enquanto houver sombra de risco, demonstrada pela palavra imprecisa periculosidade, enquanto acharmos que a periculosidade persiste, nós, o corpo social, não queremos que você esteja em meio ao nosso convívio normal. Nós diremos o tempo necessário para isso, que pode durar meses, ou anos, ou a vida inteira.

A esse respeito, Foucault (2001) dirá que o que se pune através do exame psiquiátrico no processo penal (incidente de insanidade mental, exame de responsabilidade penal) é o duplo psicológico e moral do sujeito, e não o crime:

“O que, em certo sentido, é mais grave é que, no fim das contas, mesmo se o sujeito em questão é culpado, o que o juiz vai poder condenar nele, a partir do exame psiquiátrico, não é mais precisamente o crime ou o delito. O que o juiz vai julgar e o que vai punir, o ponto sobre o qual assentará o castigo, são precisamente essas condutas irregulares, que terão sido propostas como a causa, o ponto de origem, o lugar de formação do crime, e que dele não foram mais que o duplo psicológico e moral.” (FOUCAULT, 2001, p. 22.)

Messuti (2003) afirma que o tempo da pena se mede em relação à sociedade como um todo, que é imutável, e não em relação ao delinquente. De maneira que penas que superariam a expectativa de vida do sujeito criminoso são, nesse sentido, aceitas, embora absurdas. Nas medidas de segurança, em que o tempo não é calculado *a priori*, mais ainda essa máxima é verdadeira. Todas as considerações são ponderadas em relação aos outros, e não ao paciente. É por isso que, muitas vezes, e até mesmo na maior parte delas, o paciente estar bem não traz como resultado sua saída do manicômio, uma vez que as condições exteriores não suportam sua desinternação.

Sentimo-nos mais livres quando temos a sensação de estar usando o nosso tempo como bem entendemos. A pena quer justamente o oposto, quer dominar o tempo do sujeito encarcerado. A medida de segurança, por sua vez, quer isso, quer o mesmo exílio prolongado no tempo que a pena impõe, mas quer mais – quer o exílio indefinido, porque a indefinição é o que permite que ele seja eterno. A indefinição permite que a medida de

segurança domine a tal ponto o tempo de vida do sujeito louco criminoso que o ultrapassa. A vida acaba, a medida, não.

Nesse contexto, é preciso que o fundamento da medida de segurança, a periculosidade, continue tendo credibilidade, porque é ele que permite a indefinição da medida no tempo, é ele que permite a desproporcional internação perante o tempo de vida do louco criminoso, e é ele que permite que escondamos os loucos, em especial os criminosos, do olhar das pessoas normais, da sociedade normal que os quer escondidos, que é o mesmo que dizer, afinal, que os quer mortos. Não é por outra razão que os hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico são locais em que impera o abandono, e no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso não é diferente.

3. A DESPROPORCIONALIDADE DAS MEDIDAS DE SEGURANÇA

A ausência de contornos temporais à medida de segurança é o sinal distintivo de sua crueldade no ordenamento jurídico brasileiro. Para Messuti (2003), a quantidade de tempo de pena corresponde a responder à questão de por quanto tempo se quer afastar o criminoso da sociedade humana. Para a autora, a pena de morte seria a consolidação do desejo de afastamento do convívio social “para sempre”, e a pena de prisão perpétua seria a mesma coisa, pois conduziria ao mesmo resultado, ao final – a morte do sujeito sem possibilidade de retorno à comunidade, ainda que essa morte não fosse o objetivo primeiramente declarado.

Mesmo que a jurisprudência tenha atenuado a indefinição dos limites das medidas de segurança, ainda diferem elas em muito das penas privativas de liberdade no que se refere ao tempo de seu cumprimento. O entendimento jurisprudencial dos tribunais superiores diverge entre si.

O Supremo Tribunal Federal², órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, ainda mantém o entendimento de que o prazo máximo de internação ou cumprimento de uma medida de tratamento ambulatorial não pode ultrapassar 30 anos, que é o período máximo de cumprimento das penas no Brasil. Se há um limite à punição, nesse sentido, porque o Estado brasileiro se comprometeu em não impor penas de caráter perpétuo, não há justiça em não se fazer cumprir o mesmo limite para a medida de segurança. Embora largo esse período, tratou-se de pequeno avanço sobre a indefinição das medidas no tempo.

O Superior Tribunal de Justiça³, por sua vez, estabeleceu que o limite máximo de cumprimento das medidas de segurança deve corresponder ao máximo de pena

2. HC 97621/RS, STF, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 02.06.2009; HC 107432/RS, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 24.05.2011.

3. HC 174342/RS, STJ, 6ª Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 19.11.2009; Súmula 527, STJ, publicada em 18.05.2015: “O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado”.

abstratamente prevista para punir o delito cometido na lei penal. Tal solução é a mais progressista que se tem até a presente data, uma vez que antes o máximo era indefinido – e o indefinido poderia durar para sempre – e depois, era 30 anos – independentemente de o sujeito ter furtado um objeto ou ter cometido um homicídio, por exemplo. Nesse sentido, houve um pequeno avanço no que se refere à proporcionalidade tal como concebida por Beccaria em relação às penas.

Contudo, pragmaticamente, as medidas continuam podendo durar por tempo muito superior ao que duraria uma pena. Quase nunca é imposta a pena máxima a um delito no Brasil. Carvalho (2013) afirma que o caráter punitivo das medidas de segurança foi uma das principais denúncias da criminologia crítica da década de 1970. Para Azevedo e Capra (2018), a imposição e execução das medidas de segurança possuem uma lógica perversa. Uma das razões para tal afirmação é justamente o fato de elas consistirem numa situação muito mais gravosa, por imporem um tratamento muito pior do que o destinado aos imputáveis.

Karam (2002), a esse respeito, afirma que a lógica de imposição das medidas de segurança consiste num paradoxo, pois, embora o direito penal afirme que não há culpabilidade – e, por isso, não há possibilidade de imposição de pena –, insiste em alcançar os inimputáveis, ao impor as medidas de segurança sob o critério da periculosidade. Para a autora, a periculosidade não possui qualquer objetividade ou concretude, já que não há como afirmar que qualquer pessoa não cometerá novo delito no futuro.

Dessa maneira, a medida de segurança está inserida na mesma lógica prisional, com o gravame de ter consequências muito piores, já que seu tempo de duração é, *a priori*, indefinido – ou, como decidiram os tribunais superiores, não pode ultrapassar o máximo de duração das penas no Brasil para que não configurem prisão perpétua (30 anos) ou o máximo de pena prevista para o delito cometido, conforme a lei penal (variável de acordo com o delito).

Isso importa porque é justamente o tempo, mais que o espaço, que é o significante da pena. Na prisão – no estabelecimento penal, assim também no manicômio judiciário – o que se pretende é imobilizar o tempo (MESSUTI, 2003). Constituir um tempo imóvel, um tempo que não passa, embora passe, separada e paralelamente ao tempo fora dos seus muros (porque o tempo do espaço social e o tempo da prisão não são o mesmo). O ordenamento jurídico, afirma Messuti (2003), procura dominar o tempo através da prisão.

E de fato, na pena, o domina com suas regras, mas as regras de sua contagem são claras. Diversamente, não há clareza das regras do tempo na medida de segurança. O ordenamento jurídico manda com maior poder sobre o tempo nessa esfera, nesse sentido, porque as regras estão abertas.

Karam (2003) afirma que o tratamento de qualquer transtorno mental não se coaduna com o caráter punitivo, fundamentalmente vinculado à determinação, do sistema penal. “Em um tratamento integrado ao sistema penal, os objetivos de controle sobre o indivíduo acabam por se sobrepor aos objetivos terapêuticos e, pior do que isso, acabam mesmo por se sobrepor a princípios éticos.” (KARAM, 2003, p. 221.) Para a autora, a

imposição de um tratamento obrigatório e o seu controle pelos órgãos da justiça criminal e do sistema penal acabam por minar a possibilidade de um tratamento bem-sucedido e cuja finalidade seja voltada para o indivíduo tratado.

Os pacientes devem estabelecer uma relação com seu terapeuta, por exemplo, mas esse terapeuta é simultaneamente um informante da justiça criminal, que tem nas suas mãos a possibilidade de esticar ou encurtar o tempo que o paciente permanecerá internado. O terapeuta, o psiquiatra ou psicólogo, revela algo que o paciente confidenciou em um momento de fraqueza, ou de extrema confiança, em que estava tendo algum pensamento incômodo e preferiu falar a quem está encarregado de seu tratamento.

Essa confiança que se estabelece entre terapeuta e paciente é quebrada no momento em que a revelação é feita ao juiz, seja pela descrição do laudo, seja no momento da audiência na execução da medida de segurança. Ela se inverte porque há a necessidade de controle moral das instâncias penais sobre o indivíduo, de controle da periculosidade que significa o risco que o sujeito pode apresentar aos indivíduos que estão fora dos muros da instituição manicomial.

Nesse sentido, Ibrahim (2014) problematiza o papel do profissional que se vê, simultaneamente, representante do louco e porta-voz da instituição manicomial. Esse profissional, acreditando nas funções que exerce, especialmente no sentido de classificar, diagnosticar e promover a saúde mental, “enquanto representante das normas instituídas, não se acha no direito de estranhá-las, muito menos de criticá-las. Torna-se um braço da instituição confundindo, não só os pacientes, como a si mesmo” (IBRAHIM, 2014, p. 115-116).

“Então aí está o problema da relação entre a periculosidade, o risco social que o sistema penal coloca sobre o paciente, que se enxerga nele embora se diga que ele é quem o possui, e o tempo que perdura a internação, que por conta dessa lógica deve ser o maior possível, porque por trás disso está o desejo de que esse louco criminoso não retorne ao convívio da sociedade normal. Percebi que a questão fundamental acerca do manicômio, assim como o é em relação aos presídios, de certo modo, da clausura em geral, não é a liberdade. A questão fundamental da clausura diz respeito ao tempo. Porque quando se coloca um sujeito enclausurado num manicômio o que se retira dele é menos sua liberdade do que seu tempo de vida. É sobre o tempo que se está falando quando se prende alguém, não sobre a tênue liberdade. Até porque a liberdade não é senão, no fundo, a possibilidade de escolher como se vai gastar o tempo que resta de vida. E a liberdade tem seus limites, seus limites filosóficos e concretos, seus sentidos múltiplos. Mas o tempo é soberano porque a ele ninguém escapa, nem os mais ilustres senhores, nem os mais humildes viventes. O tempo é concreto e certo, e nenhuma medida inventada pela matemática ou estudada pela física para descrevê-lo a ele consegue conter, nenhuma filosofia desmonta a questão de existirmos no tempo e enquanto existimos, esvairmos nesse mesmo tempo. Então a questão do tempo é fundamental no manicômio porque é fundamental à humanidade, a qualquer ser vivo.” (Trecho do diário de campo, 10.10.2017.)

Messuti (2003) afirma que o tempo, como principal elemento da pena, não pode ficar à mercê da imprecisão. Precisar o tempo de pena a cumprir é parte fundamental da punição. A questão a ser desdobrada é a de quanto tempo ficará o delinquente privado do convívio social. Nesse aspecto, a pena de morte seria o ideal da privação eterna do convívio social, do impedimento do retorno ao meio comunitário fora dos muros de uma prisão.

“O tempo ali, no manicômio judiciário, é determinado por quem manda no tratamento. E quem não segue tais regras fica mais tempo na instituição, porque não aderiu ao tratamento, porque não fez o que impuseram. Logo, aceitar as regras do jogo é fundamental para a sobrevivência, para que não se prorrogue mais o tempo de internação. Mas também não é garantia, uma vez que se não há mais necessidade de permanência no IPF, mas não há condições de saída por fatores externos, vai se postergando a desinstitucionalização do paciente, mesmo que a medida acabe. Seja por falta de condições materiais e econômicas (e geralmente os pacientes não tem dinheiro), seja por abandono ou seja pela indiferença das autoridades, aceitar que determinem seu tempo e adiar a expectativa de um futuro em liberdade não é garantia de encurtamento da duração da clausura para quem cumpre medida de segurança. ‘Fulano ficou aqui até morrer’, já ouvi receoso dizer um paciente. Com razão, ele temia que o mesmo destino fosse o seu. Temia a internação eterna, que é o que a medida tende a produzir.” (Trecho do diário de campo, 14.05.2018.)

A pena de prisão, por outro lado, seria uma atenuação da pena de morte, uma vez que dela diferiria no que se refere somente à sua duração. Na pena de prisão perpétua, por exemplo, o exílio do delinquente também é eterno, uma vez que jamais voltará a viver fora da instituição prisional. E, como uma pena de prisão perpétua, a pena que excede a possibilidade de vida do delinquente também o afasta para sempre da vida em liberdade.

Nas medidas de segurança, que mesmo com as decisões dos tribunais superiores possuem um período de duração extenso, a possibilidade de que sua duração ultrapasse a duração da vida do internado é bastante grande. Na realidade, o fato de terem sido criadas para durarem indefinidamente já demonstra que continuam em si, embora não fosse o objetivo declarado, a possibilidade de exclusão perpétua do louco criminoso.

“Juquery, anos 80 – No Juquery, uma centena de mulheres caminha sob um sol escaldante. Urubus são cuidados como aves de estimação. Muitas estão nuas, e suas pernas sujas de sangue e sujeira. Uma disputa os restos de comida com um desses urubus. Neste lugar, duas pacientes morreram por insolação. Seus corpos só foram descobertos no início da noite, quando sentiram falta na contagem. Que subjetividade pode haver? O que houver será prova da resistência do humano a situações de extrema violência. Podemos chamá-los de ‘os sobreviventes’.” (EMERICH e YASUI, 2016, p. 210.)

Mas o que significa, além da morte efetiva, uma punição que ultrapasse ou tenha condições de ultrapassar o tempo de vida do delinquente? Significa que a imposição do tempo de reclusão a cumprir pode potencialmente ser superior à expectativa de vida daquele

que está sendo punido. E isso pode ocorrer tanto com a potencialidade da morte quanto com a potencialidade de encurtar o tempo de vida livre que restará.

No cumprimento das penas, pelo fato de se ter adotado o sistema progressivo, embora a pena de prisão não funcione como deveria, é mais raro ocorrer de um sujeito ficar 30 anos na prisão. Contudo, há diversos casos de sujeitos que permaneceram 30 anos cumprindo medidas de segurança de internação, ou mais.

Para Ost (2005), o tempo do direito busca estabilidade e segurança. Para tanto, trabalha com o passado e o futuro, interligando e modificando-os através do perdão e da promessa, o perdão usado para soldar e ultrapassar o passado, rompendo o ciclo de vingança, e a promessa para comprometer-se com o futuro, com antecipações normativas que vão balizar seu desenvolvimento.

De acordo com Ost (2005), a promessa seria o arquétipo do comprometimento com a lei, pensando-se nos termos do contrato social, e garantiria à sociedade contra o imprevisível de seu futuro, assim como o perdão estaria colocado pela sociedade contra o encadeamento cego da fatalidade, a fim de dar um futuro a seu passado.

“Assim, passado e futuro estão daqui para frente estreitamente associados por esses dois atos eminentemente performativos: o perdão que relança o passado, referindo-o a uma liberdade mais forte que o peso do fato provado, e a promessa, que orienta o futuro, relacionando-o a uma lei mais forte que a caótica incerteza do amanhã.” (OST, 2005, p. 39.)

Se o direito está balizado pela estabilidade, se é isso que ele busca, se a lei deve se sobrepor às incertezas de um futuro, por que então que se instituiu, nesse mesmo direito, um sistema de punição imprevisível, com contornos futuros incertos, como é a medida de segurança?

Só pode ser porque o direito não se pôde precaver ou de outro modo lidar com o que para ele seria a incerteza da loucura. Significa dizer que o direito cede em parte seu poder de determinação para deixar um futuro distante e incerto a respeito do prazo de duração das medidas de segurança, com o objetivo não declarado expressamente de garantir justamente a segurança jurídica como um todo, porque as leis não ficarão à mercê do sujeito imprevisível que não as compreende nem sabe o que faz. O direito e a comunidade normal ficarão protegidos da imprevisibilidade da loucura.

E essa indeterminação o direito compartilha com outras áreas do conhecimento quando diz que a duração da medida de segurança depende da periculosidade. O direito não compreende nem esse conceito nem a existência de um diagnóstico médico sobre transtorno mental. Para lidar com o incompreensível, a resposta dada é a indeterminação. E, para lidar com a impossibilidade de determinar o futuro que os peritos (como qualquer pessoa) possuem, a periculosidade é um poderoso gatilho para legitimar a exclusão mais ampla possível do louco criminoso.

Ora, esse esquema todo produzido por um direito que ao mesmo tempo, de maneira geral, possui parâmetros claros para determinar o futuro por meio das leis, e em relação às medidas de segurança se deixa dominar pela incerteza do futuro, não é produzido à

toa. É para garantir a segurança jurídica sem essas pessoas, é para garantir a segurança geral de todas as outras pessoas, as consideradas normais, que o direito age dessa maneira.

Não é para garantir que o louco criminoso receba um tratamento adequado, embora assim se justifique, porque, se assim o fosse, não se balizaria pela imprecisão da periculosidade nem teria um período de duração indeterminado que pode e, ao fim e ao cabo, inclusive deve durar mais que a vida do internado, deve no mínimo durar e se estender pelo máximo de tempo possível para que se garanta a exclusão do convívio social comum os que devem permanecer reclusos sob os muros do manicômio.

Assim, a desproporcionalidade da punição materializada pelas medidas de segurança não existe à toa. O anormal, para o direito, não é capaz de obedecer às mesmas leis e seguir um padrão razoável de comportamento que seja controlável pelo sistema jurídico. Então, assim que o sistema de justiça, representado pelo sistema penal, localiza pela seletividade desse sistema os loucos que cometem delitos, ele coloca seu manto de invisibilidade sobre tais sujeitos e, sob a alegação de tratá-los, coloca-os no isolamento do meio social.

Mas esse tratamento é idêntico ao que era dado à lepra no passado, a doença maldita, que não era bem um tratamento, mas uma garantia de afastamento do convívio entre as pessoas saudáveis (FOUCAULT, 2017). Os leprosários tornaram-se os manicômios atuais.

“E a medida de segurança, a fim de assegurar o próprio direito e sua perspectiva de determinação das relações sociais, tornou-se um meio para identificar os indivíduos anormais e que põem em risco essa determinação e as leis, e isolá-los em um exílio que durará não menos do que o tempo necessário para inoculá-los. Daí o afastamento das medidas de segurança da noção de proporcionalidade, daí sua vinculação ao direito positivo (LOMBROSO, 2001; GAROFALO, 2012) que propunha o tratamento por tempo indeterminado a todo criminoso, pois a proteção ao sistema jurídico e à sociedade demanda um período que se pretende eterno, não o efetivo tratamento do sujeito que o demanda. 4. *O tempo cristalizado* A vida é um espaço vazio entre o nascimento e a morte. Na exposição de quadros pintados por artistas reclusos no IPF, uma artista especificamente me chama a atenção pela identidade de sua obra. Em seus quadros, não são os traços e as cores que me fazem reconhecer a autoria. É a presença do tempo. Relógios e ampulhetas disformes, soltos em seus quadros, como se dançassem e não mostrassem as horas. Um quadro em específico chama mais minha atenção: são linhas circulares emaranhadas, em cores frias, num fundo azul escuro e verde grama, com relógios dispersos no emaranhado, relógios como aqueles antigos despertadores, alguns tortos, alguns de cabeça para baixo, mas todos sem precisar as horas. Nesse quadro eu pude sentir o retrato da angústia que o tempo causa. E para mim era como se descrevesse a passagem do tempo no manicômio, no qual não vivo, um emaranhado de horas imprecisas, um tempo circular que não sai do mesmo lugar, um tempo que passa e te prende nele, um tempo incerto e frio. Comprei o quadro e o mantive na parede da sala, entre duas janelas amplas pelas quais enxergo boa parte da cidade à distância. As horas imprecisas permanecem grudadas à parede, como se lembrassem que no espaço que há entre a liberdade e a clausura gira o tempo e nos engole a todos.” (Trecho do diário de campo, 10.10.2017.)

Na mitologia grega, conforme rememorado por Ost (2005), Kronos, o tempo, filho do céu, Urano, e da terra, Géia (ou Gaia), inicia seu reinado traindo o pai. O céu e a terra eram unidos num indistinto abraço eterno e deles nasciam inúmeros filhos, os quais Urano jogava ao Tártaro (deus que personifica o mundo inferior). Para acabar com aquilo, Gaia armou seu filho, Kronos, com uma foice e este decepou os testículos de seu pai. A partir dessa mutilação, céu e terra se separaram, e iniciou-se o reinado de Kronos, que enviou seus irmãos, os Cíclopes, ao Tártaro, para evitar que fosse dividido seu reino. E, para evitar ser um dia destronado, Kronos devorava os próprios filhos logo que nasciam. Mas tal qual sua mãe fez consigo, sua esposa, Réia, decidiu esconder um de seus filhos, Zeus, que mais tarde enviaria ao Tártaro seu pai e reinaria no lugar de Kronos.

Conforme Ost (2005), a história de Kronos representa um tempo cristalizado, sem memória ou perspectivas. O corte das genitais do pai é a negação do passado e da possibilidade de prolongamento, engolir os filhos é privar o futuro de vir a existir. Kronos se torna senhor de um tempo que não conhece passado nem futuro, um presente eterno e estéril. Mas esse mesmo tempo estático é compulsivo e repetitivo, estimulando um ciclo de violência exposto pela vingança de Zeus, “os mesmos comportamentos arbitrários expõem-se às mesmas reações violentas” (OST, 2005, p. 10).

Também originárias das mitologias, as Horas representam outra espécie de tempo. Filhas de Zeus e de Têmis, andavam sempre em três. “Do lado bucólico, eram denominadas Thaillô, Auxô, Carpô, três nomes que evocam as ideias de empurrar, crescer e fortalecer. Do lado político, eram denominadas Eunomia, Diké e Eirênê, ou seja, a disciplina, a justiça e a paz.” (OST, 2005, p. 11.) As horas não representavam o tempo estático, mas a alternância das estações, dos períodos, o tempo dialético e aberto.

Ost (2005) aponta uma potencialidade positiva do direito ao criar um novo tempo, através do processo, que redramatiza a cena do conflito, e, em vez de o repetir, ao redizê-lo, regeneraria o passado, estabelecendo um tempo criador que seria condição à paz social. Ao mesmo tempo, sinaliza para o risco dessa obra do direito, frágil, recair na destemporalização, que seria a negação do tempo, tal qual simboliza a figura de Kronos.

Inicialmente, a destemporalização ocorre pela negação da fluidez do tempo, da mudança, evolução, finitude e, por assim dizer, da própria mortalidade. Depois, pela negação do sentido a ser imprimido ao tempo que passa, à ampulheta que gira, sem abandonar ao curso do tempo físico toda coisa que se conduz à irremediável destruição.

A destemporalização também vem pela representação determinista de um tempo homogêneo e uniforme, pleno e contínuo: “Se o tempo é apenas duração, qual o lugar efetivamente para a ruptura e a álea, a descontinuidade e o instante?” (OST, 2005, p. 15.) Pois bem, a esses riscos de destemporalização apontados se encontram expostas e vulneráveis justamente as medidas de segurança.

Em primeiro lugar, porque negam a passagem do tempo, sua evolução, a condição de mortalidade do sujeito a quem se pune sob o manto do tratamento. Se as medidas são impostas com base no tempo da periculosidade, que é uma entidade aberta, e não no tempo de vida do sujeito e suas particularidades específicas, se está baseada no tempo

da sociedade que pretende ver-se segura excluindo a ameaça da loucura, e não nas necessidades de saúde do sujeito a quem se diz tratar, a fluidez do tempo e a mortalidade do paciente não entram nessa composição, não entram na ficção jurídica que sustenta as medidas de segurança.

Depois, porque elas consideram o tempo como algo homogêneo e contínuo, esse tempo que não pertence a ninguém em específico mas à sociedade como um todo, uma vez que, conforme explica Messuti (2003), as penas – e do mesmo modo as medidas – estão balizadas por esse tempo social genérico e abstrato, e não pelo tempo dos sujeitos punidos.

Por fim, porque as medidas de segurança, mais até do que as penas, por se basearem num duplo estigma – o da loucura e o do crime – paralisam o tempo, como a mitologia de Kronos do tempo estático. O estigma em si já faz com que o tempo retome o passado continuamente. E não é qualquer passado que retoma, não é a história da vida do sujeito, é o passado do crime especificamente, apenas do crime.

O duplo estigma representado pela loucura e pelo crime potencializa esse retorno. A periculosidade está sustentada por essas duas coisas, pelo diagnóstico reiterado de uma doença mental que se diz medicamente não ter cura, e pelo cometimento de um delito que pode ser que se repita, já que o transtorno não tem cura. E é a periculosidade quem determina o tempo, indeterminável ao fim das contas.

Logo, nas medidas de segurança, o louco criminoso está fadado a ficar paralisado no passado, é engolido seu futuro e a possibilidade de compreensão e apaziguamento de seu passado, já que lhe cortam os testículos, obrigando-o a ser eternamente substituído por seu crime e por seu diagnóstico para dominarem o reino de seu tempo – como Kronos o fez com seu pai, Urano, e com seus filhos, devorando seu porvir, como lembra Ost (2005).

Ost (2005) afirma que a resposta penal objetiva o oposto do que mencionamos ocorrer de fato, que é a pacificação social, a reconciliação, é dar um crédito ao tempo para que o desejo de vingança se atenuar e se possa progressivamente restabelecer os laços sociais. Mas o desligamento do passado, para o autor, passa necessariamente pelo estágio do perdão. Não é na vingança, na pena ou medida de segurança, dessa maneira, que o passado é superado, e sim no poder revolucionário do perdão.

Porque a lógica da retribuição que tenta apagar o passado o traz à tona a todo instante. “Há, então, como um primeiro traço, algo de revolucionário na instituição do perdão: a mobilização de um tempo da iniciativa, de um tempo da surpresa, e do acontecimento que rompe a continuidade do que se perpetua.” (OST, 2005, p. 163.) Para o autor, isso não seria nem indiferença, fingir que a ofensa não afetou, nem a escusa intelectual, que seria uma explicação do erro para demonstrar a desnecessidade de que fosse perdoado, nem recalque, que importaria apressadamente suprimir o passado doloroso, nem mesmo esquecimento. Seria, ao inverso, um ato simultaneamente de memória e de remissão. Não é suplantada a realidade da falta e dos seus efeitos, e sim, é inaugurado um novo caminho, que rompa com o ciclo de vingança estabelecido.

Porém, a atuação jurídica, o direito tal qual é, produz mais sanção do que perdão. Para a justiça penal, particularmente, há um oceano de distância entre sua resposta e o perdão. A possibilidade de perdão advém mais por exceção, dependendo do modo como é conduzido o processo.

Há uma triangularização entre os atores que participam do processo penal sob mediação de um juiz, por sua vez, orientado pela lei no Estado de direito. Nesse contexto, a atuação da vítima na reconstrução do fato pode ser já uma forma de que se sinta ela reconhecida como alguém a quem se lesou de maneira, muitas vezes, irreversível. Mas o perdão pressupõe também outra coisa, que é o réu se reconhecer ele próprio culpado e assumir suas falhas. E é pressuposto que os outros o vejam como uma pessoa, por trás de toda abstração do processo, um ser racional, não um monstro infra-humano.

A sanção, por outro lado, é a declaração da sociedade de que o condenado é responsável por seus atos, portanto, é capaz de outra tomada de ação. “Qualquer que seja a gravidade de seu delito, ele não se reduz a isso; e desse ponto de vista a sanção surge como o primeiro passo em direção de um outro futuro, além da simples repetição de um passado culpável.” (OST, 2005, p. 167.)

Nisso se revela mais um problema da medida de segurança. Ela cristaliza o sujeito em seu crime e em seu diagnóstico, tomando-o por incapaz de viver de outro modo. E ela o faz, justamente, porque coloca, por assim dizer, uma pá de cal sobre o crime. Ao sentenciar, o magistrado analisa as provas da materialidade do crime e de sua autoria. E, uma vez que o autor foi considerado imputável, por conseguinte, perigoso, nada mais pode ser feito em relação a isso. Portanto, ele é absolvido impropriamente para que seja tratado, trancafiado longe do convívio dos normais a quem pode causar dano futuro, como já causou.

Evidentemente, a responsabilidade para a psicologia e para o direito penal é muito diferente. Se essa é uma certeza, é certo também que a pretexto de ser mais gentil com o louco criminoso, acaba-se por produzir o inverso, impondo a ele uma sanção mais grave que a da pena principalmente por conta do tempo, não só o tempo de sua duração como a qualidade desse tempo que a todo momento retoma e cristaliza o louco nas suas etiquetas da loucura e da delinquência.

Essa cristalização impede a realização do que Ost (2005) chamou de perdão, que é um reconhecimento do passado, e, ao impedir a retomada da história passada como um todo, impede o caminho futuro. A medida de segurança atua de maneira inversa ao que o autor afirmou ser desejável para o direito, porque nela o sujeito não é reconhecido como uma pessoa para além do seu crime – na verdade, acaba visto como o monstro anormal; não é dada a oportunidade de reconhecer sua falta, e, por fim, com essas duas coisas, não se estabelece o perdão que abre a possibilidade de um novo futuro porque justamente o sujeito é visto como um ser que não seria capaz de ter ações diferentes, ele não seria capaz de não reproduzir o passado culpável, de escolher um futuro diverso em sua liberdade.

“Fico meio nervoso, vou dizer pro Sr., porque a gente sabe que a gente não vai mais assinar carteira pra trabalhar, serviço não vão dar pra nós. [...] Tenho medo de sair na rua porque tenho inimigos na rua, tomara que eles tenham se esquecido de mim. Estou desde 97 aqui. Um servicinho eu gostaria de fazer alguma coisa, pra fazer um teste, religião não tenho nenhuma, essa coisa de religião na minha vida não entra, eu não tenho vergonha de trabalhar. [...] Tenho medo de sair e me abandonarem. [...] Estava mais nervoso hoje que no dia que eu fui julgado.” (Audiência do dia 11.09.2017, fala do paciente Gabriel.)

O paciente apresentado anteriormente, que estava bastante apreensivo com a possibilidade de ir para a rua, demonstra em sua fala como a medida cristaliza o tempo do sujeito. Seus receios sobre a cidade natal são os mesmos de quando ingressou no Instituto Psiquiátrico Forense (IPF). As marcas de seu processo e julgamento não foram esquecidas, já que as mencionou em comparação a sua audiência de desinternação. A memória desse passado, porém, é bastante preservada na fala, assim como a memória dos últimos 20 anos de internação. O sujeito passou a fazer parte do tempo do manicômio, temendo não conseguir dar conta de viver fora dos muros.

Bergson (1988), ao falar sobre a duração, afirma que temos dificuldade com sua pureza original, que significaria uma multiplicidade sem semelhança com o número, afastada da ideia de uma quantidade mensurável. O autor compara ao pêndulo de um relógio: se as oscilações de um pêndulo de um relógio, por exemplo, são representadas de uma só vez, a sucessão é excluída – seria como representar uma série de pontos numa linha fixa, simbolizando cada oscilação, o que consiste na medição que na quantidade engloba a ideia indissociável de espacialidade.

Por outro lado, na sequência da comparação formulada por Bergson (1988), se forem representadas somente como sucessão, excluindo-se a ideia de uma alteração no espaço, terá de ser excluída a lembrança da precedente, o que condenaria o observador a ficar num presente constante. E a duração pura não seria nem uma nem outra, seria interpenetrar essas duas hipóteses, conservando juntamente à imagem da oscilação presente a lembrança da precedente, penetrando-se como uma melodia.

A dificuldade em perceber a duração pura estaria no fato de que não duramos sozinhos, pois as coisas externas duram conosco de um modo que entendemos ser homogêneo. Esse tempo seria uma grandeza homogênea e mensurável, esse tempo dos relógios, dos astrônomos e físicos (BERGSON, 1988).

Bergson (1988) menciona que há, na grandeza mensurável do relógio, uma contagem de movimento, de simultaneidades, e não de uma duração propriamente dita. Porque existe fora do observador apenas uma única posição da agulha do relógio, nada restando das posições passadas. Dentro da consciência, no entanto, é que se prossegue um processo de organização ou penetração mútua dos fatos. Se por acaso o observador for suprimido, não há duração, há apenas o movimento do pêndulo do relógio, posição no espaço.

Mas, por outro lado, se for suprimido o pêndulo e suas oscilações, há a duração heterogênea do observador consciente, apenas, sem momentos exteriores uns aos outros, sem o que o autor chama de exterioridade recíproca. Dito isso, “a sucessão só existe para um espectador consciente que se lembra do passado e justapõe as duas oscilações ou os seus símbolos num espaço auxiliar” (BERGSON, 1988, p. 77-78).

Mesmo assim, essa seria uma percepção humana ficcional de tempo. Para Bergson (1988), o tempo não equivale a uma disposição de pontos no espaço. Tal tradição de quantificação do tempo acaba por tirar dele o caráter qualitativo ímpar. As ciências exatas, sobretudo a física, com a elaboração do princípio da conservação da energia, foram transportadas para a maneira como compreendemos o tempo. De acordo com o autor, a lei da conservação de energia se faz sobre um sistema de pontos que, capazes de se moverem, também são capazes de retornar a sua posição inicial, isto é, concebe-se o regresso como possível, de modo que do sistema originário nada se alterará. Pois a hipótese, embora absurda no plano da vida humana, acaba por ser concebida no campo dos fatos de consciência.

Nesse sentido, a noção de eternidade acaba permeando o conceito filosófico ocidental de tempo, e esse tempo, tal qual o tempo imutável de Kronos, não só mata a possibilidade de futuro como aprisiona o passado, isto é, tudo o que existe já contém em si o que será no futuro, e tudo que existiu serve para justificar o presente. A ideia de uma semente que carrega em si a árvore que será e, por isso mesmo, é ao mesmo tempo semente e árvore indistintamente e sem possibilidade diversa, é a imagem que representa esse tempo eterno.

Mas o tempo seria justamente o oposto disso, seria duração, e a duração pura é qualquer coisa menos a imutabilidade, menos uma sequência de pontos justapostos, ela é aquilo que escapa quando se vai falar dela, porque no instante mesmo em que se fala, já se tornou outra coisa. Estaria mais próxima, nesse sentido, das Horas da mitologia grega, com o sentido de passagem e mutação:

“Em resumo, se o ponto artificial, como o entende a mecânica, permanece num eterno presente, o passado é uma realidade para os corpos vivos talvez, e de certeza para os seres conscientes. Enquanto o tempo decorrido não constitui nem um ganho nem uma perda para um sistema considerado conservador, é um ganho, sem dúvida, e incontestavelmente para o ser consciente. Nestas condições, não se podem invocar conjecturas a favor da hipótese de uma força consciente ou vontade livre, que, submetida à ação do tempo e armazenando a duração, escaparia por isso mesmo à lei da conservação da energia?” (BERGSON, 1988, p. 108-109.)

Assim, essa concepção de tempo em que aquilo que existe no presente já estava contido no passado, e se torna exatamente o que não poderia deixar de ser, também acaba por recair sobre as definições dos sujeitos vivos. Como Pièrre Rivière (FOUCAULT, 1977), que já tinha características que demonstravam estar ele predestinado a ser o parricida

desde sua infância, e que estaria inevitavelmente condenado a repetir em seu porvir essa definição. Do mesmo modo, o criminoso atávico de Lombroso (2001), que não pode fugir ao seu destino porque há algo de eterno e imutável em seu ser, algo que sempre foi e sempre será, fazendo-o criminoso desde o nascimento, impossibilitando-o de escolher seu destino, condenando-o a repetir o passado em seu futuro.

Então analisemos por um momento a situação dos pacientes internados no Instituto Psiquiátrico Forense (IPF), a maneira como são identificados com o passado específico do crime e o presente constante do diagnóstico de transtorno mental, e a ausência de contornos temporais precisos da sua permanência na instituição penal manicomial, de seu tratamento e punição. O que ocorreria, que diferença no transcurso para nós, seres humanos em liberdade, e para eles, haveria de ter o tempo? A diferença de se tirar o pêndulo de vista, a simultaneidade do movimento temporal exterior. Desse modo, sobra apenas o observador consciente, sem exterioridade recíproca. Há uma duração heterogênea, o que poderia explicar o fato de que em quase todas as vezes os pacientes não sabem apontar quanto tempo passaram dentro da instituição, quando chegaram lá, ou há quanto tempo estão reclusos na unidade fechada. O tempo não parece guardar correspondência com nada além do seu interior pensante. O que eram quatro dias parecem anos, e o que foram anos parece ter sido menos que isso. E isso embora muitos saibam apontar o ano em que foram presos.

“A visita da B (filha) foi só boa, né. Não conheci o genro, não tenho genro ainda, minha filha é muito nova. Acho que a B veio sozinha. Fazia muito tempo que não a via, ela era nenê ainda. Agora já tá grande. To muito novo pra ter netos.” (Fala do paciente Jeff, audiência do dia 11.09.2017, sobre a visita da filha, que não via desde bebê, à época da solenidade com 23 anos de idade, e do genro.)

O paciente citado, durante a audiência, realmente acreditava que sua filha ainda era uma criança, apesar de a ter visto poucos dias antes, adulta e casada. Negava já ser avô e ter um genro. O passado de ter vivenciado o nascimento de um bebê, interrompido pela reclusão no manicômio, não se vinculou pela consciência ao tempo transcorrido, embora o paciente saiba que ali dentro transcorreu bastante tempo, sem saber precisar quanto.

Como se o tempo exterior não guardasse reciprocidade homogênea com o que transcorre no Instituto Psiquiátrico Forense (IPF), e como se não houvesse como contar esse tempo homogêneo que transcorreria para todos. Sobra, tirados os ponteiros do relógio e a precisão das horas, o tempo interior do paciente, somente, e a sua percepção do transcurso dos dias. Sobre isso, os autores a seguir também referem:

“Fui responsável pela coordenação do trabalho na ‘ala das crianças’. Ala das crianças porque os internados entraram quando crianças. Atualmente, os cerca de trinta moradores encontram-se infantilizados, mas não mais crianças, pois pareciam ter perdido o direito de sonhar. Numa conversa com um deles, perguntei há quantos anos ele estava internado. ‘Há cem anos’, ele responde. Não satisfeito, devolvi. ‘Nossa, mas então

quantos anos você tem?'. 'Quatrocentos', foi a resposta. Morando num quarto há cerca de vinte anos, sem pertences pessoais ou visita de familiares, sendo o domingo igual à segunda ou à terça, tendo a noção de tempo a partir das alimentações diárias, do nascer e pôr do sol.... sintoma psicótico ou institucional?" (EMERICH e YASUI, 2016, p. 212.)

Bergson (1988) utiliza a imagem do sonho para falar sobre a retirada da capacidade do eu de perceber um tempo homogêneo, suprimindo dele a camada mais superficial de fatos psíquicos que usa como reguladores. Durante o sono, as causas exteriores têm o contato interrompido com o eu, impedindo a medição da duração, apenas permanecendo sua sensação, de modo que a quantidade retoma o estado de qualidade. Não há matemática do tempo, há um tempo confuso, como uma espécie de instinto de sua passagem.

"Mesmo no estado de vigília, a experiência diária deverá ensinar-nos a distinguir entre a duração-qualidade, a que a nossa consciência atinge imediatamente, a que o animal percebe provavelmente, e o tempo, por assim dizer, materializado, o tempo tornado quantidade por um desenvolvimento no espaço." (BERGSON, 1988, p. 89.)

Haveria um duplo aspecto sob os quais se apresentariam nossas ideias, sensações, percepções e emoções: um nítido, preciso e impessoal; o outro confuso, móvel, inexprimível. E sob esse duplo aspecto se daria a duração, numa multiplicidade distinta ou confusa, "no tempo-qualidade em que se produz, ou no tempo-quantidade onde se projeta" (BERGSON, 1988, p. 90). Ocorre um processo semelhante à explicação do sonho quando o contato com as causas exteriores é bloqueado pelos muros do manicômio.

"A razão está em que nossa vida exterior e, por assim dizer, social tem para nós mais importância prática do que a nossa existência interior e individual. Tendemos instintivamente a solidificar as nossas impressões, para as exprimir mediante a linguagem." (BERGSON, 1988, p. 91.)

A linguagem faria com que se confundisse o sentimento, em permanente mudança, com o objeto exterior e com a palavra que o exprime. Uma sensação que era agradável e, passado algum tempo, já não o é, ainda é nominada pela mesma palavra, como se apenas o gosto tivesse mudado.

"Em síntese, a palavra com contornos bem definidos, a palavra em bruto, que armazena o que há de estável, de comum e, por conseguinte, de impessoal nas impressões da humanidade, esmaga ou, pelo menos, encobre as impressões delicadas e fugitivas de nossa consciência individual." (BERGSON, 1988, p. 92.)

Assim, a linguagem cristalizaria as sensações, retirando sua mobilidade. Bergson (1988) afirma ainda que nos fenômenos de sentimento é que se pode notar a flagrância do esmagamento de consciência que a linguagem produz.

Ora, esse fenômeno também pode ser estendido para o próprio diagnóstico psiquiátrico, por exemplo, que, a partir de uma série de sintomas e comportamentos, enquadra o sujeito em um rótulo de doença mental – por mais que esteja sob auspícios do conhecimento científico. Não me aprofundaria aqui na temática da filosofia da linguagem e a diversidade epistemológica de seus pensadores, por não ser o foco deste trabalho. Para nós, importa aqui apenas o papel que a linguagem, entendida de maneira ampla, tem na composição do tempo do sujeito no manicômio.

O papel da linguagem está presente, por exemplo, nos diagnósticos que classificam os sujeitos nos manicômios. De acordo com o Censo (DINIZ, 2013), no total de pessoas internadas em medida de segurança no Brasil (2.956 pessoas), foram encontrados 91 diagnósticos. O diagnóstico com maior frequência foi o de esquizofrenia, que apareceu em 42% dos casos. Depois, 16% dos indivíduos com medida de segurança foram diagnosticados com retardo mental, 11% com transtornos devido ao uso de álcool e outras drogas, 5% tinham transtorno de personalidade, 3% tinham epilepsia. Nomear a doença e classificar o sujeito com transtorno mental é, ao mesmo tempo, cristalizá-lo como “o esquizofrênico”, “o retardado”, “o epilético”, como se isso definisse por si só a complexidade de uma pessoa.

Não obstante, é na periculosidade que se instala a maior representação dessa cristalização no tempo que a linguagem produz. Quando o sujeito é tido por perigoso por ter cometido um delito e ter algum transtorno mental diagnosticado, essa nomenclatura paralisa-o no instante do cometimento do delito. Essa cristalização provocada pela permanência da periculosidade é tão forte que não se percebe que o perigo reside no conceito em si, e não na realidade exterior. O perigo é a cristalização do sujeito no momento que já passou, o momento do delito.

“Corpos estirados no chão, sem movimento. O tempo se arrasta, quase se paralisa. Não fosse o ciclo do dia e da alimentação, nada alteraria o quadro. Certa vez, depois de muitas discussões e enfrentamentos, colocamos um espelho em uma enfermaria feminina. Quase todas as mulheres se espantavam ao verem em seu rosto as marcas do tempo: – ‘Nossa quem é essa velha aí no espelho? Não pode ser! Eu era tão jovem!’ A imagem do espelho produziu naquelas mulheres um duro reencontro com a dimensão do tempo que a mortificante rotina do hospital destruiu. Bruno, de modo diferente do que a canção do Cazuza nos dizia, o tempo no manicômio para.” (EMERICH e YASUI, 2016, p. 209.)

A permanência, a cristalização que fixa e apaga seletivamente o passado, paralisa o presente e subtrai a possibilidade de futuro, é um dos vieses mais cruéis do paradigma da internação psiquiátrica, e das medidas de segurança. Conforme Bergson (2006), não

se concebe um antes e um depois sem a intervenção da memória, sem que haja alguma consciência, caso contrário, haverá ou um ou outro, não os dois. E o tempo conforme o concebemos necessita de um antes e um depois, o tempo para nós é sucessão e a sucessão só existe através da consciência que percebe e organiza as sensações de antes e depois.

A memória, por sua vez, funcionaria sob duplo aspecto, um registrando os acontecimentos cotidianos e o outro que retém do passado os movimentos inteligentemente coordenados, representando seu esforço acumulado. Essa segunda memória seria uma tomada de consciência, uma memória voltada para ação, “ela já não nos representa o nosso passado, ela o encena; e, se ela merece ainda o nome de memória, já não é porque conserve imagens antigas, mas porque prolonga seu efeito útil até o momento presente” (BERGSON, 2006, p. 89).

O passado, para ser evocado na forma de imagem, precisaria da abstração da ação presente. Bergson (2006) afirma que, como a repetição pelo esforço, as lembranças apreendidas são mais úteis para nós, reparamos mais nelas. Desse modo, as lembranças adquiridas pela repetição ou pelo esforço são colocadas em primeiro plano, e a lembrança espontânea acabaria sendo qualificada, por isso, como se fosse uma parte inicial desse processo de apreensão pela memória, quando forma, na verdade, a maior parte de nossas lembranças.

Nesse contexto, elaborar a relação entre passado e presente requer um esforço de afastamento do momento atual e da percepção que o acompanha, que lançaria a ação para o futuro, e o recuo voluntário, por meio do esforço de retrospecto para o momento passado escolhido entre todos os outros, considerando que o conjunto de nossas imagens passadas permanece presente para nossa memória.

A nossa memória representa, nesse sentido, a organização do tempo pela nossa consciência, a possibilidade de haver uma sucessão de momentos. E é o tempo assim concebido que permite que nos reconheçamos enquanto sujeitos. No silenciamento produzido pelo manicômio, conforme Ibrahim (2014), os que se expressam contrariamente a esse poder têm as vozes caladas e os testemunhos abafados. Sua memória, mesmo que contenha algum conteúdo delirante, é impedida de manifestar-se:

“Juquery, anos 80 – Conheço uma paciente idosa, miúda, marcas do tempo em seu rosto de traços orientais. Sua idade era próxima aos 65 anos, embora aparentasse muito mais. Ela apenas falava japonês e tive dificuldade de compreender o que falava no meu pouco domínio da língua (coisas simples como bom dia, boa tarde, como vai). Olhando seu prontuário, descobri que havia sido internada no ano de 1938, aos 17 anos e nunca mais saiu. Mais de quarenta anos vivendo sem visitas e sem nenhum outro contato além do Juquery. Entre dezenas de páginas, havia poucas observações relevantes. Nenhuma referência à busca de contato com a família, a tentativas de localização. Nada. Apenas as prescrições de medicamentos e sessões de ECT. Um registro alguns anos após a sua entrada chamou a minha atenção: ‘paciente não fala português e limita-se a desenhar garranchos e linhas desconexas nas folhas de papel’. Este gesto continuou ao longo dos anos. Na verdade era uma frase escrita em hiragana, que é um tipo de escrita japonesa

um pouco mais sofisticada, o que revelava que, provavelmente, a paciente havia avançado nos seus estudos no Japão. Fiquei surpreso ao descobrir a tradução da frase repetidamente escrita: ‘socorro, por favor me ajude’. Logo buscamos alguém que soubesse falar bem o japonês para conversar com ela. Em vão. Após os mais de quarenta anos, mesmo um falante não conseguia mais compreender o que ela dizia. E continua repetindo, mecanicamente o mesmo gesto, desenhando a mesma frase que ficou sem escuta por décadas. Ela faleceu um ano depois desta nossa tentativa. Somos nós que falhamos ser.” (EMERICH e YASUI, 2016, p. 210-211.)

O episódio narrado por Emerich e Yasui (2016) revela esse silenciamento, ao mesmo tempo que mostra a cristalização do sujeito no tempo. A paciente, que sequer tinha reciprocidade mínima de comunicação, fixou-se a vida toda em pedir socorro. Os pacientes do Instituto Psiquiátrico Forense (IPF) também se fixam em assim o pedir, a cada oportunidade que têm de falar com o juiz. Perguntam quando vão sair e pedem para ir embora do manicômio.

O que ocorre é que, como dito por Foucault (2006), o manicômio é o local de realização da loucura. Do mesmo modo, o estabelecimento penal para cumprimento das medidas de segurança é o local de realização da loucura, mas, mais que isso, da periculosidade. Ali ela nasce, é afirmada, se desenvolve e permanece. E o sujeito fica congelado nesse tempo impreciso que não se sabe bem onde começa ou onde termina, de maneira a tornar cada vez mais distante sua saída em liberdade.

“5. *Tempo de esquecimento, tempo de abandono.* Não há tempo dentro do manicômio, é um tempo suspenso. É como um tempo de espera, uma espera silenciosa e resignada pelo dia em que se fará do tempo aquilo que se gostaria de ter feito de si mesmo. Mas o tempo suspenso do manicômio é tão forte que engole como um buraco negro as pessoas que mais tempo lá permanecem. Conheci um sujeito que já devia ter saído do manicômio, como vários outros. Esse estava prestes a conseguir de fato condições concretas para ir embora, faltava apenas um detalhe. Um sujeito muito inteligente, e poeta. Conversamos sobre seus planos quando saísse dali, quando estivesse de fato com sua liberdade resgatada. Ele me disse que tinha medo, pois não conhecia mais nada em sua cidade, nem as pessoas, nem os lugares, fazia muito tempo que sua casa era o IPF. Havia ganho umas rugas a mais no manicômio, envelheceu um pouco. Mas ainda era jovem diante da vida. Foi porém engolido pelo tempo suspenso do manicômio, e a expectativa da liberdade era uma angústia. Quando roubam de ti o teu tempo e o que resta da tal liberdade que ninguém sabe usar direito mas que dizem haver, ainda que com restrições, de escolher o que fazer do tempo que passa, te roubam junto a expectativa do futuro, e estar presente com a vida nas mãos torna-se um fardo difícil de levar adiante. Porque se tem de reaprender a conduzir o próprio tempo.” (Trecho do diário de campo, 10.10.2017.)

Na mitologia grega, conforme rememora Ost (2005), Prometeu foi um titã que, junto de seu irmão Epimeteu, teve a incumbência de criar a humanidade e os animais. Seu

irmão criou os animais, mas, quando chegou ao homem, recorreu a Prometeu para que lhe atribuísse alguma habilidade, já que gastara todos os seus recursos nos outros animais. Prometeu roubou o fogo celeste e o deu aos homens. Além disso, ensinou-os a usar o fogo. Por sua transgressão, foi punido pelos deuses e resiste à vingança olímpica tendo seu fígado devorado durante o dia e reconstituído durante a noite. De acordo com Ost (2005), a esperança e o otimismo, desde aí, são ligados ao tempo prometeico em duas vertentes, o tempo da rebelião e o tempo da instituição.

Para o autor, seria o Direito, sob o ponto de vista do positivismo, fora da duração real, fora do tempo, o direito que pretende que uma ordem dure indefinidamente até que outra ordem a revogue. Essa posição é demasiadamente estática e, contraditoriamente, demasiadamente dinâmica, essa segunda porque em nome de uma vontade, legitima qualquer mudança.

De outro lado, há o direito híbrido, dinâmico, relacionado com o tempo social, que relativiza vontades soberanas. O tempo da medida de segurança, sob essa diferenciação, seria o tempo do direito positivo, que reúne o paradoxo da estática e da dinâmica, conduzindo à indefinição e à cristalização ao mesmo tempo.

De acordo com Ost (2005), o direito estabeleceria, por meio da confiança, a promessa de um futuro minimamente seguro, uma vez que pretende regular o porvir e projetar-se no tempo. Conforme o pensamento moderno sobre o contrato social (especialmente em Hobbes e Locke), o direito pressupõe um alicerce de confiança mútua: o povo confere a um poder soberano a incumbência de regular as relações presentes e futuras por meio de leis, devendo esse poder assumir tal compromisso e não ultrapassar os limites de sua missão.

Assim, o direito pressupõe a lealdade, e o Estado de direito moderno, essencialmente, o respeito à confiança mútua. As relações reguladas pelo direito geram expectativas legítimas, devendo as próprias autoridades que criaram as normas respeitarem também essas normas, que significam compromissos assumidos por todos.

O direito, por assim dizer, projeta-se ao futuro prometeico; deixa no porvir sua promessa, a promessa da segurança jurídica. No entanto, qual a promessa que é feita pelo direito para as medidas de segurança? Para a punição em geral, para a pena, a regra é clara, embora sua execução se dê de maneira diversa e inadequada faticamente, mas o direito tem um controle preciso a respeito do futuro e aquele sujeito que comete um crime e recebe uma pena sabe como será punido.

Nas medidas de segurança não há esses contornos claros. O direito abriu mão da segurança jurídica específica em relação ao instituto das medidas de segurança em nome de oferecer aos considerados normais, ao meio social, a segurança de ter os loucos que cometeram crimes num exílio. A loucura como um todo, afinal, ainda é tratada como se necessitasse de exílio, de ser separada do convívio com a suposta normalidade.

Mas o direito não se abstém da promessa, mesmo no instituto impreciso temporalmente das medidas de segurança há uma promessa de futuro. A promessa feita à sociedade é que permanecerá por longo período, quiçá para sempre, protegida do contato com

essas pessoas loucas e perigosas. E a promessa feita ao internado é uma só, e uma cruel promessa, que é a de que terá de permanecer em tratamento por tempo indefinido, de modo que não pode nutrir esperanças de liberdade e autonomia.

Não é por outra razão que é tão difícil que, uma vez internado, o paciente consiga sair da instituição. Nem é por outro motivo que se fazem tantas audiências no Instituto Psiquiátrico Forense (IPF) de medidas de segurança que estão extintas, às vezes há quase dez anos e o ex-paciente continua na instituição, embora não tenha ele qualquer sintoma de doença, embora seu tempo máximo de internação (que em geral significa mais de dez anos) tenha findado.

Conforme o Censo (DINIZ, 2013), das medidas de segurança em que já constavam o exame de cessação de periculosidade, em 28% a periculosidade havia cessado. Além disso, a autora afirma o seguinte, a respeito da duração superior ao tempo da pena prevista ao delito:

“Há, no entanto, outro grupo que desafia essa tese: são os 606 indivíduos internados há mais tempo do que a pena máxima em abstrato para a infração cometida (Brasil, 2012). Eles são 21% da população em medida de segurança no país. Não há como prever quantos desses, atualmente em pior situação do que aquela em que estariam caso fossem apenados, se converterão em indivíduos abandonados e velhos em um hospital psiquiátrico de custódia.” (DINIZ, 2013, p. 14.)

E isso ocorre porque, ao contrário da pena, o tratamento recai sobre a inteireza do ser, e recai para estabelecer como errada aquela existência, que deve ser corrigida, sem, no entanto, haver perspectivas para que essa correção efetivamente ocorra. A cura é tida por improvável ou impossível, a melhora também, e a periculosidade é permanentemente pressuposta.

Ninguém ousa colocar-se efetivamente contra ela, contra a existência dessa entidade suprema que é a periculosidade. Por isso, quando entramos no Instituto Psiquiátrico Forense (IPF), os pacientes vêm pedir para ir embora e perguntam quando sairão dali; nem eu, nem o magistrado, nem a equipe terapêutica, nem a direção, nem os agentes penitenciários sabem responder. Porque o prazo máximo é bastante distante, embora aponte um limite, mas a saída nem sempre está vinculada a isso, já que pode ocorrer de a medida findar antes (quando há condições para desinternação condicional, sem haver marco temporal algum para esse benefício) ou de findar formalmente e não de fato, quando os pacientes permanecem no local por não terem para onde ir.

Nesse sentido, quando o direito finalmente faz a promessa de que o paciente voltará para casa, quando afinal sua medida é extinta, na maior parte das vezes tal promessa não é cumprida. Como os pacientes são rejeitados pela comunidade em geral, que não quer conviver com loucos, sobretudo aqueles criminosos, o tempo do manicômio não raro é marcado pelo abandono, o que aumenta a dificuldade de que a promessa da saída se efetive.

Mais de uma vez, apesar de terem saído da internação, as comunidades, acionadas pelas redes de saúde municipais, resolveram devolver o ex-paciente para o Instituto Psiquiátrico Forense (IPF), ou pedir autorização ao juiz para que fizessem isso, sem outra razão que não fosse o preconceito, justificado por alguma situação que denominavam surto e, embora o retorno fosse negado pelo Judiciário, essas situações demonstram como há a força do estigma e da rejeição atuando sobre as vidas que tentam sair do IPF e demonstram o desejo genérico de que esses pacientes não saiam nunca do manicômio.

“Juquery, anos 80 – O abandono dos pacientes é também construído institucionalmente. Estar no manicômio já é sinal de que o esqueceram. Uma condenação a um isolamento perpétuo. Uma suspensão definitiva de seus mínimos direitos de cidadania. Seu relato da carta fez-me ecoar quantos pacientes me solicitaram escrever cartas para seus parentes os tirarem do hospício. Quantas cartas escrevi e quantas vezes tive de brigar para serem enviadas e acompanhar sistematicamente a resposta que quase nunca vinha. Pinel, um dos criadores do hospital psiquiátrico, afirmava a importância do isolamento como um dos princípios fundamentais para o tratamento dos doentes mentais. Recomendava romper todos os laços e retirá-los do convívio social para melhor serem observados e tratados. Ainda hoje, em muitos lugares de ‘tratamento’ a correspondência é vigiada e violada. Que produção de subjetividade e que tipo de vida podem-se construir em um espaço que surge como espaço de isolamento e de restrição da liberdade?” (EMERICH e YASUI, 2016, p. 212.)

Das falas dos pacientes, no entanto, percebe-se também outra coisa além do abandono. Percebe-se que eles não raro pedem exaustivamente para que possam morar sozinhos, numa casinha que seja sua. Eles não querem muito, não querem luxo, contentar-se-iam com uma “pecinha”, como eles mesmos falam, apenas querem dar conta de sua própria vida com alguma autonomia, que em geral nunca ou há muito tempo não experimentam.

Contudo, essa possibilidade é vetada geralmente pelos profissionais do manicômio, que afirmam que “fulano” não tem condições de autocuidado, não tem condições de morar sozinho, precisa de supervisão. Quando não é essa a alegação principal, é a falta de condições econômicas que castra a ideia do ex-paciente judiciário de tomar as rédeas de sua vida.

Ocorre que a proposta de futuro pessoal que o próprio paciente idealiza para si mesmo é castrada por sua equipe terapêutica e, por conseguinte, na maior parte das vezes, acompanha o veto o juiz. O tempo do paciente ainda está nas mãos da instituição manicomial mesmo que ele tenha de sair dela, e mesmo que venha a sair, pois seu futuro será regulado pelo que decidirem a respeito, não pelo que ele próprio quiser, sugerir, menos ainda decidir. O que se nota é que os pacientes buscam a autonomia, e ela é negada constantemente.

Embora se tenha suavizado, de certa maneira, a concepção do tratamento através do isolamento, com a introdução da alta progressiva, por exemplo, cada vez mais cedo no ambiente da internação, ainda predomina o abandono dos pacientes judiciários, que,

muitas vezes, por não terem quem os queira receber, e terem sua autonomia e independência restringida, executam as saídas apenas ao redor do Instituto Psiquiátrico Forense (IPF). A perda dos vínculos familiares, quando há rejeição do paciente judiciário pela família, muitas vezes por ter o delito ocorrido no ambiente familiar, e o demasiado tempo vivido dentro do manicômio, estabelecendo uma rotina diversa, novas formas de interação social e novos vínculos, criam um novo sujeito.

Conforme o Censo (DINIZ, 2013), 43% dos delitos cometidos pelos pacientes em cumprimento de medida de segurança nos hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico eram crimes contra a vida. Os crimes contra o patrimônio somavam 29% do total de delitos, seguidos pelos crimes contra liberdade sexual, em 15%. Entre os crimes contra a vida, 67% eram homicídios consumados, e 33% eram tentativas de homicídio.

Com relação ao cometimento dos delitos no interior da família, de acordo com o Censo (DINIZ, 2013), apenas 27% tinham como vítimas familiares das pessoas em cumprimento de medida de segurança, enquanto 64% não foram cometidos no âmbito familiar, e 9% dos casos não informavam a esse respeito. A proporção para os homicídios era um pouco maior, 45% desse tipo de delito havia sido cometido na rede doméstica ou familiar.

No Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso, a proporção era de 31% de medidas de segurança por crimes contra o patrimônio, 25% de homicídios e 19% de tentativas de homicídios. Os crimes no âmbito familiar somavam 38%. Quanto aos homicídios e tentativas de homicídios contra familiares, no RS, a proporção era de 52%. Entretanto, verifica-se que não há dados suficientes sobre haver ou não “requintes de crueldade” nos delitos.

O paciente Escobar perdeu o vínculo com seus familiares. Está internado no Instituto Psiquiátrico Forense (IPF) desde 1997. Apenas restava um pai, morando em outro estado da Federação, que nunca teve vínculo afetivo com o filho, somente financeiro. O paciente solicitou a audiência para conversar com o juiz e escreveu uma carta, que foi lida por ele durante a solenidade. Na carta, o paciente faz projeções sobre seu futuro em liberdade.

“[...]É perigoso eu voltar pra minha cidade, meu crime foi muito violento e repercutiu na região. Eu ia gostar de morar nessa cidade mas quero moradia boa, não esses cortiços que já fui. Eu estava cercado de traficante, boca. Tô há vinte anos no IPF [...].”
(Paciente Escobar, audiência do dia 27.11.2017.)

A fala do paciente demonstra como o tempo do delito permanece congelado, o tempo exterior é como se não tivesse correspondência com o que passa no interior da instituição. Não foi ele o único paciente a mencionar que, por ter o delito tido repercussão no município, haveria muitos problemas em seu retorno, apesar de mais de 20 anos terem se passado de lá para então. Além disso, demonstra sua vontade de viver a vida com autonomia e independência. De ter parte no planejamento de seu futuro.

Ainda que se vislumbre a saída do paciente, essa saída fica condicionada à continuidade do tratamento em meio externo. Essa continuidade será, *a priori*, eterna e, a depender

do modo como for conduzida, significará somente uma extensão do manicômio para fora dele. Isso porque a reforma psiquiátrica, implantada pela inovação legislativa da Lei 10.216/2001, ainda não foi completamente desenvolvida no Brasil.

Conforme Emerich e Yasui (2016), é esperado que tenhamos avanços e retrocessos nas políticas da reforma psiquiátrica, já que constitui um campo composto de luta e disputa de poderes. A ideia central, não obstante, que deve ser mencionada, é a de que o sujeito não pode ser reduzido a uma doença. No manicômio, porém, não somente é ele reduzido à doença como ela o torna perigoso.

Diniz e Brito (2016) afirmam que a porta da lei que enclausura os loucos possui um guardião, mas esse guardião é o poder ubuesco que se sustenta em discursos científicos de verdade, como o da psiquiatria. O tempo passado no manicômio está fundamentado sobre isso. As autoras apresentam três metamorfoses dos laudos psiquiátricos que justificaram a manutenção, no estudo do caso da paciente mais antiga dos manicômios judiciais brasileiros, Zefinha, a prorrogação da internação da paciente: “na chegada, a ‘anormalidade’ (07 anos de internação); na longa permanência, o ‘perigo’ (21 anos de internação); no resíduo, o ‘abandono’ (08 anos de internação)” (DINIZ e BRITO, 2016, p. 114).

Mas quando foi, enfim, a paciente judiciária colocada, formalmente, em desinternação – pois, nas palavras das autoras, “nenhuma louca pode ser mantida em clausura mais do que 30 anos” (DINIZ e BRITO, 2016, p. 125) –, o seu destino não era mais o do manicômio, e sim, o do asilo, seja como casa de doentes, casa de família, seja como casa de idosos.

O abandono familiar importa certa continuidade da internação porque a família representaria, à sociedade, um dos mecanismos de controle do louco. Seria um elemento fundamental para o governo da segurança.

“Trinta anos é o limite da arbitragem, segundo as regras do sistema, por isso perito e juiz concordam que, na ausência da família, hospital psiquiátrico comum ou asilo deve ser o destino de Zefinha. [...] O mesmo psiquiatra que acolheu Zefinha 30 anos antes é quem agora a descreve como uma mulher esquecida e dependente.” (DINIZ e BRITO, 2016, p. 126.)

Não teria sido a loucura e sua classificação diagnóstica que justificaram a internação da paciente, mas “o arranjo entre os poderes que garantiram o dobramento médico-penal da vigilância da loucura para a economia da segurança” (DINIZ e BRITO, 2016, p. 127).

Ost (2005) nos diz que o tempo da promessa se abre com a recusa à história morta, que impede de construir o presente e de desejar o futuro. “Contra a duração continuísta, tocada pela entropia, fazem-se ouvir a descontinuidade do imprevisto, a ruptura do instante, a fissura do acidente, a álea da contingência, a sobrevivência do acontecimento.” (OST, 2005, p. 213.) É esse tempo da história morta que se estimula no manicômio judiciário. Esse tempo que paralisa, que domina o tempo do sujeito, que nega o acontecimento e o imprevisto, ainda que a única previsibilidade seja de continuidade da duração do tempo no manicômio, e a de que a periculosidade não cessará.

“[...] Eu conheço os meus remédios, até o horário da bombinha. Acontece o seguinte, pessoal. Se o juiz me deu a liberdade, o que nós estamos esperando? Isso já foi resolvido. O que tinha que resolver é levar o pessoal lá e conversar, que ficar nessa coisa pra lá e pra cá não vai funcionar. [...]” (Paciente Rui, após inúmeras audiências para efetivar sua saída, já que a medida havia tempo estava extinta desde 2016; audiência do dia 04.12.2017.)

A periculosidade não cessa porque é sempre renovada pelo discurso. O perigo se renova pela necessidade de vigilância, o passado do paciente é dominado pela “economia do medo”, que se sobrepõe e impera sobre a classificação das décadas anteriores da loucura pelo crime (DINIZ e BRITO, 2016).

Então o direito abre mão, nas medidas de segurança, de toda sua necessidade de controle sobre o futuro, de toda sua lógica de previsibilidade, de toda a segurança de que depende para funcionar, do grau de certeza que deposita nas relações vindouras. Ele o faz utilizando-se de saberes distintos, justificado sobre o conhecimento da psiquiatria, porque a imprecisão da loucura é para o direito mais avassaladora do que a possibilidade de perder um pouco de seu poder soberano sobre o tempo.

O direito ainda mantém seu poder sobre esse tempo, mas o divide com os responsáveis por construir a periculosidade. “Zefinha é agora esquizofrênica, medicalizada, em permanente surto, perigosa, sem condições de voltar ao convívio social e, também, uma mulher imprevisível.” (DINIZ e BRITO, 2016, p. 122.)

A promessa do direito sobre o futuro não é feita, conforme demonstrado, aos pacientes judiciários. O tratamento não está genericamente voltado para eles. A possibilidade de saída é tão dificultosa por conta desse nó do sistema penal. Ninguém quer de volta um louco perigoso. Ninguém quer ter a responsabilidade de declarar que não há periculosidade.

Periculosidade, aliás, que se grudou ao sujeito. Ele passa a “portar” a periculosidade, como se fizesse parte dele. “O uso do verbo ‘possuir’ para descrever o que poderia ser uma consequência transitória do quadro psiquiátrico aproxima definitivamente o crime da doença mental.” (DINIZ e BRITO, 2016, p. 120.)

A promessa do direito sobre as medidas de segurança é feita ao corpo social como um todo, a quem se pretende assegurar contra o risco de um louco criminoso estar convivendo livremente com todas as pessoas. A periculosidade foi criada para isso, justamente. O tempo do manicômio é o deus Kronos, negando o passado com a foice que corta os testículos do pai, impedindo que a história desse passado possa se regenerar e se prolongar, e ceifando o futuro ao engolir seus filhos, negando a possibilidade de desenvolvimento para adiante.

Quem controla esse tempo são os operadores que atuam na execução das medidas de segurança, à primeira vista, e é a lei, em instância superior. Mas é mais que a lei. É uma série de mecanismos, de saberes científicos, é uma série de crenças sociais sobre a loucura

e o delito, é uma série de preconceitos e ideias impregnadas na cultura de nosso povo, é o medo da imprevisibilidade, é o medo do perigo que essa imprevisibilidade apresenta.

E, por ser tachado de imprevisível, o direito devolve ao louco criminoso a imprevisibilidade que ele próprio representa: por ser imprevisível, o louco criminoso permanecerá vivendo em sobressalto no manicômio judiciário em que ficará exilado, sem saber ao certo jamais se sairá de lá, quando sairá, até quando sobreviverá.

Como lembra Ost (2005), contra Kronos, há Kairós, o tempo qualitativo, o tempo da instauração em vez do tempo da repetição. Na mitologia, diz-se que era o filho mais jovem de Zeus. Nós representamos o tempo, em nossa linguagem, com uma única palavra, mas para os gregos antigos havia duas, justamente Kronos e Kairós.

Kairós é conhecido também como o tempo oportuno, ou o tempo da experiência em que algo de especial acontece. Ele simboliza o melhor momento presente, em que se consegue afastar o caos. Na medicina prática de Hipócrates, dizia-se que a doença evoluiria silenciosamente até um momento crucial, que era a crise, e o bom médico deveria encontrar o melhor momento, o momento oportuno – Kairós – para sobre ela agir, momento esse que não durava muito. “Contra Cronos, sempre em vias de destruir suas obras, está Kairós, a ocasião propícia que impõe seus direitos, liberando, às vezes, uma energia histórica verdadeiramente inaugural: o tempo morto da repetição, cede lugar ao tempo forte da instauração.” (OST, 2005, p. 213.)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tempo tornou-se a própria punição com o surgimento das penas privativas de liberdade. A medida de segurança quer o exílio indefinido do louco criminoso porque é a indefinição que permite que ele seja eterno. A indefinição permite que a medida de segurança domine a tal ponto o tempo de vida do sujeito criminoso que o ultrapassa. A vida acaba, a medida, não. O dispositivo da periculosidade é que permite a desproporção da internação perante o tempo de vida do louco criminoso e que eles sejam escondidos da sociedade “normal”.

A periculosidade não foi posta como parâmetro por fazer parte do sujeito criminoso, mas porque o fato de ser futura e incerta possibilita proteger pelo tempo mais amplo a sociedade exterior aos muros do manicômio de qualquer risco que a loucura apresente. Nesse aspecto, ter a capacidade de ultrapassar o tempo de vida do delinquente e perpetuar a reclusão faz da medida de segurança a consolidação da vontade de que o louco criminoso não retorne ao convívio social.

As medidas de segurança tornaram-se um meio para identificar os indivíduos anormais e que põem em risco a determinação do Direito e das leis, e isolá-los num exílio que durará o tempo necessário para inoculá-los. Por isso que as medidas de segurança se afastam da noção de proporcionalidade presente no direito penal clássico, por isso se vinculam ao direito positivo que propunha o tratamento indeterminado a todo criminoso,

porque a proteção ao sistema jurídico e à sociedade demanda um período que se pretende eterno, não o efetivo tratamento do sujeito que o demanda. O tempo do direito é o da previsibilidade. A razão pela qual as medidas de segurança são exceção a essa regra no Direito, que está balizado pela estabilidade e por leis que se sobrepõem às incertezas do futuro, é porque o sistema jurídico não pôde de outro modo lidar com a incerteza da loucura.

O direito instituiu um sistema de punição com contornos futuros incertos, isto é, cedeu em parte seu poder de determinação para garantir a segurança jurídica como um todo contra o louco criminoso, que seria o sujeito imprevisível e, por isso mesmo, perigoso.

Não é para garantir que o louco criminoso receba um tratamento adequado conforme o discurso justificativo das medidas de segurança no Código Penal, é para garantir a segurança jurídica e a segurança de todas as demais pessoas que se exila o louco criminoso por um tempo que, inclusive, pode durar mais que a vida do internado, e deve no mínimo perdurar pelo máximo de tempo possível para que se garanta a exclusão do convívio social comum os que devem permanecer reclusos sob os muros do manicômio.

A cristalização do tempo da internação no cumprimento das medidas de segurança ocorre, especialmente, porque elas negam a passagem do tempo e a condição de mortalidade humana; porque consideram o tempo como algo homogêneo e contínuo, um tempo social genérico e abstrato, e não aquele dos sujeitos punidos; e porque, por se basearem no duplo estigma da loucura e do crime paralisam o tempo, retomando o passado do crime e do diagnóstico constantemente. O louco criminoso está fadado a ficar paralisado no passado do momento do crime.

O Estado de Direito moderno pressupõe a confiança mútua, conforme o pensamento do contrato social, e as relações reguladas pelo Direito geram expectativas legítimas, devendo as próprias autoridades que criaram as normas respeitarem essas mesmas normas. Nesse sentido, o Direito se projetaria ao futuro prometeico, deixando a promessa de segurança jurídica no porvir.

Nas medidas de segurança, em que o direito abriu mão da segurança jurídica em relação ao instituto em nome de oferecer ao meio social a segurança de ter os loucos que cometeram crimes exilados, o Direito não se abstém da promessa, sob duplo viés: à sociedade, a promessa de que será preservada por longo período, que pode ser para sempre, do convívio com os loucos criminosos perigosos; e ao internado, a cruel promessa de que terá de permanecer em tratamento por tempo indefinido. O tratamento recai sobre a inteireza do ser, a quem se pretende corrigir sem, no entanto, haver perspectivas de cura, de modo que permanece pressuposta a periculosidade. Dessa forma, mesmo quando se extinguem as medidas, isso não garante que o sujeito sairá do manicômio.

O abandono marca a existência dos internados, estejam eles dentro ou fora dos muros. A sociedade deixou claro ao instituir as medidas de segurança que não os quer de volta, e reitera isso com a permanência desse instituto do direito penal. Logo, os planos individuais sobre a sua vida em liberdade são castrados. É o tempo da história morta o que se repete no manicômio judiciário, o que nega o acontecimento e o imprevisto. A

periculosidade segue sendo renovada pelo discurso e não cessa, porque não cessa o preconceito contra o diagnóstico da loucura nem o estigma do crime.

Dessa maneira, tampouco as inovações legislativas conseguem se consolidar, muito menos atingir a área penal sobre a maneira como se lida com a loucura. Nem a Lei 10.216/2001 nem o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que trouxeram importantes modificações para o tratamento e para a autonomia da pessoa com transtorno mental, conseguiram ultrapassar a declaração da inimputabilidade penal e a imposição de uma medida de segurança.

O louco criminoso continua sendo internado numa instituição não só com características asilares, como idêntica a um estabelecimento prisional qualquer, e não a um hospital. E o regime das capacidades, alterado no Código Civil pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, para reconhecer que um sujeito ter transtorno mental não implica automaticamente sua inserção no rol dos incapazes e para que seja considerado, no máximo, relativamente incapaz, não provocou o questionamento acerca da responsabilidade penal do sujeito com transtorno mental.

A discussão a respeito da proporcionalidade concreta, no que se refere às medidas de segurança, nem pode ainda ser feita, porque não se chegou sequer a considerar a proporcionalidade fictícia do Direito para elas. A medida de segurança, no sistema jurídico-legal, ainda é indefinida no tempo, de modo que ainda não se chegou a uma solução que pressuponha a noção de proporcionalidade da resposta punitiva que é oferecida à loucura.

O discurso da medida de segurança é aparentemente isento de tal preocupação porque ela não condena, ela “absolve imprópriamente”. Disso resultam duas coisas: que a medida de segurança difere fundamentalmente da pena não porque ela imponha um tratamento e objetive outra coisa do que a retribuição do mal causado pelo sujeito, e sim porque ela não possui parâmetros objetivos para medir o tempo que se manterá aprisionado o sujeito; e que o tempo da medida de segurança é indefinido porque sua medição é imprevisível, já que duraria o tempo que durasse a periculosidade do sujeito, que depende da consideração dos peritos e dos juízes. Assim, o parâmetro de medição do tempo da medida de segurança é falso, uma vez que sustentado na ideia de periculosidade e sua cessação.

Ainda que tenha havido inovações jurisprudenciais a respeito do prazo máximo de duração das medidas de segurança, a fim de não causar a flagrante ilegalidade que vinha ocorrendo, de as medidas se tornarem perpétuas, estamos muito longe de ter uma proporcionalidade na aplicação desta espécie de punição.

Não há sentido na manutenção das medidas de segurança tal como existem no sistema jurídico brasileiro, quando toda a lei civil já se atualizou para abolir o preconceito contra as pessoas com transtorno mental. Significa que apenas o medo, e o discurso da periculosidade, que fundamenta esse medo, justifica a permanência desse instituto penal, que busca o exílio do louco criminoso, que faz a pessoa com diagnóstico de transtorno mental que cometeu um delito ser inserida num regime medieval de punição.

As mudanças culturais, evidentemente, são mais lentas do que um eventual avanço legislativo, o que explica a ineficácia de muitas leis progressistas. A humanidade ainda não se deu conta de que a loucura faz parte do que é humano, e de todo o humano, assim como o erro.

Não existe uma definição essencialista de loucura, sua percepção e sua classificação variam de acordo com o tempo e o estágio cultural da sociedade. Se nossa sociedade atual possui uma imensa gama de doenças mentais catalogadas, talvez isso diga mais sobre o modo doentio como temos conduzido a humanidade do que com um problema daquela pessoa que foi diagnosticada pelos médicos.

As medidas de segurança operam sobre um tempo morto que se repete indefinidamente. Repete o momento do crime, congela a loucura, enredando tudo para manter o manto da periculosidade atuando sobre os sujeitos e os privando do convívio social, enquanto promete “salvar” o resto da humanidade de se deparar com a diferença e superar os medos constitutivos da subjetividade.

Parar de repetir esse tempo é um desafio a ser seguido e depende de uma série de mudanças. Mas a principal delas é a mudança legislativa do tratamento da loucura como um todo, seguindo os ditames da reforma psiquiátrica, que já são uma demonstração da criação inovadora, e da loucura vinculada ao crime em específico, introduzindo sobre ela o mesmo modelo da reforma, inicialmente, embora se trate evidentemente de algo maior, de uma necessária revolução cultural que é mais difícil e demorada de ocorrer.

Contra Kronos, aquele deus que cortou os testículos do pai e devorou os próprios filhos para ser o senhor do tempo, aquele que privou os outros da passagem do tempo, do passado, do futuro, há Kairós, o tempo oportuno, o tempo do acontecimento. Enxergar o paciente judiciário como um ser humano com a mesma capacidade, como um cidadão de direitos, incluindo o direito à diferença, é o primeiro passo para que ultrapassemos a foice que decepa o passado, o despotismo que aprisiona o presente e a antropofagia que mata o porvir.

5. REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CAPRA, Luiz Antônio Alves. Lógica manicomial e invisibilidade: estudo sobre os internos do Instituto Psiquiátrico Forense Doutor Maurício Cardoso – IPF-RS. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 144, ano 26, p. 125-158, jun. 2018.
- BAUMONT, C. C. de. *Diário de campo da atuação na Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre (2017/2018)* – Cronos e o aprisionamento eterno do louco criminoso: sobre vozes que silenciam e discursos de verdade na execução das medidas de segurança de internação. 2018. Dissertação de Mestrado em Psicologia Social e Institucional. Instituto de Psicologia da UFRGS, Porto Alegre, 2018.

- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Ed. Ridendo Casting Moes, 1764. Edição eletrônica. Disponível em: [www.jahr.org]. Acesso em: 20.01.2018.
- BERGSON, Henri. *Ensaio sobre os dados imediatos da consciência*. Lisboa: Edições 70, 1988.
- BERGSON, Henri. *Matéria e memória*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- DINIZ, Débora. *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil*. Censo 2011. Brasília: Letras Livres: Editora da Universidade de Brasília, 2013.
- DINIZ, Debora; BRITO, Luciana. “Eu não sou presa de juízo, não”: Zefinha, a louca perigosa mais antiga do Brasil”. *História, Ciências, Saúde*, Manguinhos, v. 23, n. 1, p. 113-129, jan.-mar. 2016.
- EMERICH, Bruno Ferrari; YASUI, Silvio. O hospital psiquiátrico em diálogos atemporais. *Interface (Botucatu)* [on-line]. 2016, v. 20, n. 56, p. 207-216. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.1590/1807-57622015.0264]. Acesso em: 24.09.2018.
- FOUCAULT, Michel. *Eu, Pièrre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1977.
- FOUCAULT, Michel. *Os anormais: curso no Collège de France (1974/1975)*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *O poder psiquiátrico*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *História da loucura: na Idade Clássica*. São Paulo: Perspectiva, 2017.
- GAROFALO, Rafael. *La criminologia*. Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoria de la penalidad. Madrid: Daniel Jorr Editor, 2012.
- IBRAHIM, Elza. *Manicômio judiciário*. Da memória interrompida ao silêncio da loucura. Curitiba: Appris, 2014.
- KARAM, Maria Lucia. Medidas de segurança: punição do enfermo mental e violação da dignidade. *Verve*, 2, p. 210-224, 2002.
- LOMBROSO, Cesar. *O homem delinquente*. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001.
- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.
- VEPMA. Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas de Porto Alegre. Atas de audiências realizadas no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso entre 2017/2018.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrinas**

- A punição da loucura – As decisões do Supremo Tribunal Federal após a lei da reforma psiquiátrica, de MenElick de Carvalho Netto e Letícia Naves – *RBCCrim* 144/183-215 (DTR\2018\14301);
- Considerações sobre o atual sistema de fundamentação e imposição da medida de segurança, de Adel El Tasse – *RCP* 9/137-149 e *Doutrinas Essenciais Direito Penal e Processo Penal* 2 (DTR\2011\2160); e
- Do silenciamento e segregação à responsabilidade: por um tratamento renovado para o psicótico em conflito com a lei, de Aline Reis da Silva, Bruno da Silva Campos, Raquel Fabris Moscon e Renata Costa-Moura – *RBCCrim* 144/251-277 (DTR\2018\14319).

Veja também Jurisprudência

- *RT* 918/1046 (JRP\2011\6253) e *RT* 840/582 (JRP\2005\2361).

CAMINHOS PARA MUDANÇAS: DIÁLOGOS ENTRE CRIMINOLOGIA, ABOLICIONISMOS PENAIS E JUSTIÇA RESTAURATIVA

PATHWAYS FOR CHANGES: DIALOGUES BETWEEN CRIMINOLOGY, PENAL ABOLITIONISM AND RESTORATIVE JUSTICE

ILTON GARCIA DA COSTA

Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor no Doutorado, Mestrado e na Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Mestre em Administração pelo UNIBERO. Especialista em Administração Financeira pela Álvares Penteado. Especialista em Mercados Futuros pela BOVESPA – BMF – USP. Especialista em Formação Profissional na Alemanha. Avaliador de curso e institucional pelo MEC – INEP. Ex-Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul. Vice-Presidente da Comissão de Ensino Jurídico (2013 a 2015). Vice-Presidente e Presidente da Comissão de Estágio (2013 a 2015) e membro efetivo da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão de Liberdade Religiosa da OAB-SP (todas estaduais). Membro do Comitê Assessor de Área de Ciências Sociais Aplicadas da Fundação Araucária de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Paraná (2017 a 2019). Membro da E-Justicia Latinoamerica. Membro do corpo diretivo do Instituto Jacques Maritain do Brasil. Matemático. Advogado.
iltongcosta@uenp.edu.br; iltongcosta@gmail.com

ELUANE DE LIMA CORRALES

Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Servidora do Legislativo Municipal do Município de Ribeirão do Pinhal – PR. Advogada.
eluanecorralles@hotmail.com

GABRIELE DELSASSO LAVORATO MANFRÉ

Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Integrante dos grupos de pesquisa Os reflexos das opções do poder público na vida das pessoas e globalização e os reflexos jurídicos (UENP). Atuou como Advogada do Núcleo de Estudos e Defesa dos Direitos da Infância e da Juventude (NEDDIJ), com sede no Centro de Ciências Sociais Aplicadas/UENP. Servidora do Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR.
gaby_dl91@hotmail.com

Recebido em: 03.05.2018

Aprovado em: 03.06.2020

Última versão dos autores: 21.04.2020

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo possui como escopo a análise das teorias da criminologia, dos principais objetivos defendidos pelos abolicionistas penais, bem como da correlação existente entre os abolicionismos e a Justiça Restaurativa. A problemática reside no questionamento: qual é o caminho para que haja uma mudança substancial no Sistema Punitivo, possibilitando a futura aplicação dos ideais abolicionistas? A pesquisa foi desenvolvida a partir do método de abordagem qualitativo, com método de procedimento bibliográfico. Foram apresentadas as principais correntes criminológicas, desde a Criminologia Clássica até a Criminologia Crítica, com enfoque para os abolicionismos penais e seus principais teóricos. Em seguida, foram analisados os pressupostos da Justiça Restaurativa, apresentando uma perspectiva histórica e conceitual, finalizando com a comparação dos aspectos que aproximam tal movimento às teorias abolicionistas.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia crítica – Abolicionismos penais – Justiça restaurativa.

ABSTRACT: The present article has as scope the analysis of theories of criminology, of the main objectives defended by the penal abolitionists, as well as the correlation existing between these and Restorative Justice. The problem lies in the questioning: what is the way for a substantial change in the Punitive System, allowing the future application of abolitionist ideals? The research was developed from the method of qualitative approach, with method of bibliographic procedure. The main criminological currents were presented, from Classical Criminology to Critical Criminology, with a focus on penal abolitionism and its main theorists. Next, the assumptions of the Restorative Justice were analyzed, presenting a historical and conceptual perspective, concluding with the comparison of the aspects that approximate this movement to the abolitionist theories.

KEYWORDS: Critical criminology – Penal abolitionism – Restorative justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da criminologia clássica à criminologia crítica. 2.1. A Escola Clássica. 2.2. A Escola Positivista. 2.3. A Escola Sociológica Alemã. 2.4. Criminologia crítica. 3. O outro lado da perspectiva punitiva: os abolicionismos penais. 4. A justiça restaurativa: o caminho para a abolição penal. 4.1. O processo restaurativo: aproximação com os ideais abolicionistas. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O mundo evolui a cada dia, porém, há a insistência na aplicação de meios arcaicos de solução de conflitos. O sistema retributivo vigente em nosso sistema jurídico só mostra, cada vez mais, a impotência do Direito Penal perante os problemas apresentados pela sociedade.

Entre os inúmeros aspectos negativos do atual sistema retributivo, destaca-se a insatisfação tanto da vítima quanto do ofensor nos resultados das demandas penais. Ambos não saem satisfeitos com o resultado do processo criminal. Enquanto a vítima não possui seus anseios nem seus sentimentos considerados, o ofensor só recebe um tratamento indiferente, baseado no sentimento de vingança existente nos desejos de toda a sociedade.

Dessa forma, pode-se afirmar que o Sistema Penal se preocupa apenas em dar respostas à sociedade, e não à vítima. É nesse cenário que surge a indagação: qual o caminho que poderá levar à mudança de perspectivas no direito penal, proporcionando resultados mais satisfativos tanto para a vítima quanto ao ofensor?

Nesse sentido, o presente artigo vai apresentar um olhar panorâmico acerca da criminologia crítica, dos abolicionismos penais e da justiça restaurativa, apontando possíveis caminhos para que vítimas, ofensores e sociedade possam construir olhares diferenciados sobre o crime e as diversas formas de respostas punitivas ou até mesmo a ausência delas.

2. DA CRIMINOLOGIA CLÁSSICA À CRIMINOLOGIA CRÍTICA

Todo o sistema penal gira em torno de um fato: o crime. São diversos os elementos que geram a sua ocorrência, e a criminologia ocupa-se do estudo generalizado do comportamento criminoso, o qual pode ser definido de diversas formas, estudo este que é realizado pelas várias teorias criminológicas existentes.

Etimologicamente, criminologia vem do latim *crimino* (crime) e do grego *logos* (estudo), significando o estudo o crime. Porém, tal área de estudo também dedica atenção às circunstâncias sociais, à vítima, ao criminoso, ao prognóstico delitivo, bem como ao controle social das condutas criminosas (PENTEADO FILHO, 2012, p. 20).

2.1. A Escola Clássica

A primeira teoria criminológica é desenvolvida pela Escola Clássica. Ressalta-se que tal denominação foi atribuída a esse movimento posteriormente, pelos positivistas, em caráter pejorativo (PENTEADO FILHO, 2012, p. 46). O contexto histórico de tal pensamento dá-se com a transição do feudalismo, em que havia a predominância da propriedade feudal, dos suseranos e vassalos, para uma nova forma de organização social proveniente dos novos meios de produção, bem como pelo advento do racionalismo (SANTOS, 1979, p. 32).

Conforme assevera Juarez Cirino dos Santos (1979, p. 33), com o alvorecer das teorias de Hobbes, Montesquieu e Rousseau, surgiram novos postulados que definiriam as regras de uma nova ordem social. Entre essas teorias, a principal seria a do contrato social. Por meio desse contrato, haveria uma recompensa da atividade útil gerada por cada membro, bem como a punição da atividade danosa:

“A primeira grande perspectiva era a dos chamados clássicos, que entendiam ser o criminoso um pecador que optou pelo mal, embora pudesse e devesse respeitar a lei. Tal aporte advém, naturalmente, das ideias de Jean Jacques Rousseau, firmadas em seu O contrato social. Para Rousseau, a sociedade decorria nas suas origens da fixação de um grande pacto. Por meio deste, as pessoas abriam mão de parcela de sua liberdade e adotavam uma convenção que deveria ser obedecida por todos. Como a premissa natural de todos quantos fizeram aquela avença era a capacidade de compreender e de querer, supunha-se que

qualquer um que quebrasse o pacto fá-lo-ia por seu livre-arbítrio. Assim, se uma pessoa cometesse um crime – o cometimento do crime e, evidentemente, uma quebra do pacto – deveria ser punida pelo deliberado mal causado à comunidade. A punição deveria ser proporcional ao mal causado, a partir da lógica formulação dialética hegeliana segundo a qual a ‘pena era a negação da negação do direito’.” (SHECAIRA, 2004, p. 47-48.)

Louk Hulsman e J. B. de Celis (1993, p. 126) ressaltam que a sociedade não deve ser confundida com o Estado e criticam o papel intervencionista exercido pelo *Leviatã*, de Hobbes:

“Talvez existam esferas de decisão e de ação que devam permanecer sob a direção do Estado. Mas, em muitos campos, percebe-se que, ao contrário, seria mais vantajoso que os problemas fossem tratados pelas próprias pessoas ou por organizações que lhes são próximas. A meu ver, os conflitos interpessoais se situam neste campo. Isto não significa que as pessoas não possam necessitar dos serviços suscetíveis de ser oferecidos num contexto estatal. Um destes serviços é, sem dúvida, a possibilidade de acesso a uma jurisdição capaz de decidir que determinados meios de coerção sejam postos à disposição de tais pessoas implicadas num conflito interpessoal. Mas a aplicação destes meios de coerção – nos limites postos pela lei e pela jurisdição – deveria depender da vontade daquele que pediu a intervenção da jurisdição para resolução de seu conflito.”

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (1979, p. 36) ressalta que o pensamento burguês existente na época era pautado em duas premissas básicas, sendo elas a igualdade perante a lei e a responsabilidade individual pelo comportamento social. Tal responsabilidade comportamental seria baseada pela liberdade de decisão do indivíduo racional, ou seja, pelo seu livre arbítrio.

Dessa forma, a Escola Clássica partia da perspectiva do livre-arbítrio, em que a violação da lei penal era fruto da vontade do indivíduo, dotado de normalidade e de autonomia decisória, em que estava transgredindo as regras preestabelecidas. O protagonismo era o papel ocupado pela dogmática penal, cenário no qual a criminologia ainda não existia.

Os princípios da Escola Clássica surgiram com a obra *Dos delitos e das penas*, de Cesare Beccaria, de 1764, sendo ele considerado o precursor desse movimento, com a proposta de humanização das ciências penais (PENTEADO FILHO, 2012, p. 46). Em conclusão apresentada em sua obra, Cesare Beccaria (2009, p. 107) ressalta que para a pena não ser um ato de violência contra o cidadão, deve ser pública, pronta, necessária, bem como deve ser aplicada de forma minimalista quando for indispensável, sendo esta proporcional ao crime cometido e previamente determinada por lei.

2.2. A Escola Positivista

Com a decadência dos pressupostos racionalistas, começam a surgir novos paradigmas. Enquanto a Escola Clássica realizava um estudo da lei penal, a Escola Positivista se

preocuparia com o estudo das causas e fatores que influenciavam as condutas delitivas que violavam as leis penais. Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 48) ressalta que a visão clássica foi duramente criticada pelos positivistas, em que “para eles o livre-arbítrio era uma ilusão subjetiva, algo que pertencia à metafísica. O infrator era um prisioneiro de sua própria patologia (determinismo biológico), ou de processos causais alheios (determinismo social)”.

Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (1979, p. 48) assevera o pensamento positivo de caráter biológico e social acerca do crime:

“O enfoque se orienta para o sujeito da ação, no sentido da correção de predisposições anti-sociais do sujeito manifestadas no ato, e não para a ação do sujeito, no sentido de uma punição que exprima uma censura do sujeito pela prática da ação. É neste ponto que se introduz o papel do perito (psiquiatras, psicólogos, biólogos etc.), cuja tarefa consiste em determinar as predisposições internas produtoras do desvio e indica a terapia adequada à natureza anti-social da personalidade do sujeito, implícita na ação.”

Através de diversos estudos, havia a análise dos delitos a partir de seus autores, partindo de um paradigma totalmente ideológico. Dessa forma: “O positivismo científico é a designação geral de um tipo de conhecimento qualificado pelo uso sistemático do método positivo das ciências naturais para sua aquisição.” (SANTOS, 1979, p. 43.)

Conforme assevera Nestor Sampaio Penteado Filho (2012, p. 49), a Escola Positiva possuiu três fases, sendo elas a fase antropológica, representada pelas ideias de Cesare Lombroso; a fase sociológica, com a predominância de Enrico Ferri; e a fase jurídica, com a presença de Raffaele Garófalo. Dessa forma, a Escola Positiva inicia seu movimento no início do século XIX na Europa, porém sua aclamação e consolidação ocorrem apenas no final deste mesmo século, fato este que ocorreu em decorrência da destacada atuação de Lombroso, Ferri e Garófalo.

Lombroso recebeu destaque no ano de 1876, com a publicação do livro *O homem delinquente*, instaurando estudos científicos sobre a criminologia (PENTEADO FILHO, 2012, p. 49). Tratava o crime como sendo fruto de um fenômeno biológico associado a fatores sociais e ambientais. Porém, tais fatores externos seriam apenas aspectos motivadores de fatores endógenos já existentes no indivíduo que nasce com o ideal criminoso. Nessa seara, Nestor Sampaio Penteado Filho (2012, p. 50) ressalta as principais características do pensamento de Cesare Lombroso:

“Estavam fixadas as premissas básicas de sua teoria: atavismo, degeneração epilética e delinquente nato, cujas características seriam: fronte fugidia, crânio assimétrico, cara larga e chata, grandes maçãs no rosto, lábios finos, canhotismo (na maioria dos casos), barba rala, olhar errante ou duro etc.”

Tal corrente de pensamento ganhou adeptos na França, na Alemanha e no Brasil. Conforme Lombroso, os indivíduos que apresentassem determinadas características

físicas deveriam ser eliminados ou presos em manicômios, pois constituiriam grande risco à sociedade. Segundo ele, a aparente boa saúde, a maior robustez, estatura mais elevada, maior volume de cabelos, fisionomia especial, são características dos delinquentes, sendo que as paixões e os instintos do réu nato são muito parecidos com o perfil do homem selvagem (LOMBROSO, 2007, p. 194).

Já para Enrico Ferri, a criminalidade era uma consequência de diversos fenômenos, entre eles fatores sociais, antropológicos, físicos e culturais, sendo o criador da “sociologia criminal” (PENTEADO FILHO, 2012, p. 53). Ferri foi genro e discípulo de Lombroso, que repetiu a ideia de seu precursor, porém com um forte engajamento social. Entendia que os fatores ocasionadores do crime eram fomentados por fatores físicos e sociais. Conforme apontado por Sérgio Salomão Shecaira (2004, p. 99), “diferentemente de Lombroso, sua perspectiva de análise voltava-se para as ciências sociais, com uma compreensão mais larga da criminalidade, evitando-se o reducionismo antropológico do iniciador da escola positivista italiana”.

Rafaelle Garófalo ficou conhecido por conceber a noção de delito como sendo um fato natural (PENTEADO FILHO, 2012, p. 54), e não como uma construção resultante de vários fatores. Nesse sentido, explica Sérgio Salomão Shecaira:

“Rafaelle Garófalo (1851-1934) foi o terceiro grande nome do positivismo italiano. Jurista de renome, afirma que o crime sempre está no indivíduo, e que é a revelação de uma natureza degenerada, quaisquer que sejam as causas dessa degeneração, antigas ou recentes. Introduz o conceito de temibilidade que sustenta ser a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente. Tal conceito foi decisivo para as formulações posteriores concernentes à intervenção penal, propostas pelos positivistas: a medida de segurança.” (2004, p. 100-101.)

Partia da ideia de que o crime estava no homem, sendo visto como forma de degeneração deste. Era defensor da pena de morte como meio para a não degeneração da sociedade. Criou o conceito de periculosidade e ainda hoje é lembrado por meio da prevalência das medidas de segurança, as quais foram por ele concebidas.

Newton e Valter Fernandes (2010, p. 98), ressaltam que Garófalo sofreu uma grande onda de indignação por suas medidas tão draconianas, não possuindo nenhuma piedade e nenhum sentimento altruísta aos que ele considerava integrantes da espécie *homo delinquens*.

2.3. A Escola Sociológica Alemã

Tal corrente também pode ser denominada como Escola de Política Criminal ou Escola Moderna Alemã, tendo como principais expoentes Franz von Lizst, Adolphe Prins e Von Hammel, sendo que foi Von Lizst quem ampliou as explicações das causas dos

delitos bem como das causas e dos efeitos da pena (PENTEADO FILHO, 2012, p. 57). Von Lizst, a partir desse dualismo metodológico, estudou a pena como meio de defesa e proteção da sociedade: as penas e as medidas de segurança possuíam um caráter preventivo com uma perspectiva de tratamento.

Alessandro Baratta (2002, p. 59) ressalta que, no âmbito das teorias sociológicas, a teoria estrutural funcionalista da anomia e da criminalidade pôs em dúvida os princípios do bem e do mal. Tal teoria foi introduzida por Émile Durkheim e desenvolvida por Robert Merton.

“[...] a teoria sociológica funcionalista que Merton aplica ao estudo da anomia permite, ao contrário, interpretar o desvio como um produto da estrutura social, absolutamente normal como o comportamento conforme às regras. Isto significa que a estrutura social não tem somente um efeito repressivo, mas também, e sobretudo, um efeito estimulante sobre o comportamento individual.” (2002, p. 62.)

Para Merton, não se deve encarar o crime como uma patologia ou algo anormal. Indivíduo e sociedade partem de um todo e ambos fazem parte de um processo de integração. Eis que nesse momento surge o estudo da criminalidade, bem como das ideias sobre estrutura cultural e estrutura social.

Dessa forma, Merton enumerou os cinco modelos de adequação individual, sendo eles: a) o modelo da conformidade: ocorreria se todos realizassem as metas da estrutura social; b) o modelo da inovação: os sujeitos aceitam as metas, mas não possuem os meios para alcançá-las, usando para tais fins meios ilegítimos; c) o modelo do ritualismo: os sujeitos possuem a consciência de que nunca conseguirão atingir as metas impostas; d) o modelo da apatia: os sujeitos ficam abandonados nas cidades, pois desistiram das metas propostas; e) o modelo da rebelião: os sujeitos negam as metas e os meios, querendo criar perspectivas (MERTON, 2004, p. 218).

Ainda segundo Alessandro Baratta (2002, p. 71), Edwin Sutherland teve um papel muito importante, contribuindo com a teoria das subculturas criminais “principalmente com a análise das formas de aprendizagem do comportamento criminoso, e da dependência desta aprendizagem das várias associações diferenciais que o indivíduo tem com outros indivíduos do grupo”.

Sutherland é considerado o criador da criminologia norte-americana, em que trabalha com a ideia das “cifras ocultas” e da “associação diferencial”. Foi um estudioso dos crimes de colarinho branco, abandonando o pensamento de que apenas os miseráveis são indivíduos criminosos.

Porém, quem desenvolveu por completo a teoria das subculturas foi Albert Cohen:

“A questão fundamental posta por Cohen refere-se às razões de existência da subcultura e do seu conteúdo específico. Estas razões são individualizadas (de maneira diferente, mas complementar em relação à teoria de Merton) reportando a atenção

às características da estrutura social. Esta última induz, nos adolescentes da classe operária, a incapacidade de se adaptar aos *standards* da cultura oficial, e além disso faz surgir neles problemas de *status* e de autoconsideração. Daí, deriva uma subcultura caracterizada por elementos de ‘não-utilitarismo’, de ‘malvadeza’ e de ‘negativismo’ que permite, aos que dela fazem parte, exprimir e justificar a hostilidade e a agressão contra as causas da própria frustração social.” (BARATTA, 2002, p. 73.)

Dessa forma, Cohen pauta o subculturalismo a partir de três modelos: o não utilitarismo da ação, a malícia da conduta e o negativismo dos atos praticados. Sob o modelo do não utilitarismo da ação entende-se que a criminalidade que acontecia não era utilitária, mas, sim, possuía uma visão de contestação, em que se cometia o crime por mero prazer.

Já pelo modelo da malícia da conduta, a visão da prática do crime por prazer torna-se mais expressiva, em que a criminalidade ocorria com o propósito de ridicularizar o próximo. O último modelo, o negativismo dos atos praticados, consistia no fato de se fazer tudo ao contrário do que o sistema normativo exigia. Tal negação do sistema era realizada por esses indivíduos para que eles pudessem ser aceitos pelos grupos aos quais pertenciam.

A partir de meados do século XX, o paradigma sociológico será substituído pelo paradigma de reação social. Surge, então, a teoria do “Labelling Approach” ou “Teoria do Etiquetamento”.

“O foco da teoria da etiquetagem (*labeling approach*) é o significado de crime e criminalidade. A atenção é desviada da visão positivista das peculiaridades do criminoso para o processo de criminalização – o modo como as pessoas e ações são definidas como criminosas. O crime passa a ser considerado um mero subproduto do controle social e o indivíduo se torna um delinquente, não porque tenha realizado uma conduta negativa, mas porque a sociedade o etiqueta como tal. Para alguns, a teoria da etiquetagem deixa de ser uma teoria da criminalidade e passa a ser uma teoria da criminalização.” (SOUZA, 2003, p. 407.)

Dessarte, o Labelling Approach investiga o que torna uma conduta delitiva e o que faz com que as pessoas ajam de forma criminoso, em que o foco é o estudo de quem controla tais “etiquetamentos”. As teorias sobre o crime e a criminalidade são variadas, porém, todas elas contribuíram para o conceito atual que a sociedade possui acerca destes fenômenos. Dessa maneira, todas devem receber um olhar cuidadoso e crítico, para que sempre haja a evolução no pensamento penalista, não havendo o retrocesso aos primórdios dos estudos da criminologia.

2.4. Criminologia crítica

Conforme os ensinamentos de Vera Regina Pereira de Andrade (2013, p. 181), a criminologia crítica originou-se a partir da mudança do paradigma etiológico para o

paradigma da reação social, ocorrida desde o ano de 1960. Segundo tal vertente, a criminologia não seria mais definida como a ciência que investiga apenas as causas da criminalidade, mas também as condições de criminalização, ou seja, como todos os elementos sociais, entre eles a lei penal, a Polícia, o Ministério Público, a família, as prisões, entre outros, corroboram para que a criminalidade exista. Dessa forma, a criminologia crítica entende que a realidade não é neutra e que o alvo do sistema punitivo é a população marginalizada (PENTEADO FILHO, 2012, p. 168).

“É criticada por apontar problemas nos Estados capitalistas, não analisando o crime nos países socialistas. Destacam-se as correntes do neorrealismo de esquerda; do direito penal mínimo e do abolicionismo penal, que, no fundo, apregoam a reestruturação da sociedade, extinguindo o sistema de exploração econômica. Merece destaque também a corrente denominada criminologia verde, que assinala a exclusão social das mulheres e outras minorias nos processos decisivos ambientais; insiste no realismo de esquerda, atacando as grandes corporações e responsabilizando-as pela lavagem de dinheiro em decorrência de crimes contra o meio ambiente (*greenwashing*).” (PENTEADO FILHO, 2012, p. 168.)

Juarez Cirino dos Santos (2005, p. 2) ressalta que o paradigma do Labelling Approach, o qual estuda a criminalidade como resultante dos fenômenos sociais, não pode ser considerado como sendo pertencente à criminologia crítica, representando apenas uma condição necessária, porém insuficiente para a sua formação. Salienta ainda que é necessário esclarecer a política criminal proposta pela criminologia crítica, em que, perante uma reforma do direito penal deve-se buscar uma política criminal alternativa que tenha inspiração em um direito penal mínimo para a obtenção de resultados imediatos, porém com o objetivo final de abolição do sistema penal.

3. O OUTRO LADO DA PERSPECTIVA PUNITIVA: OS ABOLICIONISMOS PENAI

A criminologia é uma disciplina que realiza o estudo do crime e de seus elementos, bem como da vítima, do delinquente e do controle social do próprio delito, sendo considerada uma ciência interdisciplinar. Tal disciplina oferece ao direito penal os elementos necessários para a correta compreensão do fenômeno do crime. Porém, cabe às políticas criminais a aplicação destes elementos aos casos concretos. Dessa forma:

“A política criminal é uma disciplina que oferece aos poderes públicos as opções científicas concretas mais adequadas para controle do crime, de tal forma a servir de ponte eficaz entre o direito penal e a criminologia, facilitando a recepção das investigações empíricas e sua eventual transformação em preceitos normativos.” (SHECAIRA, 2004, p. 41.)

Franz Von Liszt é considerado o Pai da Política Criminal. Com ele, tal política passa a ser um projeto de defesa social, tendo uma ideologia voltada à proteção. Dessa forma, pode-se concluir que “a Política Criminal tem por finalidade a análise e a crítica das leis penais a partir de propostas criminológicas” (FERNANDES; FERNANDES, 2010, p. 54).

É nesse cenário que surgem os movimentos da Política Criminal: o movimento minimalista, o qual vê o direito penal como última *ratio*, sendo aplicado apenas para ele existir como sistema; o movimento abolicionista, que busca a abolição da vingança, com a completa extinção do sistema penal; e o movimento efficientista ou expansionista, o qual visa o enrijecimento do sistema penal, contrapondo-se à criminologia crítica.

Conforme Antonio Beristain (2000, p. 76), vários estudos realizados no início do século XX, na seara empírica, sociológica e psicológica, apontaram que o Estado e suas diversas instituições formais de poder não se limitavam a dar respostas aos crimes e aos delinquentes, mas era também o protagonista de criação de estruturas que rotulavam o criminoso por meio de elaboração de legislações que beneficiavam os detentores do poder. Tal verificação ocasionou um aumento da crítica sobre os poderes coercitivos e punitivos.

Porém, a partir do ano de 1980, a corrente da criminologia crítica que emergiu com força singular foi a denominada “abolicionista”. Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 695) explica as principais vertentes desse movimento:

“Embora seu nome seja tomado da luta histórica contra a escravidão, e contra a pena de morte, nesses anos, e no interior da criminologia crítica, essa denominação seria atribuída à deslegitimação mais radical do sistema carcerário e da própria lógica punitiva. Esta reflexão antipunitiva estava estreitamente relacionada às reivindicações teóricas e práticas de alguns criminólogos de antiga tradição nos países escandinavos e na Holanda.”

Todavia, cabe ressaltar inicialmente que mais do que uma corrente da criminologia crítica, o abolicionismo deve ser considerado uma filosofia de vida, um ideal a ser alcançado. Nessa senda, Edson Passetti e Roberto Baptista Dias da Silva (1997, p. 11) ressaltam que “o abolicionismo é um estilo de vida. É uma forma de interrogar o significado das punições e suas instituições, de sinalizar outras possibilidades de liberdade e de buscar justiça”.

Daniel Achutti (2016, p. 93) ressalta que os abolicionistas reprimem o uso da punição para a consequente repressão de pessoas que foram condenadas em decorrência da prática de crimes. Além disso, tal corrente afirma que o sistema penal só causa malefícios a toda a sociedade, não devendo, portanto, permanecer em funcionamento. O castigo não seria a resposta ideal para o crime, e mesmo que este fosse aplicado de maneira correta e sensata, o sistema penal também não funcionaria, pois foi criado para a perpetuação de uma cultura vingativa, injusta, estigmatizante, seletiva e rotuladora.

Tal cenário é descrito por Loïc Wacquant (2003, p. 33), a partir de uma pesquisa realizada nos Estados Unidos, entre outubro de 1995 e março de 1996:

“É suficiente, para discernir as funções desempenhadas pela extensão desmesurada do aparelho carcerário americano no mesmo momento em que a criminalidade recua, desenhar, em linhas gerais, o perfil sociológico da ‘clientela’ que ele recebe em seu ponto de entrada. Evidencia-se imediatamente que o meio milhão de reclusos que abarrotam as quase 3.300 casas de detenção do país – e os 10 milhões que passam por seus portões a cada ano – são recrutados prioritariamente nos setores mais deserdados da classe operária, e notadamente entre as famílias do subproletariado de cor nas cidades profundamente abaladas pela transformação conjunta do salariado e da proteção social. E mostra, portanto, que, reelaborando sua missão histórica, o encarceramento serve bem antes à regulação da miséria, quicá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado.”

Conforme Daniel Achutti (2016, p. 94),

“o abolicionismo penal pode ser visto tanto como um movimento social [...] quanto como uma perspectiva teórica, que busca questionar a validade do modelo penal da culpa e do castigo e apresentar novas formas de abordagem dos conflitos sociais tidos oficialmente como delituosos.”

Até o ano de 1960 não existia nenhum movimento abolicionista na academia. Depois, autores como Nils Christie, Thomas Mathiesen, Herman Bianchi e Louk Hulsman começaram a publicar obras que tratavam sobre o abolicionismo penal (ACHUTTI, 2016, p. 94). Porém, todos esses abolicionistas possuem um ideal que converge nos seguintes aspectos:

“Os diferentes abolicionistas mencionam, resumidamente, que o sistema penal opera na ilegalidade; atua a partir da seleção de seus clientes, atribuindo-lhes rótulos estigmatizantes dificilmente descartáveis após o primeiro contato com o sistema; afasta os envolvidos no conflito e os substitui por técnicos jurídicos, para que busquem uma solução legal para a situação problemática; produz mais problemas do que soluções; dissemina uma cultura – punitiva – que propaga a ideia de que com um castigo (pena de prisão) é possível *fazer justiça* em eventos considerados oficialmente como *crime*.” (ACHUTTI, 2016, p. 96.)

Deve-se, no entanto, ter o cuidado em observar os abolicionismos penais a partir desse enfoque pluralístico. Tal cuidado dá-se pelo fato de o movimento abolicionista possuir várias dimensões distintas, sendo, portanto, impossível identificá-lo como um movimento uniforme.

Nesse sentido, assevera Raquel Tiveron (2014, p. 265):

“O movimento criminológico abolicionista possui várias vertentes, desde a institucional, que apregoa o fim das prisões, ao reducionismo penal, que visa limitar a esfera de atuação jurídico-penal, passando pelo abolicionismo penal, que defende a própria extinção do sistema penal, até a sua forma mais radical, que refuta toda forma de castigo.”

No mesmo sentido, Gustavo Noronha de Ávila e Vera Guilherme afirmam que o termo apropriado a ser utilizado é “abolicionismos penais”, com o termo no plural, tendo em vista sua composição diversificada, variando acerca de métodos, fundamentações e finalidades, tendo leituras desde o minimalismo penal até a total abolição do Estado Juiz (ÁVILA; GUILHERME, 2015, p. 71).

Louk Hulsman (1997, p. 205-206) fez uma análise das principais críticas atribuídas ao sistema de justiça criminal, tentando responder à pergunta: por que abolição? Entre as principais críticas estão as respostas não realistas e ineficientes do sistema perante os fatos delitivos, o impedimento de que organizações formais da justiça lidem com tais eventos de maneira criativa, visando a aprendizagem, bem como a injustiça predominante na criminalização e a invisibilidade de vítimas e agressores, os quais são vistos como meros objetos do processo penal.

Reconhecido como o principal nome do abolicionismo penal, Hulsman acreditava que era necessário questionar a noção de crime e a noção de autor. Segundo ele, para que o sistema penal seja superado há que se superar também o seu vocabulário. Porém, para que mudanças pudessem ser observadas, mais do que a troca de linguagem, deveria ocorrer a troca do olhar sobre a realidade, observando-a sob um novo enfoque (ACHUTTI, 2016, p. 100).

Já Mathiesen

“propõe a tarefa de desvelar as contradições do sistema penal e a encarar os desafios, descobrindo novas possibilidades, a construção de sociedades alternativas – portanto, se fala de transições constantes, nunca terminadas, com objetivos imediatos visando outros objetivos maiores.” (ÁVILA, 2016, p. 555.)

Mathiesen ressalta que a sociedade é levada a pensar que as prisões funcionam, mas que, na realidade, não imagina como elas são irracionais. Destaca que essa irracionalidade das prisões é um segredo do Estado e que, se fosse revelado, as raízes do sistema penal seriam destruídas e este teria o início do seu fim (MATHIESEN, 2003, p. 98).

Nils Christie foi um teórico do abolicionismo minimalista. Dessa forma, não defendia a completa abolição do sistema penal, pois acreditava que em certos casos há a necessidade da aplicação de penalidades e o afastamento do ofensor de seu meio social. Porém, Christie defendia que, existindo dúvidas, a punição não deveria ocorrer, e quando fosse extremamente necessária à sua aplicação, que esta fosse realizada de forma não dolorosa

(CHRISTIE, 1981, p. 11). Nesse sentido, assevera que “los sistemas sociales deberían construirse de manera queredujeran al mínimo la necesidad percibida de imponer dolor para lograr el control social” (CHRISTIE, 1984, p. 15).

A partir dessa perspectiva, defendia um sistema comunitário de justiça, descentralizado, em que todas as partes envolvidas no conflito participariam de forma ativa na resolução de seus problemas, não sofrendo a interferência do Estado e seus órgãos formais de justiça (ACHUTTI, 2016, p. 106).

Entre as críticas realizadas ao sistema penal pelos abolicionistas estão o fato de o direito penal ser previamente direcionado às classes sociais menos abastadas através de um etiquetamento realizado pelo próprio sistema, bem como pela existência de cifras negras. Ou seja, mesmo o sistema selecionando sua clientela, muitas infrações penais e crimes são cometidos e não chegam ao conhecimento dos órgãos formais de justiça, comprovando a existência de falhas nesse sistema (GRECO, 2006, p. 12).

Entretanto, os pensadores abolicionistas também sofreram e sofrem muitas críticas, entre elas a referente à capacidade de concretização do abolicionismo, tendo sido considerado uma utopia. Nessa vertente, Gustavo Noronha de Ávila (2016, p. 557) defende o ideário abolicionista ao afirmar:

“As utopias não são falácias. Muitas utopias foram a semente de projetos sociais que se realizaram. O drástico quadro hobbesiano que se imagina como única consequência possível da sociedade punitivista arrasa com qualquer possibilidade abolicionista e com ela se leva todo tipo de questionamento a atual realidade, estruturada sobre a base da relação simbólica culpa-castigo.”

A proposta abolicionista é ousada, defendendo a total abolição do sistema penal. Conforme apresentado por Raquel Tiveron (2014, p. 267-268), tais ideais abolicionistas, mesmo sendo considerados irrealizáveis no atual cenário jurídico, podem ser considerados bases para as várias mudanças que estão ocorrendo dentro e fora da esfera penal, em especial na criminologia pacificadora.

4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA: O CAMINHO PARA A ABOLIÇÃO PENAL

A partir de todo o contexto apresentado desde a criminologia clássica até a criminologia crítica, o mundo apresenta um histórico de sistemas punitivos pautados na justiça retributiva, a qual possui até os dias de hoje os resquícios de uma justiça baseada na vingança.

Tal sistema apresenta cada vez menos resultados, sendo justos e válidos os ideais abolicionistas. Porém, a transição entre o atual sistema penal para a abolição necessita de um caminho, um meio-termo, algo que induza a sociedade a ver o mundo por meio de “novas lentes”. Tal caminho existe e é chamado “Justiça Restaurativa”.

André Ribeiro Giamberardino (2015, p. 17) pondera acerca da relação existente entre a Justiça Restaurativa e a Criminologia Crítica:

“O ideal é que a restauração, em cada caso, torne-se uma oportunidade ou processo político de reconhecimento e transformação social, vindo a ser, nesses termos, uma ‘justiça transformativa’. Compatibilizar as justiças restaurativas com as criminologias críticas exige a passagem pelo desafio teórico de se assumir a censura como conceito mais amplo que o de pena ou poder punitivo, podendo se falar daquela sem que se trate de uma relegitimação deste último, o que só parece ser possível com o resgate da reflexão sobre um controle social horizontal ou material que esteve na base das teorias interacionistas do labeling approach. O desafio, enfim, é justamente a busca pelo delineamento de um modelo que eleve a escopo a restauração, levando em conta a realidade material e afastando a necessidade de afluência para comunicação do juízo de censura.”

Os princípios do abolicionismo penal, como o da reconciliação e da reimposição da paz, foram aceitos pelo movimento da Justiça Restaurativa (ANITUA, 2008, p. 697). Esse método alternativo de resolução de conflitos pode ser considerado um movimento que visa reestabelecer a relação entre vítima e ofensor através do diálogo estabelecido entre todos os envolvidos na situação de conflito. De acordo com Marcelo Gonçalves Saliba (2009, p. 144), ainda não existe um conceito uniforme que defina o que é a Justiça Restaurativa, pois ainda está em processo de discussão e desenvolvimento.

Dessa forma, Howard Zehr (2015, p. 19-26), considerado o avô da Justiça Restaurativa, sendo um de seus precursores, apresenta um panorama dos processos restaurativos dizendo o que eles não são. Ressalta que a Justiça Restaurativa não possui como objeto principal o perdão, a reconciliação ou a diminuição dos índices de reincidência, que não é mediação, que não se limita a ofensas de menor potencial, que não se originou nos Estados Unidos, que não é um substituto para o sistema penal, não se contrapondo ao sistema retributivo, podendo ser aplicada em conjunto com o sistema jurídico existente. Em passagem, afirma que “a Justiça Restaurativa é uma bússola e não um mapa” (ZEHR, 2015, p. 23).

Conforme os ensinamentos de César Barros Leal (2014, p. 54), a Justiça Restaurativa possui sua origem na Nova Zelândia, a partir das práticas realizadas pelas tribos aborígenes, com destaque para a Comunidade Maori, onde a tradição era a reunião de familiares e da comunidade para a resolução dos conflitos. Howard Zehr (2015, p. 25) observa que tais raízes e precedentes são bem mais amplos, podendo ser tão antigos quanto a história da humanidade.

Nas palavras de Howard Zehr, para a Justiça Retributiva “o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistêmicas” (2008, p. 170). Tal violação é paga por meio da pena, a qual é símbolo do poder exercido pelas instâncias do poder:

“Dentro do contexto do cárcere a punição é uma técnica de coerção dos indivíduos; ela utiliza processos de treinamento do corpo – não sinais – com os traços que deixa, sob a forma de hábitos, no comportamento; ela supõe a implantação de um poder específico de gestão da pena. O soberano e sua força, o corpo social, o aparelho administrativo. A marca, o sinal, o traço. A cerimônia, a representação, o exercício. O inimigo vencido, o sujeito de direito em vias de requalificação, o indivíduo submetido a uma coerção imediata.” (SHECAIRA, 2004, p. 59-60.)

A partir dessas premissas, “ao compreender um conflito como a violação de uma norma, os aspectos extraleais que envolvem a situação são ignorados e as considerações das partes quanto à possibilidade de resolução do conflito são desconsideradas” (ACHUTTI, 2016, p. 41). É nesse cenário que os princípios e valores da Justiça Restaurativa entram em cena.

Edgar Hrycylo Bianchini (2012, p. 81-84), em análise realizada das principais diferenças entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva, destaca que através do enfoque restaurativo o olhar é voltado para o crime e para as consequências que ele causou nos envolvidos e na comunidade. O que se almeja é a restauração das relações entre as partes por meio dos círculos restaurativos, em que cada parte vai expor seus sentimentos, suas culpas, seus traumas, e conseqüentemente buscar a restauração das relações entre eles e também com a comunidade. O enfoque não é o Estado, mas sim vítima, ofensor e comunidade.

4.1. *O processo restaurativo: aproximação com os ideais abolicionistas*

Raquel Tiveron (2014, p. 267) destaca a influência de Nils Christie, cujos ideais minimalistas constituem o germen da Justiça Restaurativa, em que “prega a devolução do conflito às pessoas nele implicadas e sua solução com recursos extraoficiais não punitivos, com critérios reparatórios e não repressivos”. Ressalta, ainda, o papel das teorias críticas, as quais também inspiraram os ideais restaurativos.

Há ainda que se observar o forte substrato que o abolicionismo penal oferece, em que se percebem as grandes limitações existentes no sistema penal, fato este que impede que sejam proporcionadas soluções adequadas a cada caso concreto, oferecendo apenas respostas jurídicas às demandas judiciais, mas nunca soluções (ACHUTTI, 2016, p. 115).

O processo restaurativo pode ser composto apenas entre a vítima e o ofensor, ou pode ser mais abrangente, alcançando também a participação de familiares e da comunidade. Tais encontros podem ser realizados a partir de diferentes métodos, entre eles os encontros entre vítima e ofensor, as conferências de grupos familiares e os círculos restaurativos. Em todos eles a base fundante consiste no diálogo entre as partes, o qual é conduzido por um facilitador.

A partir desse método restaurativo, Daniel Achutti (2016, p. 115) conclui que “as análises dos discursos abolicionistas penais, somadas à exposição do movimento e das

propostas restaurativas, permitem que se estabeleça direta conexão entre um e outro”. Observa, ainda, que os teóricos abolicionistas, ao buscarem o diálogo, bem como melhores soluções para os conflitos penais, apresentam um caminho diverso e possível para que conflitos sejam tratados de uma maneira diferenciada.

Os princípios restaurativos podem ser observados na teoria abolicionista de Louk Hulsman. Tal teórico tinha a preocupação em substituir o sistema penal por mecanismos descentralizados de poder, em que pessoas comuns ajudariam os interessados a comporem eles mesmos a situação de conflito. Nesse sentido, afirma que “na verdade, a maioria dos conflitos interpessoais se resolve fora do sistema penal, graças a acordos, mediações, decisões privadas dos interessados” (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 74). Vítimas se tornariam partes ativas no processo de composição, podendo expor seu pensamento (ACHUTTI, 2016, p. 116-118).

A partir de tal premissa, pode-se realizar grandes comparações entre tal pensamento abolicionista e a perspectiva restaurativa. As pessoas comuns que auxiliariam nas soluções das demandas podem ser comparadas aos atuais facilitadores da Justiça Restaurativa; o encontro pode ser visto como os círculos restaurativos, em que a vítima ganha o papel de destaque que antes pertencia ao Estado.

Conforme apontado por Daniel Achutti (2016, p. 101):

“Conforme a proposta de Hulsman, a análise das pessoas sobre a situação problemática deveria ser o ponto de partida para o encontro de uma solução efetiva do caso, e preferencialmente a partir de um encontro cara a cara, onde a dinâmica de interação entre os envolvidos poderá conduzir a soluções realistas.”

Por sua vez, Nils Christie, mesmo sendo considerado um abolicionista moderado por não defender a completa extinção do sistema penal, lutava por sua máxima redução, também idealizando mecanismos descentralizados responsáveis pela resolução dos conflitos, em que as partes não necessitem recorrer ao sistema penal, não havendo a profissionalização da justiça (ACHUTTI, 2016, p. 120).

Dessarte, a Justiça Restaurativa pode ser vista como um caminho para uma futura possibilidade de abolição do sistema penal, sendo uma justiça que não busca vencedores ou perdedores, mas, sim, a satisfação das necessidades das partes a partir da exposição de sentimentos, pensamentos e histórias, tendo como principal enfoque os seres humanos que compõem tais conflitos.

No Brasil, existem alguns projetos que estão obtendo grande sucesso com a aplicação das práticas restaurativas, como é o caso do Projeto Justiça para o Século 21, o qual existe desde 2005 no Estado do Rio Grande do Sul, sendo liderado pela Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), “[...] com o objetivo de difundir a Justiça Restaurativa na pacificação de conflitos e violências envolvendo crianças, adolescentes e seu entorno familiar e comunitário” (BRANCHER, 2013, p. 16), assim como o objetivo da maioria dos demais projetos.

Porém, a primeira legislação específica a regulamentar a temática foi promulgada em 2016, pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 225/2016, de 31 de maio de 2016, a qual dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, cujo principal objetivo é o incentivo para que as práticas restaurativas sejam implementadas em todo o País, proporcionando uma alternativa de composição de conflitos e também um meio complementar de responsabilização, podendo ser aplicadas conjuntamente com as outras penalidades existentes em cada caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a criminologia clássica até a criminologia crítica, o homem busca respostas para o crime e todos os elementos que fazem parte do contexto pertencente ao conflito. Buscam respostas para a origem do crime, indo desde a justificativa biológica até a influência ocasionada pelos meios sociais. Ocorre que, enquanto há crime, há a incidência do Direito Penal, o qual atua de forma repressiva a todos aqueles já anteriormente etiquetados, os quais cometem atos delitivos e que devem sofrer uma pena, um castigo, uma *vingança*.

É nesse cenário que surgem teorias críticas, que buscam o minimalismo ou até mesmo a abolição do sistema penal. Tais teorias, ao defenderem o uso mínimo do Direito Penal e até mesmo a sua total extinção, são vistas como extremamente radicais, necessitando de um caminho de transição para que possam ser pensadas e aplicadas em uma sociedade futura.

Por terem ideais muito parecidos, tais teorias abolicionistas se identificam com a Justiça Restaurativa, a qual também visa a resolução alternativa de demandas, em que as próprias partes (vítima – ofensor – comunidade) realizam a composição do conflito por meio da ajuda de um facilitador, sendo estes os protagonistas e os principais detentores do poder, assumindo o papel ocupado atualmente pelo Estado. Dessa forma, as práticas restaurativas, a partir de um enfoque abolicionista, podem ser utilizadas como uma opção para a redução do uso do sistema penal na administração dos conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ANDRADE, Vera Regina de. Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico? *UNISUL de fato e de direito: Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, Palhoça, ano 3, n. 6, jan.-jun. 2013.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

- ÁVILA, Gustavo Noronha de. O debate entre Luigi Ferrajoli e os abolicionistas: entre a sedução pelo discurso do medo e as práticas libertárias. *Revista Jurídica Cesumar*, Marília, v. 16, n. 2, p. 543-561, maio-ago. 2016.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de; GUILHERME, Vera M. *Abolicionismos penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia*. Trad. Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Editora Universidade de Brasília/ São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.
- BIANCHINI, Edgar Hrycylo. *Justiça restaurativa*: um desafio à práxis jurídica. Campinas: Servanda, 2012.
- BRANCHER, Leoberto (Coord.). *Paz restaurativa*: a paz que nasce de uma nova justiça. Um ano de implantação da Justiça Restaurativa como política de pacificação social em Caxias do Sul. Caxias do Sul: TJRS, 2013.
- COSTA, Ilton Garcia; PUGLIESI, Renan Cauê M.; CACHICHI, Rogério Cangussu D. Superando paradigmas: a aplicação da justiça restaurativa em casos que envolvem violência doméstica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 137, p. 121-141, 2017.
- COSTA, Ilton Garcia; NAVAS, Ana. P. Pavanini. Multa criminal, sua inadimplência e a exclusão social pelo impedimento em restabelecer direitos políticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 125, p. 81-102, 2016.
- COSTA, Ilton Garcia; ROSA, Camila Maria. Ressocialização através do serviço público da educação. *Revista Direito & Paz*, v. 1, p. 90-106, 2019.
- CHRISTIE, Nils. *Limits to pain*. The role of punishment in penal policy. Eugene (EUA): Wipf and Stock Publishers, 1981.
- CHRISTIE, Nils. *Los límites del dolor*. Trad. Mariluz Caso. Ciudad de lo México: Fondo de Cultura Económica, 1984.
- FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. 3. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GARCIA, Renato; COSTA, Ilton Garcia. Medida socioeducativa de internação. Repercussão dos atos infracionais após a maioridade penal. In: OLIVEIRA, Francisco Cardozo; BARACAT, Eduardo Milléo (Org.). *Diálogos (im)pertinentes – Direito penal*. Curitiba: Instituto Memória, 2014. v. 1.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa*: a censura para além da punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Conversações abolicionistas*: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luan, 1993.
- LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.
- MATHIESEN, Thomas. A caminho no século XXI – Abolição, um sonho impossível? *Revista Verve*, n. 4, 2003.
- MERTON, Robert K. *Teoria y estructura sociales*. México: FCE, 2004.
- PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da. *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.
- PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual esquemático de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Trabalho apresentado na XIX Conferência Nacional dos Advogados (25-30 de setembro de 2005), Florianópolis, SC. Disponível em: [http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf]. Acesso em: 22.11.2017.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia da repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SOUZA, Raquel. Criminologia: uma visão geral e crítica. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 8, n. 2, p. 395-409, maio-ago. 2003.
- TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. Brasília: Thesaurus, 2014.
- VICENTINI, Danielle R. Bartelli; COSTA, Ilton Garcia. Direito fundamental à educação: a efetivação dos direitos sociais e o controle judicial das políticas públicas. In: BARBOSA, Claudia Maria; CARVALHO NETO, Frederico da Costa; LEA, Rogério Gesta (Org.). *Política judiciária e administração da justiça*. Florianópolis: Conpedi, 2015. v. 1.
- WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.
- ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2015.

PESQUISA DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Justiça restaurativa e garantismo penal – Aspectos de divergência e convergência de, Selma Pereira de Santana e Tássia Louise de Moraes Oliveira – *RBCCrim* 136/235-263 (DTR\2017\6311).

SMART CITY LIMITS: A CRIMINOLOGICAL INTRODUCTION TO URBAN SMARTNESS

LIMITES DE CIDADES INTELIGENTES: UMA INTRODUÇÃO CRIMINOLÓGICA À INTELIGÊNCIA URBANA

KEITH HAYWARD

Professor of Criminology at the Faculty of Law, University of Copenhagen, Denmark. He is the author, editor, or co-editor of 12 books, and has written widely in areas such as of criminological theory, cultural criminology, space and crime, and terrorism and extremism
keith.hayward@jur.ku.dk
Autor convidado

But just what is the smart city? What is this formation that seemingly exists in a liminal space between marketing and materiality, imagination and implementation, and becoming and being? "Sadowski and Bendor, 2019:541"

ÁREA DO DIREITO: Penal

ABSTRACT: This chapter offers a brief criminological introduction to the smart city and in particular some of the grandiose corporate and tech industry claims that regularly surround the concept of urban smartness. More specifically it outlines five putative 'smart city futures': 1) 'The smart city as sociotechnical imaginary'; 2) 'The smart city as corporate "play" space'; 3) 'The smart city as militarised tech zone'; 4) 'The smart city as cyborg city'; and finally, 5) 'The smart city as adversarial surface'. Adopting the perspective of cultural criminology, the chapter poses a series of questions about the future of urban space in 'the age of the smart city'. In particular, it asks what will 'living' actually mean when urban life is ultimately defined and enforced by a computational system?

RESUMO: Este capítulo oferece uma breve introdução criminológica à cidade inteligente e, em particular, algumas das grandiosas reivindicações da indústria corporativa e de tecnologia que cercam regularmente o conceito de inteligência urbana. Mais especificamente, descreve cinco putativos "futuros de cidades inteligentes": 1) "A cidade inteligente como imaginário sociotécnico"; 2) "A cidade inteligente como espaço de brincadeira corporativa"; 3) "A cidade inteligente como zona tecnológica militarizada"; 4) "A cidade inteligente como cidade ciborgue"; e, finalmente, 5) "A cidade inteligente como superfície adversária". Adotando a perspectiva da criminologia cultural, o capítulo apresenta uma série de perguntas sobre o futuro do ritmo urbano na 'era da cidade inteligente'. Em particular, pergunta o que "vida" realmente significa quando a vida urbana é finalmente definida e aplicada por um sistema computacional.

KEYWORDS: Smart city, Urban smartness, Hyper surveillance, Crime and artificial intelligence, Techno-utopia, Digital criminology, Cultural criminology.

PALAVRAS-CHAVE: Cidade inteligente – Inteligência urbana – Hipervigilância – Crime e inteligência artificial – Tecno-utopia – Criminologia digital – Criminologia cultural.

SUMÁRIO: Introduction. 1. The smart city as sociotechnical imaginary. 2. The smart city as corporate "play" space. 3. The smart city as militarised tech zone. 4. The smart city as cyborg city. 5. The smart city as adversarial surface. Conclusion. References.

INTRODUCTION

We live in the age of the smart city. Evident the world over from Stockholm to Songdo, Singapore to Saudi Arabia, the Smart City Paradigm (SCP) is hegemonic in discussions of twenty-first century city planning and governance such that it is now the preeminent urban ideal of our time.¹ Much of this success stems from the fact that the SCP is actually a blended concept that combines ideas and insights from an array of different fields, including computer science, cybernetics, consumerism and "choice-based" citizenship models, artificial intelligence (AI), business science and urban entrepreneurialism, big data and networked informatics, environmental resilience and the 'green technology' movement, and even virtual reality and computer gaming. This broad, constitutive framework allows smart city models to be deployed in any number of contexts to serve any number of masters; something which in turn has resulted in the concept being engulfed by triumphalist claims about its ability to transform and enhance everything from urban sustainability to the life possibilities and aesthetic experiences of the contemporary city dweller.

But if the history of urban studies tells us anything it is that idealized city concepts frequently fall short of their utopian promise (Eaton, 2001).² Perhaps it is unsurprising,

1. Estimates suggest that cumulative financial investment in the smart city market at the start of the second decade of the twenty-first century now exceeds a trillion dollars [US] (Vidyasekar, 2013; Frost and Sullivan, 2014).
2. There is nothing new about adding a prefix to the word 'city' in an attempt to herald a new urban paradigm. From Ebenezer Howard's 'Garden City' project at the end of the nineteenth century, to end-of-the-twentieth-century conceptual models such as the 'postmodern city' (Soja, 1989; Watson and Gibson, 1995), the 'edge city' (Garreau, 1991), the 'fantasy city' (Hannigan, 1998), the 'dual city' (Castells, 1996), and the 'enterprise city' (Hall, 1989, chapter 11) (to name but a few), urban scholars, architects, and city planners have produced a dizzying array of prefixes in an attempt to predict, and in some cases influence, the future form and function of urban space. However,

then, that alongside all the techno-optimism and corporate hyperbole surrounding urban smartness, there also exists a loud and sustained chorus of scholarly criticism. Distilled, this criticism takes three forms. First, that smart cities are little more than vessels for global corporatism and other forms of unconstrained private influence (e.g. Hollands, 2015; Söderström et al 2014; Kitchen, 2014). This particular criticism is especially pronounced among urban studies scholars. The reason for this is clear: historically, it has been disciplines such as architecture, town planning, and urban geography that have been the wellspring of new city models/paradigms. In this case, however, the etymology and advancement of the term 'smart city' was instead a product of the corporate world. More specifically, it was developed in the executive offices of two of the world's biggest computer companies, IBM and Cisco, as a catch-all concept to explain how new Information and Communication Technology (ICT) chains could be used to reinvent the urban landscape by making it more 'intelligent', networked, automated, and importantly, competitive (Rosati and Conti, 2016).³ Second, at the conceptual level, there is much confusion and concern about what actually constitutes a 'smart city', with numerous commentators characterizing the term as 'fuzzy' or 'nebulous' and thus lacking a consistent ontology (e.g. Hollands, 2008; Sadowski and Pasquale, 2015; Albino et al, 2015). Finally, because it prioritizes technology and computational prediction over-and-above the more serendipitous or informal aspects of urban life, some have claimed that the SCP runs the risk of transforming the city into what has been termed a neutral, 'technological place' (Keymolen and Voorwinden, 2019); a one-dimensional zone of control (Krivý, 2018) and coercion (Sennett, 2012; Greenfield, 2013), where the public is managed and 'responsibilized' (Garland, 2001) to such an extent that individuals are reduced to unsympathetic objects of visibility and datafication.

In this chapter, I offer a brief criminological introduction to these debates and some of the other competing claims surrounding urban smartness by outlining five putative smart city futures. Importantly, and as I have stated elsewhere when writing about emerging trends in spatial criminology (Hayward, 2012), the themes offered here are not in any way intended as definitive or exhaustive, but rather a series of theoretical reflections on the direction of travel urban smartness is already taking and what these pathways might mean for theoretical criminologists interested in the crime-city dynamic.

while these models have contributed much to our understanding of the changing nature of cities and city life in late modernity, none of them has achieved anywhere near the real-world impact of the prefix du jour – 'smart'.

3. The term [urban] "smartness" was also the brainchild of corporate executives. ICT imagineers appropriated the term from debates taking place in the field of urban planning in the early 1990s about 'smart growth' and how this concept could be used to combat the urban sprawl underway in many US cities at that time.

1. THE SMART CITY AS SOCIOTECHNICAL IMAGINARY

The city is a computer, the streetscape is the interface, you are the cursor, and your smartphone is the input device. This is the user-based, bottom-up version of the city-as-computer idea, but there's also a top-down version, which is systems-based. It looks at urban systems such as transit, garbage, and water and wonders whether the city could be more efficient and better organized if these systems were 'smart'. Paul McFerdies (cited in Mattern, 2017)

From the outset, the SCP has been celebrated with a confetti of tech industry puff articles – a tendency that shows no sign of abating. In a recent edition of *securityinfowatch.com*, for example, we are told that, 'Smart cities are safe cities' (Weagle, 2019), and that they offer 'greater energy efficiency and more convenience than ever before', whilst simultaneously enabling 'police departments and law enforcement the world over to leverage technology to enhance their commitment to protecting lives and property' (Carter, 2019). Written by corporate managers with plenty of skin in the game, such articles exemplify the type of permanent computational upside that undergirds the smart city tech sector. Yet they also illustrate a related, more general tendency (that also exists in both academia and municipal government) that views urban smartness as a panacea for all sorts of urban ills. Whether it's reducing urban crime or solving traffic congestion, enhancing civic responsibility or facilitating community-driven eco-sustainability,⁴ no problem it seems is so big or small that it can't be solved by urban smart systems. To a certain extent this is to be expected. Faced with ever-more pervasive managerialism on the one hand, and shrinking financial budgets on the other, today's politicians and public officials are unsurprisingly receptive to tech-industry marketing about enhanced public safety or better cost-effectiveness, a point made by Jathan Sadowski (2019) in an article that neatly sums up the contemporary appeal of the SCP: 'You can't blame their intended targets for going along with this narrative whether it's the planners who need help managing complex systems more effectively, the politicians who are under pressure to keep performance high, or the public who want to live in a city that serves their needs. The smart city is, after all, designed to sound awesome'. Indeed, it is. Promoted as a glittering vision of the future that is at once grandiose and practical, radical yet tantalizingly achievable, the SCP represents nothing less than a new urban imaginary in which technology is harnessed and rationalized for the betterment of all city dwellers no matter the geographic location.

4. See Vitanen and Kingston (2014) for a critique of the "conceptual adolescence" that characterizes much of the smart city hype about 'sustainability' and 'environmental resilience'.

Casting the smart city in such open, imaginative terms has certainly been good for business. It allows vendors to market tech solutions based on positive yet vague concepts such as ‘urban development’ or ‘enhanced civic creativity’, and customers to conceive a future in which intelligent, interconnected, and instrumentalized ICT systems help create the putative socio-political urbanscape of their choosing. This sense of the smart city as a broad canvas onto which any urban future can be projected is encapsulated in this oft-cited definition:

We believe a city to be smart when investments in human and social capital and traditional (transport) and modern (ICT) communication infrastructure fuel sustainable economic growth and a high quality of life, with a wise management of natural resources, through participatory governance. (Caragliu et al, 2011: 70)

It is for these reasons that certain critical commentators have started to evoke the term ‘sociotechnical imaginary’ (Jasanoff and Kim, 2009) to highlight the combination of unrelenting positivity at the heart of the SCP (March, 2016; Sadowski and Bendor, 2019).

Sociotechnical imaginaries are intellectual expressions, usually in the form of envisioned societal scenarios, that breath (normative) life into (abstract) scientific knowledge and technological expertise. Put another way, the sociotechnical imaginary is a conceptual vehicle that allows two historically compartmentalized domains – the techno-scientific and the socio-political – to reconcile their contrasting positions regarding mental and material phenomena. It is a process that, as McNeil et al (2017:457) have pointed out, involves a deft but strategic shift away from the hard sciences fundamental concern with “domains of facts and artefacts”, and towards the more unfamiliar, subjective world of “storytelling, imaging, and imagining”. According to Sadowski (2019) – the academic most closely associated with the application of this term to the SCP – the smart city should be understood as an exemplary expression of the sociotechnical imagination: ‘that is, as a vision and performance of a desirable future based on marshalling technology to change society that insists on a particular model of municipal development and governance’. Importantly, as Sadowski and his co-author Roy Bendor explain in an earlier paper based on their analysis of over a decade’s worth of primary source material on smart urbanism produced by Cisco and IBM, this drift towards the imaginary in global smart city policymaking is overwhelmingly invoked by corporate actors:

Although policy-making plays an important role in streamlining and applying smart city technologies... corporations shape and extend the sociotechnical imaginary. Large vendors set the tone, enroll other actors, and weave the narratives that make possible the smart city’s actualization... We should think of these corporate discourses as tools for directing and delimiting what we can imagine as possible... Their aim is to establish *their* version of smartness as *the future* – the only one available or possible. (2019:543-4).

To ensure the scientific facts and technological logics of powerful computer companies are transposed from one context (hardware manufacture, data storage) to another (the dynamic contemporary cityscape), corporate imagineers frame and promote certain aspects of the smart city future while downplaying others. Several narratives are discernible, but here I will briefly mention just two – the mutually-reinforcing logics of ‘anticipation’ and ‘crisis’.

In a subtle variation of Ulrich Beck’s risk society thesis in which the German social theorist stressed the incalculability of *future* existential threats, the ‘anticipatory action thesis’ (Anderson, 2010, 2011) stresses instead how threats to urban infrastructure are made the basis for action in the *present*. It is a mind-set that is very common when promoting the merits of urban smartness, as James Merricks White (2016:584) explains:

Anticipation offers a useful way to take seriously the future orientation of the smart city’s global imaginary. It reveals that visions of technology-driven urban change are interwoven with the perceived challenges of a crisis-ridden world... Rather than rely on affirmative action toward some normative goal, the smart city’s global imaginary resorts to the threat of inaction spiraling into panic and insecurity. This post-modernist turn in urban planning and policy relies not so much on a politics of optimism, as one of realistic-seeming fear, tempered by the possibility of hope – but only if action is taken now.

Fairly obviously, this emphasis on “action now” - a ubiquitous trope among smart city boosters - dovetails nicely with the more general *crisis culture* that surrounds the SCP. In a subtle rebranding of the sort of end-of-times narratives that have been the stock-in-trade of zombie movies, horror literature, and video games for decades, the smart city socio-technical imaginary is today driven forward by its very own set of management-approved dystopian scenarios. For example, in his insightful work on ‘the anticipatory logics of the smart city’, White (ibid.) outlines three crises consistently mobilized by corporations and tech service providers when promoting urban smartness: ‘mass urbanization’, ‘global climate change’, and ever tightening ‘fiscal austerity’. It is a list that one could easily extend by including a range of other related/subsidiary crises - terrorism, urban protest/incivility, pandemic outbreak, and the imminent degradation and collapse of urban infrastructure and existing (always outdated) technology - that are regularly deployed in a bid to promote the smart city cause.

Embedding a culture of crisis within the sociotechnical imaginary of the SCP is, of course, a well-considered strategy. Dystopian futures demand solutions, and thus whatever the anticipated insecurity, the smart city is always waiting in the wings with a compelling fix that is reassuringly both innovative and immediate. This chapter is not the place to review the specific computational or material means by which smart systems aim to tackle the various emergencies outlined above. Instead, in the short space available

here I will simply outline three common but problematic tropes that, although rarely acknowledged, in reality constitute the ontological basis of the smart city edifice.

First, and of most significance, is *the fetishization of computational technology*: the disconcerting tendency evident across all spheres of contemporary life, from education to warfare, to cede power and problem-prioritization to reified technologies and networked systems connected to vast repositories of data in the mistaken belief that any social challenge can be solved solely by the application of computation and technological acceleration. Here, the obvious danger is that society falls victim to Morozovian “solutionism” (2013) or what Patrick Bridle (2018) has more recently termed ‘the chasm of computational thinking’ – the belief that all of the world’s problems (including some developments that, as yet, are not even considered actual problems) can be identified and overcome by the application of techno-solutions. Second, *the over-valorization of the city (and ergo city governance) as the unit of solution* for many of the crises that smartness boosters allude to in their promotional material; or in White’s terms, ‘there is a disconnect between the scale of perceived threats and the site at which they ought to be addressed... While the urban is framed as a substrate on which systemic crises will potentially unfold, it is rare that the consultancy companies under analysis refer to specific cities. Rather, global trends and statistics are called upon as a justification for action in particular instances’ (ibid. 585). Third, and clearly related to the previous points, is *the tech industry’s failure to look beyond the smart prescription to the actual causes of the (urban) malaise*. This lack of a deeper, more rounded sociological and philosophical understanding of modern society and its inherent problems ensures that, all-too-often, the type of sociotechnical imagination that constitutes the creative mulch for smart city prototypes is rather limited and derivative in form, a point I will now develop in the next smart city future.

2. THE SMART CITY AS CORPORATE “PLAY” SPACE

On the surface, the dominant smart cities’ storyline is about efficient and sustainable cities, but underneath it is primarily a strategic tool for gaining a dominant position in a huge market. (Söderström et al 2014:316)

As mentioned above, the smart city is often perceived as an ambiguously defined, imprecise concept. More recently, however, many commentators have sought to reject this characterization and instead view the SCP in more straightforward, critical terms as a vehicle for multinational corporations to further intensify private influence within the city (Greenfield 2013, 2017; Hollands, 2015; Kitchin, 2014). It is a view summed up by the criminologists Marc Schuilenburg and Brunilda Pali (2019) when they assert that, if ‘we gaze beneath the clichés and rhetoric, the smart city appears as a “naked king” – a

commercial construct designed to sell a corporate vision of capital accumulation'. While such a view may be unpalatable to those working on the technological, infrastructural, or communicative dimensions of urban smartness, it is not one easily dismissed given the short but well-documented history of the smart city (Townsend, 2013). According to Söderström et al (2014:310) the term 'smart city' first appeared in the mid-1990s, when it was attached to planned autonomous garden cities in Adelaide, Australia, and Cyberjaya and Putrajaya in Malaysia. In these early examples, terms like 'competitiveness', 'economic efficiency' and 'business compatibility' all featured in the rhetoric, but no more so than other intrinsic elements of smartness such as sustainability, e-governance, or ICT functionality, all of which received equal billing in the ambitious designs. However, that weighting equivalence quickly tilted in favor of corporate interest.

In 2008, after a decade of major financial losses, IBM was facing the economic slowdown caused by the global financial crisis. The company urgently needed something to revive its flagging revenue streams, and it found it in CEO Sam Palmisano's much publicized talk 'A Smarter Planet: The Next Leadership Agenda'. Essentially, what emerged from Palmisano's intervention was IBM's twenty-first century 'market creation strategy' (ibid. 317). Registering the term 'smart cities' as a Trademark in 2009, IBM set about defining and promoting urban smartness through a series of publications, promotional tradeshow, and high-profile conference events. It was an extremely successful campaign. By solidifying their position as the key stakeholder in the field, IBM were then perfectly placed to first develop and then aggressively exploit the global smart city market. In particular, they discursively constructed the smart city as a place of possibility, an *open* space for playful corporate experimentation that would simultaneously enhance urban "creativity" and encourage inward financial investment.

On the surface, the vision of the smart city presented by IBM and its main competitor Cisco⁵ was one premised on an array of different meanings - creative, digital, intelligent, interconnected, virtual etc. - all of which supposedly operated in a neutral, non-ideological fashion. The reality, of course, was/is entirely different. Behind the sheen of openness and creative innovation was (unsurprisingly) a deep commitment to profiteering and global neoliberalism, something identified by Robert Hollands (2008) in an early critical article that portrayed the then embryonic smart city as just another form of urban entrepreneurialism. But although Hollands was right to see the SCP as a variation/extension of the marketable "creative city" rubric, at this point he could only sense how smartness service providers would come to dominate the market and the surrounding discourse. A decade or so after the Hollands article, IBM, Cisco, and other key players in the field, such as Siemens and Sidewalk Labs, have not just grabbed a slice of the smart city pie,

5. The term 'competitor' should be treated loosely here. As Sadowski and Bendor (2019:546) have made clear, so 'complementary' were IBM and Cisco's particular approaches to smart city development that, 'Rather than driving each other out of the market, they were able to blissfully coexist'.

they now produce the pie's ingredients, control the recipe, and operate as the preeminent pie shop retailers. By continuing to establish and promote a corporate version of the SCP (often via examples of developments taking place in cities like Singapore or Dubai, where the interests of profit and/or the perpetuation of an established hierarchical order is prioritized over democratic or civic accountability), these companies have ensured that, today, no meaningful alternative (non-neoliberal) smart city model exists. In short, a small group of tech companies have succeeded in actualizing the title of a 2015 report by the Silicon Valley Growth Partnership Company, Frost and Sullivan, and effectively constructed the *Smart City as a Service* (Cotton, 2015).

It is a situation that resonates perfectly with Slavoj Žižek's (2011) analysis of the current state of global capitalism more generally. For Žižek, the only solution we are offered for capitalism's (urban) failings is more capitalism – the only horizon, the capitalist horizon. And so we hurtle forward into a corporate urban future slathered in the familiar terminology of open border global capitalists – emerging markets, urban competitiveness, increased accountability and transparency, etc. This “market realism”, masquerading as a sociotechnical imaginary, has numerous criminological implications. To start with it ensures that city governments continue to divert money towards ICT spending and away from other more traditional forms of public investment. This shift is perhaps most apparent within contemporary policing practice (Danaher, 2018; Joh, 2017; Interpol, UNICRI, 2019), but as we shall now see, it is also manifesting itself spatially through new security and crime prevention/reduction strategies that are dramatically reconfiguring how our cities look and feel, and how we as citizens are surveyed and controlled.

3. THE SMART CITY AS MILITARISED TECH ZONE

Technologies that go to war inevitably come back home. Arthur Holland Michel, author of *Eyes in the Sky* speaking at DIIS, Copenhagen, 3rd March 2020.

In *Surveillance Valley: The Secret Military History of the Internet*, Yasha Levin (2018) excavates a fascinating alternative account of how the Internet came into being. Initially designed and built in the late 1960s by the Pentagon's Defense Advanced Research Projects Agency (DARPA) as a network for data gathering and intelligence sharing about overseas counterinsurgency groups, the Internet (or ARPANET, as it was then known) quickly morphed into a much more pervasive and sophisticated surveillance tool. In Levine's account, this transformation from niche military network to totalizing surveillance system came about as a result of a series of often clandestine contracts and technological collaborations between US federal defense agencies and private telecommunication companies. Half a century later, and this same relational dynamic is even stronger, resulting in the hybrid private-public system of surveillance and control that is the Internet

today. This backstory is important because if the smart city is anything, it is the manifestation of the Internet in material form – the Internet of Things as an urban concept. It is for this reason that many commentators view the SCP simply as an extension of the high-tech militarization of society that the Internet initiated.

The ultimate goal of all smart city designers is to create urban zones where every action, interaction, incident, and exchange, is surveilled, recorded, datafied, and networked. In-and-of-themselves, such practices can be entirely neutral. However, if the last two decades have taught us anything about smart cities it is that, when it comes to matters relating to surveillance and security, it is important to situate all new technological developments along a control continuum. At the benign end of the scale it is possible to view smart platforms like data sensors or the Internet of Things as no more than an extension of the social, as convenient feedback tools or interactive communication nodes. This is the position adopted by Vanolo (2014) who, writing from a Foucauldian perspective, calls this new world of scanners, sensors, and interconnected data architecture, *smartmentality*. For Vanolo, these new urban management/monitoring techniques are an inevitable twist along the disciplinary axis, only this time (through technology) ‘citizens are very subtly asked to participate in the construction of smart cities’ (ibid.893). Others are less sanguine. Sadowski and Pasquale (2015:10), for example, view so-called “soft power biometric surveillance” as nothing less than somatic “strip mining”; a process in which the new data brokers of the tech industry dividualize individuals by monetizing the material body in the new ‘face’, ‘iris’ and ‘gait economies’.⁶ By such means do we travel along the smartness continuum towards its more militarized, security-oriented pole.

As smart systems start to be used more on the general public than by it, we begin to see the SCP framed in more ideological terms as a top-down site of control, or what some have termed an urban battlespace (Graham, 2010). Perhaps the central motif for the smart city as a quasi-militaristic domain is the Domain Awareness System (DAS) or Domain Awareness Center (DAC). Essentially a city-wide security assemblage, DACs aggregate video feeds from thousands of surveillance cameras, car number plate readers, and physical and radiological sensors, and channel them into a centralized command hub. From here ‘police are able to punch in a location and watch in real time or wind back the clock. They could turn on face recognition and vehicle tracking systems, plug in social media feeds, and enhance their view with data coming in from other law enforcement agencies’ (Levine, 2018:1-2). In ‘The captured city: the “smart city” makes infrastructure and surveillance indistinguishable’, Jathan Sadowski (2019) posits the New York City DAS - a joint venture between the NYPD and Microsoft - as the defining feature of the SCP,

-
6. Interestingly, with the onset of 5G network it will soon be possible (by a combination of geotagging and new mobile router triangulation) to create digital avatars of smart phone users, a process that will allow surveillance operatives and other interested parties to plot/track individuals not only on the Cartesian X and Y plains, but also on the Z (height) axis.

commenting: ‘When you hear the words *smart city*, you should not think of the glossy marketing spreads and concept designs. You should immediately think of something like the Domain Awareness System’. For Sadowski, the goal of urban smartness is to transform the city into a platform and thus create a governance model predicated on coercion and control and overseen by a combination of security agents and tech company liaisons:

The idea of the captured city requires an adversarial view of a city’s inhabitants: When the enemy can be anywhere, the battlespace is everywhere; all places and people must be accounted for at all times. With enough ubiquitous surveillance and processing power, the goal is to render the whole city — every place, every moment — knowable and controllable: They will be able to press rewind on the city, pause it at any point, and watch it unfold over time, or hit fast-forward and devise predictive models that inform anticipatory policing and planning... Instead of police (and their private partners) needing to navigate a chaotic and multifarious city, “smart” systems promise to impose machine-like order, as though the city could be made to function as predictably and programmatically as the computers that analyze it. (ibid).

The first law of technology, as coined by Melvin Kranzberg (1986), states: ‘technology is neither good nor bad; nor is it neutral’. From what we know about it so far, the DAS is doing little to undermine this axiom. With its emphasis on ‘anticipatory policing’ and ‘predictive modelling’, DACs and DASs represent a major shift in urban policing practices, from those aimed at detecting violations in order to enforce the law, to those that seek to predict criminal acts in order to prevent them entirely (Danaher 2018). If this only involved new modes of policing that relied upon the development of (algorithmic) tools to ‘hypernudge’ citizens into adopting certain prosocial behaviours, this might be acceptable. However, it is already clear that what is materializing is something far more socially corrosive (Hayward and Maas, 2020). Instead of objective, neutral modes of policing (not that “neutral policing” has ever been a reality), many of these smart police systems will rely upon databases and analytic platforms that are irrevocably skewed by baked-in biases, whether they use AI or existing criminal statistics (Angwin et al, 2016). The inevitable result being ‘runaway feedback loops’ of self-confirming predictive patterns (Ensign et al. 2017). Some criminologists have already expressed their concerns about such developments in terms of stand-alone ‘predictive policing’ practices (Kaufmann et al, 2018; Edwards, 2017). Yet, so far very little has been written about how such developments will scale up when tethered to other fast developing military technologies currently being redesigned for deployment in civilian contexts – and thus ultimately for integration within smart city surveillance platforms.

Over a decade ago, DARPA introduced ARGUS-IS, a 1.8 gigapixel video surveillance platform attached to unmanned drones capable of observing an area of 25 square kilometers with a resolution of 15 cm, at any time (Hambling, 2009). In 2014, this program was integrated with the US Air Force as part of the ‘Gorgon Stare’ system, which deploys Wide

Angle Motion Imagery (WAMI) to enable drones to track multiple targets within a large area. Developed initially to detect the planting of IEDs by insurgents in Baghdad during the Second Gulf War, it was not long before the system was operational as an investigative law enforcement tool in the skies above Baltimore (Michel, 2019). The subsequent civil liberty concerns raised by Baltimoreans after it emerged that Gorgon Stare had been deployed without authorization or local consultation did nothing, of course, to stop the roll out of this technology in other US cities. The US military is already conducting further WAMI tests across six Midwest states using experimental high-tech altitude balloons placed in the stratosphere at altitudes of up to 65,000ft. Equipped with high-tech tracking radars, the balloons are intended 'to provide a persistent surveillance system to locate and deter narcotic trafficking and homeland security threats' (Harris, 2019). Other developments, while also largely hidden from view, are even more intrusive and worrying from a privacy perspective. Holland (2019), for example, warns that, soon, WAMI platforms will be augmented by infrared imaging that can detect individuals inside homes and buildings. Meanwhile the Pentagon have already tested their new 'Jetson' laser, a device capable of identifying unique cardiac (heartbeat) signatures through clothes at a range of 200m. Today, it seems one can scan anyone with everything (Hayward and Maas, 2020).

Impressive as these technologies are, for them to be harnessed effectively for use in the smart city what is required is what counterinsurgency experts refer to as synergy across battlefield logistics (Singer, 2019). For obvious reasons, Smart city imaginers tend to use alternative terminology, such as 'end-to-end solutions', but essentially it amounts to the same thing: data flow and real-time information updates between surveillance systems, smart city command hubs, and end-user operatives. In the case of high tech balloons, advanced 'mesh networking technologies' are used to link up WAMI platforms and share data immediately with receivers on the ground. In police DASs, the same goal is achieved through the use of smart tools and digital feedback loops (see, for example, Kilgannon (2020) on the NYPD's recent decision to replace officer's personnel handwritten logbooks with smart phone apps in an effort to better achieve what they call "clean data"). In these and other developments, we see the further erosion of policing as a community resource, replaced instead with something that looks ever more like a combination of a private security patrol and a military deployment.

On undertaking this chapter, I vowed (following Martin Amis's advice in *The War Against Cliché*) to avoid any mention of George Orwell's classic novel *1984*, but such technology leaves you no choice. There is no other standard of comparison. The difference, of course, is that what is available in the smart city today is Big Brother for the cybernetic generation (Big Brother's Big Brother?). Born out computing and network theory, cybernetics views human beings not as individuals in charge of their own destiny, but as components in complex systems. In the urban war machine that is the contemporary DAS, humans have been relegated to just another piece in a universal machine, a series of nodes in a network linked together by circuits of information. In the next section we explore the logical consequence of this type of thinking.

4. THE SMART CITY AS CYBORG CITY

So I am not Vitruvian man, enclosed within a single perfect circle, looking out at the world from my personal perspective coordinates and, simultaneously, providing the measure of all things. Nor am I, as architectural phenomenologists would have it, an autonomous, self-sufficient, biologically embodied subject encountering, objectifying, and responding to my immediate environment. I construct, and I am constructed, in a mutually recursive process that continually engages my fluid, permeable boundaries and my endlessly ramifying networks. I am a spatially extended cyborg. William Mitchell (2003:39)

Ever since Norbert Wiener, the godfather of the field, published *Cybernetics: Control and Communication in the Animal and the Machine* in 1948, theorists from numerous disciplines have predicted that, eventually, the division between humans and the larger ‘cybernetic machine’ in which we all live will break down. A central motif in this erosion of the line between cyber space and ‘meat space’, as William Gibson so evocatively put it, is of course the cyborg (Gray, 1995).⁷ In popular culture, the cyborg is typically presented as a social (humanoid) actor. Sentient, yet emotionally distant, liberating, but potentially destructive (Haraway, 1991). Think The Borg in *Star Trek*, or the T-800 robot in the *Terminator* movie series. However, as Matthew Gandy (2005:28) has pointed out, among futurologists, cyberneticists, and social theorists, an equally important reading of the cyborg is as a *corporeal extension of the spatial*. Here, as a result of connected infrastructure and digital network flows, the cyborg exemplifies the growth and development of the cyber city – the replicant as a prosthetic augmentation of Castells (1996) ‘space of flows’.⁸ Fast forward to the era of the smart city and both these interpretations are evident, although not necessarily always in the way that quixotic cyberneticists or science fiction writers envisaged.

At an obvious level, fast-emerging trends in military robotics, virtual reality, and cloud-based battlefield communications, provide an excellent illustration of the cyborg as both a physical-territorial being, and a further symbol of the more general militarization of late-modern society. In the Second Gulf War, for example, we saw the deployment of what Wyly (2013:389) calls ‘IBM machines-with legs’ – hundreds of thousands of data-gathering soldiers and defense contractor employees functioning as networked nodes in the military-postindustrial complex. Add to this, developments in armored exoskeletons and “wetware” (“human performance modification” via genome editing and other forms of synthetic biology) and it’s clear that, although we’re still some way from the cybernetic police officer in Paul Verhoeven’s 1987 film *Robocop* – a favorite metaphor

7. The term ‘cyborg’ is shorthand for what cybernetic organism.

8. See also McGuire (2008) on the ‘hyper-spatial city’.

of criminologists and police scholars – the future cyborg will eventually make good on Gandy and Mitchell's claims and function as a corporeal extension of the city, albeit in its DAC/urban battle zone variant.⁹

Less obvious, but potentially even more worrying, is another aspect of the 'cyborg city' that relates not to spatiality *per se*, but to the shifting nature of consciousness and cognition among the future smart city inhabitant. Put simply, what I am suggesting here is that, the neo-"cyborg"-urbanite might be less a human-like replicant (although, of course, these are coming), and more a *replicant-like human*. A starting position here is Jennifer Gabrys' (2104) observation that, while the smart city is fundamentally an environmental phenomenon, it also has an active social function in the way it transforms urban citizens into 'citizen sensors'. For Krivý (2018:16), this development is a central feature of what he calls 'the progressive cybernetisation of everyday life', a process by which 'the citizen is simultaneously dissolved into an automated behavioural sensor and transgressed as an environmental vector'. However, this is only the start. Within the new network individual, the blurring of data flows between humans and non-humans is growing ever greater, further eroding the dividing line between mind and machine.

This desubjectivication process, or what Mander (2012) calls 'the privatization of consciousness', is in turn intensified by the intrusion of market forces through evolutionary neuromarketing techniques and other forms of neural network colonization coded into the algorithm. To some, such concerns might seem far-fetched, or too futuristic. But in reality aspects of these developments are already with us. In certain spheres of life humans are already losing out to data in the networks of neural networks that now constitute the machine-human dyad. For example, in the world of financial trading, human agency has been first traduced and now essentially replaced by automated trading positions set by algorithms, often resulting in random 'flash crashes' and other unforeseen market inflammations (Bridle, 2018:121). In science and technology studies they call this new social physics 'the neoliberal noosphere' – 'a partially autonomous realm in which informational algorithms interact with one another in ways that often defy human understanding, prediction or control' (Wyly, 2013:390).

But what will result from this submission to the network, this acquiescence to the algorithm? How will citizens behave and negotiate the new 'smart cities of cognitive-cultural capitalism' (ibid)? In a thoughtful paper entitled, 'Beyond flatland: when smart cities make stupid citizens', the criminologist Mike McGuire sets out to answer such questions by predicting how existing psycho-behavioral and transactional relations might intensify within the fully-developed, hyper-connected SCP. McGuire's central

9. It is interesting to note that Norbert Wiener, the MIT professor who did more than anybody to kick-start the cybernetic revolution in military thinking, soon came to regret his involvement. As Levine (2018:45) notes, 'He saw scientists and military men taking the narrowest possible interpretation of cybernetics to create better killing machines and more efficient systems of surveillance and control and exploitation'.

point is that smart cities ‘risk damaging the most crucial component of any city – the citizens who constitute it’. Developing Richard Sennett’s (2012) notion of the ‘stupefying smart city’, McGuire (2018:2) asserts that ‘the smarter our cities become the more ‘stupid’ we all become’, and so, rather than stupefaction, what is actually happening is a process of *stultification*:

Sennett concurs with the idea that there is no ‘magic’ behind what a smart city can offer... The result is that exploration, uncertainty and the inherent irregularities of more organic urban spaces become stifled. We cease to have to ‘work out’ how to use and interact with the city and it is at this point where what he calls ‘stupefaction’ begins. But rather than stupefaction – which implies mere bewilderment or a (temporary) loss of sense, I argue that there may be deeper and longer lasting impacts. The smart city may *stultify* far more than it stupefies – that is, it may so actively denude and erode out traditional capacities to use urban space that its citizens (literally) become stupid. (ibid. 4).

As we become increasingly adept ‘at ‘deleting’ those parts of the urban sensorium which we wish to ignore’, we edge closer to the replicant-like human mentioned above. Through processes such as ‘inattentional blindness’ and the ‘atrophying of our critical faculties’ human agency is ‘filleted out’, to use Maguire’s terminology. As a result, smart citizens lose not only the ability to govern themselves but more importantly, *the will*, as they rely ever-more on the network to maintain them in ‘a state of perpetual safety and total security’ (ibid. 8); a relational dynamic that itself diminishes social resilience and exacerbates passive infantilization (Hayward, 2013).

The tech utopians and “Californian ideology” (Barbrook and Cameron, 2001) merchants believed their new sophisticated creations would bring about ‘the end of politics’ and facilitate a harmonious society built on transparent circuits of information and effortless environmental-behavioral management. Instead, they have inadvertently put in place the technological foundations of a totalizing system of control, surveillance, and exploitation.¹⁰ In terms of human subjectivity and interpersonal dynamics, the cybernetic dream has been even more damaging. The cyberneticists’ vision was of a new ‘citizen-sensor’ who would be so enlightened by networked flows of processed data that all the petty grievances and micro competitions of the analogue world would somehow melt away as we further embrace hyper-connectivity. In reality, they and their corporate adherents have created a world so reliant on digital technology that we have lost sight of what it means to be human. The inevitable question that now confronts us is this: will the

10. Under normal conditions the wide scale take up of these granular and predictive surveillance systems might have taken a decade or so. However, as a result of the Covid-19 crisis, the deployment of such technology will be much more rapid, as surveillance proponents utilize public health concerns to justify immediate and (permanent) deployment à la China.

rise of urban smartness and its worker-drone corollary, the replicant-like human, continue unabated? Or will individual actors, subcultural groups, or indeed the public at large decide it's now time to take the city back?

5. THE SMART CITY AS ADVERSARIAL SURFACE

'The only good DAC is a dead DAC!' (anti-surveillance protestor in Oakland, cited in Levine 2018:2)

As we have seen, the zones of futurity surrounding the smart city are in the main presented as overwhelmingly positive. Given the multinational companies involved and the colossal investment that has been ploughed into the technological development and marketing of urban smartness how could it be any other way? However, peel back the thick veneer of corporate puffery and booster superficiality, and it's clear that, as a model of future urban living, the smart city is not quite the shining Jerusalem its supporters assume it to be. Explore the research produced on the margins of the field by critical journalists, academics, and radical urbanists, and it's apparent there also exists a much bleaker view of the smart city's future – a future that includes protest and urban resistance aimed at halting the advance of techno-imperialism, and adversarial/criminal practices that use smart systems as attack surfaces. Let us look briefly at each in turn.

When considering future protest within/against the SCP a good place to start is with some of the ideas currently cohering around the term 'tech-lash'. Glossing because of space constraints, the so-called 'tech-lash' is predicated on generalized concerns about the ethics of data-driven urbanism and whether forms of governance based on cybernetics and techno-solutions are ultimately compatible with a plural, open democratic society (Kitchen, 2016; Greenfield, 2017).¹¹ This presupposition is then compounded by secondary fears about *the technology itself* (e.g. Bridle, 2018). Specifically, the view that, by privileging and promoting only technological solutions to the problems of urbanization, we have failed to consider how these same technologies might also be used against us. Albeit nascent, the tech-lash has already taken a number of forms, including popular boycotts of certain social network platforms and the 2018 European-wide data-protection ruling. Inevitably, given its status as an emblem of AI and networked technology, the smart city is also emerging as a site of resistance and dissent. So far, pushback has been

11. This concern is itself a product of two interconnected anxieties. First, concerns about the smart city's ontology as a 'neo-liberal political place' and fears that, in the long run, it will diminish social trust and potentially even the rule of law (Keymolen and Voorwinden, 2019); and second, a more specifically neo-Marxist argument that the new super-rich elites will utilize a combination of hyper-surveillance and special juridical zones to bring about what Doctorow (2015) has called 'a long age of [ICT] powered feudalism'.

limited to certain specific aspects of urban smartness such as local campaigns against DACs and municipal face-recognition camera bans. However, if current trends are anything to go by, the anti-smartness movement will likely crystallize into something more tangible which could potentially pose a serious challenge to the smart city's technological, and ergo operational, viability.

From what we have seen so far, two discernable “cultures of resistance” are emerging. The first functions largely within the tech community and is less interested in resistance *per se* than in stress-testing new technological initiatives in a bid to promote better risk management (see Belfield, 2020). Of central importance here is the field of artificial intelligence and how its malicious use can expose vulnerabilities in smart critical infrastructure - and of course create new ones. Because AI is susceptible to ‘adversarial input’—data designed to exploit the way a system processes stimuli – it is possible to make an AI platform ‘hallucinate’ objects (or sounds) that are not there. In one famous example, a picture of a panda that looks normal to the human eye was imperceptibly ‘altered’ so the AI perceived it as a gibbon (Goodfellow et al. 2014). Likewise, it is now possible to 3D-print a model of a turtle in such a way that it is perceived by AI as a ‘rifle’ from nearly every angle (Athalye et al. 2018). Such practices have immense implications for AI-security sensors and other scanning equipment embedded in smart architecture. For example, Evtimov et al. (2017) have developed ‘adversarial patch’ stickers that, when placed on traffic signs, cause image-recognition networks (such as those in self-driving cars) to misinterpret ‘Stop’ signs as ‘speed limit 45km/h’ signs. In a similar experiment, Tencent’s Keen Security Lab (2019) showed that placing three stickers on the road can spoof a Tesla Model-S car into switching lanes—sending it directly into oncoming traffic. Although such initiatives are not always welcomed by the tech community, in-and-of-themselves they do not amount to meaningful *political* resistance.¹² Rather the goal is to stimulate a more informed discussion about vulnerability vectors and preventative security. For something more stridently political, one must turn to a second emerging culture of resistance.

One of the defining features of the recent spate of political uprisings has been the way protestors have mobilized technology in their resistance practices.¹³ For example, encrypted messaging platforms like Telegram are now a staple of any political protest. Meanwhile decentralized apps that use QR codes to allow organizer-nodes (called ‘water drops’) to amalgamate small flash protests into coordinated demonstrations (or ‘tsunamis’) are also becoming common. However, what is of greater interest here is the way protestors around the globe now actively undertake specific ‘anti-technology actions’;

12. On the issue of resistance in contemporary criminology, see Hayward and Schuilenburg (2014).

13. The idea of a tech-lash, or of ‘opting out’ of mainstream digital culture, is also growing outside of organised resistance movements. See, for example, the massive uptick in the use of the darkweb’s ‘Tor’ browser, or the rise of so-called “obfuscation” techniques like the browser plug-ins AdNauseam or TrackMeNot (Brunton and Nissenbaum, 2016).

whether in the form of localized participatory resistance against depersonalizing forms of ‘digital justice’ (Smith and O’Malley, 2017), or wider anti-government demonstrations in places like Catalonia and Hong Kong, where smart lampposts and face-recognition systems were torn down and ID cards were wrapped in tinfoil to avoid triggering RFID sensors. These tendencies will doubtless grow in sophistication as protestors also become adept at developing adversarial AI techniques that can confuse facial-recognition programs. Already, artists and researchers have combined to develop cosmetic ‘dazzle camouflage’ that protects individuals against AI surveillance (Eckert et al. 2013), while in Belgium an adversarial image has been designed which, if printed and carried around, renders a whole person invisible to specific AI computer-vision systems (Thys et al. 2019).¹⁴ Edwards and Calaresu (2018) recently observed that in the current environment ‘it would be unwise to overestimate the power of machines or to underestimate the capacity of humans for resistance and improvisation in “democratic cities”’. Both sentiments are unequivocally true. However, so far at least, critics of the SCP have been more concerned with the former than the latter issue. Going forward, it is my contention that the social sciences can do much to help redress this imbalance.

Criminologically speaking, it is at this point that the idea of the smart city as an *adversarial surface/space* gathers traction. Much has been written by criminologists and digital sociologists about cybercrime and online victimization, but very little about *the smart city as a specific vector of digital insecurity*. However, we are now on the cusp of an entirely new era of ‘cyber-physical threats’ (Joo and Tan, 2018) and ‘AI crimes’ (King et al, 2018) against hyper-connected critical-infrastructure systems (Kaloudi and Jungyeu, 2020) and thus the need to pivot in this direction is clear. For example, already emerging are “AI hacks” that can exploit vulnerabilities in voice-recognition systems such as Alexa, Siri and Google Assistant. These techniques can be easily adapted to attack ‘smart homes’—unlocking doors, wiring money, or triggering buy-orders for incriminating or embarrassing products—merely by, say, playing slightly ‘perturbed’ music over the radio (Smith 2018). Such “adversarial attacks” illustrate how bad actors can sprinkle a physical environment with what Scharre and Horowitz (2018: 15) call ‘cognitive landmines’; raising critical security vulnerabilities in ‘Internet of Things’ systems and posing further problems for advocates of the SCP.

By developing advanced systems of surveillance and preemption in an attempt to make “traditional” crime forms impossible, we have simply exposed society to a different, largely unanticipated series of catastrophic risks and threats - including a complex interplay of system failures brought about by resistance and criminal sabotage – that previously would have been considered impossible. This being the case, it is perhaps an apposite moment to remind criminologists of the words of the French ‘philosopher of everyday life’, Michel de Certeau:

14. See also Adam Harvey’s “HyperFace” project which uses textile patterns that can trick facial recognition systems.

If it is true that the grid of 'discipline' is everywhere becoming clearer and more extensive, it is all the more urgent to discover how an entire society resists being reduced to it, what popular procedures (also 'miniscule' and quotidian) manipulate the mechanisms of discipline and conform to them only in order to evade them. (1984: xiv)

CONCLUSION

In 2022, on a 175-acre site in the foothills of Mount Fuji, the Japanese manufacturer Toyota will break ground on 'Woven City'. Described in contradictory terms by Toyota Motor Corp President, Akio Toyoda, as both a "field of dreams" and a "fully controlled site", Woven City is (unimaginatively) being promoted as the prototype for the future of urban living (Korosec, 2020). Despite the bold claims, much of the technology that will underpin Woven City is not actually new. Instead, it represents a conflation of established inventions (smart home-connected technology, sensor-based AI, and embedded health-assessment scanners), with Toyota's autonomous 'e-Palette transport and delivery shuttles' and branded in-home service and maintenance robotics. It is this latter element that is most important. Woven City will no doubt test many interesting things, but essentially what it represents is the further insinuation of corporate robots into the private and public spheres of 'Smart city 2.0'. For a world leader in robotic technology like Toyota, the shiny designer homes and spotless leisure spaces of Woven City are little more than a life-size testing ground for the new robot-human interface – a benign version of Alex Garland's *Ex Machina*, or to reprise a term from earlier, the first fully-operational *robotic sociotechnical imaginary*. The problem for Toyota is that, even before the story of Woven City begins, we know how it ends. We know, because we have heard this story before.

Situated 25 miles South West of Seoul, the South Korean smart city of Songdo was launched in 2015 amidst the standard fanfare of publicity and crypto-futurology. The plan for Songdo was typically ambitious. It would function as both the World's first purpose-built "smart business district", and provide a home for 300,000 new residents. Spacious, leafy, traffic-free, and of course "ecologically sustainable", Songdo was marketed as a tranquil techno-suburban paradise; the very antithesis of the polluted, over-populated neighborhoods of the typical South Korean city. However, less than a decade later and things have deviated from the blueprint. Only a quarter full, bereft of businesses and major retailers, and lacking in cultural facilities (there are no museums or theatres and only one cinema), Songdo exhibits what one observer recently described as 'a Chernobyl-like emptiness' (White, 2018). Big on tech innovation and hyper connectivity it may be, but with its empty high-rises and shuttered retail spaces, Songdo today is less a smart city and more a hyper-connected ghost town.

The many problems to have beset Songdo provide an abject illustration of what happens when urban developers prioritize technological innovation over-and-above the lived realities of city dwellers. Why, then, if ‘the World’s first Smart City’ offers a vivid and still unfolding example of a broken sociotechnical imaginary are Toyota so keen to break ground on yet another techno-fantasy citadel? The answer can be found in the nature of techno-computational culture itself. In the same way computer scientists attempt to correct prediction errors by adding more data to their models, many proponents of the SCP believe erroneously that the only way to tackle the real-world failings of smart technology is with *more* smart technology (e.g. Mohammadi and Al-Fuqaha, 2018). However, embedding ever-more technology within urban space is a far more consequential (and irreversible) act than enlarging a dataset. As more tasks and decisions are acquiesced to machines and their associated systems, the ‘urban experience’ (Hayward, 2004) is inevitably reconstituted. Urban space becomes more contrived and calculating, while a walk through the city starts to feel like time spent in the ‘code/space’ (Kitchen and Dodge, 2011) of an airport; safe and sterile, but homogeneous and delimiting. But maybe this is the point. If the underlying premise of smart city proponents is, “what is not smart must be dumb”, then it automatically follows that the city of digital technology is superior to its analogue (human) predecessor. It is this false binary that leads inexorably to Woven City and its doubling down on corporate robotics. Stated simply, for Toyota and other smartness service providers, the only possible smart city future is the one premised on the robotic sociotechnical imaginary. After all, the methodological and epistemological pastiche of life that will emerge out of the new robot-human interface will no doubt be much easier to manage and scale than the real thing, blighted as it is by the idiosyncrasies and existential anxieties of the “unsmart” analogue citizen.

The opening line of this chapter declared boldly that we now live in the age of the smart city. The question we must therefore pose by way of conclusion is a stark one: whether it’s Woven City, Songdo or the plug-and-play DAC soon be installed in a city near you, what will ‘living’ actually mean when urban life is ultimately defined and enforced by a computational system? If we fail to provide a clear answer to this question we will only have ourselves to blame as the smart city effortlessly transitions from sociotechnical imaginary to technologically-determined reality.

REFERENCES

- ALBINO, V. Berardi, U. and Dangelico, R.M. (2015) ‘Smart cities: definitions, dimensions, performance, and initiatives’, *Journal of Urban Technology*, 22(1):3–21.
- ANDERSON, B. (2010) ‘Preemption, precaution, preparedness: anticipatory action and future geographies’, *Progress in Human Geography*, 34(6):777–798.

- ANDERSON, B. (2011) 'Population and affective perception: biopolitics and anticipatory action in US counterinsurgency doctrine', *Antipode*, 43(2):205-236
- ANGWIN, J. et al (2016) 'Machine bias: there's software used across the country to predict future criminals. And it's biased against blacks', *ProPublica*.
- BELFIELD, H (2020) 'Activism by the AI community', AIES '20: Proceedings of the AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society, February, 15–21.
- BRIDLE, J. (2018) *New Dark Age: Technology and the End of the Future*, London: Verso Books.
- BRUNTON, F. and Nissenbaum, H. (2016) *Obfuscation: A User's Guide for Privacy and Protest*, Boston: MIT Press.
- CARAGLIU, A. Del Bo, C. and Nijkamp, P. (2011) 'Smart cities in Europe', *Journal of Urban Technology*, 18(2)65-82.
- CARTER, B. (2019) 'Public safety is at the heart of the smart city movement', *Securityinfowatch.com*, 16th August.
- CASTELS, M. (1996) *The Rise of the Network Society*, Oxford: Blackwell.
- COTTON, B. (2015) *Smart City as a Service: Using Analytics to Equip Communities for Data-Driven Decisions*, available at: https://www.mayorsinnovation.org/images/uploads/pdf/15_-_Smart_City_as_a_Service.pdf
- DANAHER, J. (2018) 'The Automation of Policing: Challenges and Opportunities'. <https://philosophicaldisquisitions.blogspot.com/2018/10/the-automation-of-policing-challenges.html>.
- EATON, R. (2001) *Ideal Cities: Utopianism and the (Un)built environment*, London: Thames and Hudson.
- EDWARDS, A. (2017) 'Big data, predictive machines and security: the minority report', in M. Maguire and T. Holt (eds) *The Routledge Handbook of Technology, Crime and Justice*, London: Routledge.
- ENSIGN, D. et al (2017) 'Runaway Feedback Loops in Predictive Policing'. arXiv:170609847 [cs, stat]
- GABRYS, J. (2014) 'Programming environments: environmentality and citizen sensing in the smart city', *Environment and Planning D: Society and Space*, 32(1):30-48.
- GANDY, M. (2005) 'Cyborg urbanization: complexity and monstrosity in the contemporary city', *International Journal of Urban and regional Research*, 29(1):26-49.
- GARLAND, D. (2001) *The Culture of Control*, Chicago: The University of Chicago Press.
- GARREAU, J. (1991) *Edge City*, New York: Doubleday.
- GOODFELLOW, I.J. Shlens, J. Szegedy, C. (2014), *Explaining and Harnessing Adversarial Examples*. arXiv:14126572 [cs, stat]
- GRAHAM, S. (2010) *Cities Under Siege: The New Military Urbanism*, London: Verso.

- GRAY, C.H. (1995) *The Cyborg Handbook*, New York: Routledge.
- GREENFIELD, A. (2013) *Against the Smart City*, New York: Do Projects.
- GREENFIELD, A. (2017) *Radical Technologies*, London: Verso Books.
- HALL, P. (1989) *Cities of Tomorrow*, London: Blackwell.
- HAMBLING, D. (2009), 'Special Forces' Gigapixel Flying Spy Sees All'. *Wired*.
- HANNIGAN, J. (1998) *Fantasy City: Pleasure and Profit in the Postmodern Metropolis*, London: Routledge.
- HARAWAY, D.J. (1991) *Simians, Cyborgs, and Women*, London: Free Association Books.
- HARRIS, M. (2019) 'Pentagon testing mass surveillance balloons across the US', *The Guardian*, 2nd August.
- HAYWARD, K. J. (2013) 'Life stage dissolution' in Anglo-American advertising and popular culture: 'Kidults', 'Lil' Britneys' and 'Middle Youths' *The Sociological Review*, 61 (3) 525-548.
- HAYWARD, K.J. (2004) *City Limits: Crime, Consumer Culture and the Urban Experience*, London: GlassHouse.
- HAYWARD, K.J. (2012) 'Five spaces of cultural criminology', *British Journal of Criminology*, 53(4) 441-462.
- HAYWARD, K.J. and Maas, M. (2020) 'Artificial intelligence and crime: a primer for criminologists', *Crime, Media, Culture*, Forthcoming.
- HAYWARD, K.J. and Schuilenburg, M. (2014) 'To resist=to create?: some thoughts on the concept of resistance in cultural criminology', *Tijdschrift over Cultuur and Criminaliteit*, 4(1): 22-36.
- HOLLANDS, R. (2008) 'Will the real smart city please stand up? Intelligent, progressive or entrepreneurial?', *City*, 12(3):303-320.
- HOLLANDS, R. (2015). Critical interventions into the corporate smart city. *Cambridge Journal of Regions, Economy and Society* 8(1): 61-77.
- INTERPOL, UNICRI (2019) *Artificial Intelligence and Robotics for Law Enforcement*.
- JASANOFF, S. and Kim, S-H. (2015) *Dreamscapes of Modernity: Sociotechnical Imaginaries and the Fabrication of Power*, Chicago: University of Chicago Press.
- JOH, E.E. (2017) 'The Undue Influence of Surveillance Technology Companies on Policing', *NYU Legal Review Online* 101.
- JOO, Y-M, and Tan, T-B. (2018) 'Smart cities: a new age of digital insecurity', *Survival*, 60(2):91-106.
- KALOUDI, N. and Jungyeu, L. (2020) 'The AI-based cyber threat landscape: a survey', *ACM Computing Surveys*, 53(1), Article 20.
- KAUFMANN, M, Egbert, S. and Leese, M. (2018), 'Predictive Policing and the Politics of Patterns'. *British Journal of Criminology* 59:674-692.
- KEYMOLEN, E. and Voorwinden, A. (2019) 'Can we negotiate?: trust and the rule of law in the smart city', *International Review of Law, Computers, and Technology*, Forthcoming.

- KILGANNON, C. (2020) 'Why the NYPD dropped one of its oldest crime-fighting tools', *New York Times*, February 5th.
- KITCHEN, R. (2016) 'The ethics of smart cities and urban science', *Phil. Trans. R. Soc. A*, 374:20160115.
- KITCHEN, R. and Dodge, M. (2011) *Code/Space*, Cambridge: MIT Press.
- KITCHIN, R. (2014) 'The real-time city? Big data and smart urbanism', *GeoJournal*, 79(1) 1-14.
- KOROSEC, K. (2020) 'Toyota is building a tiny utopian prototype city filled with people, robots and AI', <https://www.yahoo.com/finance> accessed 20th January.
- KRANZBERG, M. (1986) 'Technology and History: "Kranzberg's Laws."' *Technology and Culture* 27:544-560.
- KRIVÝ, M. (2018) 'Towards a critique of cybernetic urbanism: the smart city and the society of control', *Planning Theory*, 17(1) 8-30.
- LEVINE, Y. (2018) *Surveillance Valley: The Secret Military History of the Internet*, New York: Public Affairs.
- MANDER, J. ((2012) 'Privatization of consciousness', *Monthly Review*, 64(5).
- MARCH, H. (2016) 'The smart city and other ICT-led techno-imaginaries', *Journal of Cleaner Production*, 199: 1694-703.
- MATTERN, S. (2017) 'A city is not a computer', https://placesjournal.org/article/a-city-is-not-a-computer/?gclid=EAIaIQobChMI7bDUjf6K6AIVlp-QYCh0acAlbEAAYASAAEgKGGPD_BwE#ref_10
- MCGUIRE, M. (2018) 'Beyond flatland: when smart cities make stupid citizens', *City, Territory and Architecture*, 5, Article Number 22.
- MCNEIL, M. Arribas-Ayllon, M. Haran, J. Mackenzie, and A. Tutton, R. (2017) 'Conceptualizing imaginaries of science, technology, and society', in Felt. U. et al (eds) *The Handbook of Science and Technology Studies*, Cambridge: MIT Press.
- MICHEL, A.H. (2019), *Eyes in the Sky*. HMH Books
- MITCHELL, W.J. (2003) *Me++: The Cyborg Self and the Networked City*, Cambridge: MIT Press.
- MOHAMMADI, M. and Al-Fuqaha, A. (2018) 'Enabling cognitive smart cities using Big Data and machine learning: approaches and challenges', *IEEE Communications Magazine*, 56(2):94-101.
- MOROZOV, E. (2013) *To save Everything, Click Here*, New York: Public Affairs Books.
- ROSATI, U. and Conti, S. (2016) 'What is a smart city project?: an urban model or a corporate business plan?', *Procedia: Social and Behavioral Sciences*, 223: 968-973.
- SADOWSKI, J. (2109) 'The captured city: the "smart city" makes infrastructure and surveillance indistinguishable', realifemag.com, November 12th.

- SADOWSKI, J. and Bendor, R. (2019) 'Selling smartness: corporate narratives and the smart city as a technological imaginary', *Science, Technology, and Human Values*, 44(3)540-563.
- SADOWSKI, J. and Pasquale, F. (2015) 'The spectrum of control: a social theory of theory of the smart city', *First Monday*, 20(7), 6th July.
- SCHARRE, P. and Horowitz MC. (2018) *Artificial Intelligence*, Center for a New American Security.
- SCHARRE, P. Fish, L. Kidder, K. and Schafer, A. (2018) *Emerging Technology*, Center for a New American Security, <https://www.cnas.org/>
- SCHUILENBURG, M. and Pali, B. (2019) 'Fear and fantasy in the smart city', *Critical Criminology*, <https://doi.org/10.1007/s10612-019-09447-7>
- SENNETT, R. (2012) 'The Stupefying Smart City', available at in *LSE Cities Open Transcripts: Urban Age, Electric City*.
- SINGER, P.W. (2019) *Insurgency in 2030*, newamerica.org.
- SMITH, G. and O'Malley, P. (2017) 'Driving politics: data-driven governance and resistance', *British Journal of Criminology*, 57(2):275-298.
- SÖDERSTRÖM, O. Paasche, T. and Klauser, F. (2014) 'Smart cities as corporate storytelling', *City*, 18(3) 307-320.
- SOJA, E. (1989) *Postmodern Geographies*, London: Verso.
- TENCENT KEEN SECURITY LAB (2019) Experimental Security Research of Tesla Autopilot. Tencent.
- TOWNSEND, A.M (2013) *Smarter Cities: Big Data, Civic Hackers and the Quest for a New Utopia*, New York: Norton.
- VANOLO, A. (2014) 'Smartmentality: the smart city as disciplinary strategy', *Urban Studies*, 51(5):883-898.
- WATSON, S. and Gibson, K. (1995) *Postmodern Cities and Spaces*, Oxford: Blackwell.
- WEAGLE, S. (2019) 'Smart cities are safe cities', Securityinfowatch.com, 16th August.
- WHITE, C. (2018) 'South Korea's 'Smart City' Songdo: not quite smart enough?', <https://www.scmp.com/week-asia/business/article/2137838/south-koreas-smart-city-songdo-not-quite-smart-enough>
- WHITE, J.M. (2016) 'Anticipatory logics of the smart city's global imaginary', *Urban Geography*, 37(4)572-598.
- WYLY, E. (2013) 'The city of cognitive-cultural capitalism', *City*, 17(3):387-394.
- ŽIŽEK, S. (2011) *Living in the End of Times*, London: Verso.

PESQUISA DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- *Arbitrium ex machina* – panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos, de Isabela Ferrari, Daniel Becker e Erik Navarro Wolkart – *RT* 995/635-655 (DTR\2018\18341).

A PROVA E O MÉTODO DE VERIFICAÇÃO DA CAUSALIDADE NA OMISSÃO IMPRÓPRIA

THE EVIDENCE AND VERIFICATION METHOD OF THE CAUSALITY OF THE IMPROPER OMISSION

MARCELO ALMEIDA RUIVO

Professor do Programa de Doutorado e Mestrado em Ciências Criminais da PUC-RS. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. *Visiting Professor* na Faculdade de Direito da Universidade de Turim e Ferrara. Pesquisador convidado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2929-9088>.
marceloaruivo@gmail.com

Recebido em: 31.01.2019

Aprovado em: 14.08.2019

Última versão do autor: 26.05.2020

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: A legitimidade da produção probatória do nexo causal depende da certeza do método de verificação da causalidade no fenômeno criminal. A fórmula da *conditio sine qua non* limitada por leis causais tem capacidade científica de orientar a produção de provas dos crimes comissivos e omissivos impróprios de dano ao bem jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da Prova – Causalidade – Ação – Omissão – Alta probabilidade próxima à certeza.

ABSTRACT: The legitimacy of the production of evidence of the causal nexus depends on the certainty of the method of verification of causality in the criminal phenomenon. The but for test limited by causal laws has the scientific ability to guide the production of evidence of commissive and omissive improper crimes of harm to the legal interest.

KEYWORDS: Theory of Evidence – Causality – Action – Omission – High probability near certainty.

SUMÁRIO: 1. O problema da prova da causalidade no direito e no processo penal. 2. A relação entre a causalidade e os seus métodos de verificação e comprovação nos crimes comissivos e omissivos. 3. O método comum de verificação da causalidade na omissão imprópria e na comissão danosa. 3.1. Os métodos diferentes. 3.2. O método comum à omissão imprópria e

à comissão danosa baseado em partes distintas da cadeia causal. 4. Os métodos de verificação e de prova da causalidade. 4.1. A fórmula da *conditio sine qua non*. 4.2. A fórmula da "condição conforme a lei" no lugar da *conditio sine qua non*. 4.3. A fórmula da *conditio sine qua non* limitada ao conhecimento de leis causais. 5. A fórmula da *conditio sine qua non* nos crimes omissivos. 6. A probabilidade próxima à certeza exigida para a comprovação da causação do resultado. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

1. O PROBLEMA DA PROVA DA CAUSALIDADE NO DIREITO E NO PROCESSO PENAL

O problema da prova é um dos grandes desafios teóricos e práticos do direito penal e processual penal, sobretudo em matérias que demandam conhecimento de ciências naturais.¹ Os fundamentos e finalidades da teoria da prova evidenciam a “estreita conexão” axiológica entre o direito e o processo penal para além de uma relação meramente instrumental.² A qualidade probatória é determinada pelo procedimento de produção e avaliação da prova empírica sobre os elementos da teoria analítica do crime na instrução processual reconstrutiva dos fatos.³

A teoria do crime indica os elementos objetivos e subjetivos que precisam ser verificados empiricamente para que haja indícios da tipicidade objetiva do crime,⁴ sendo basicamente três os elementos objetivos: a conduta, o nexa causal e o resultado causado. A dificuldade na prova da causalidade tem provocado debate longo e profundo na teoria do delito e da prova científica, encontrando-se até mesmo sugestões de alteração do conceito de crime e de redução da importância do nexa causal descrito no tipo legal.⁵ Os crimes comissivos de dano possuem maior consenso sobre o método de verificação e as provas necessárias para imputação do resultado. Já os crimes omissivos impróprios de dano não possuem o mesmo consenso na ciência jurídica, causando insegurança jurisdicional sob risco de influência da política-crime preventiva. O estudo da causalidade oferece capacidade de diferenciação entre as omissões causadoras de resultados ofensivos ao bem jurídico

1. PACELLI, *Curso de direito penal*, 16 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 317; LOPES, *Direito processual penal*, 10 ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2013, p. 534-537, 611-612; BADARÓ, *Processo penal*, 3 ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015, p. 377.
2. COSTA, , *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis*, 3º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012, §53, p. 51; DIAS, *Direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004., p. 28.
3. LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013. p. 536-537.
4. GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal, abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica*; cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Ed. Atlas, 2014. p. 393.
5. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión y injerencia en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 35.

e as omissões ética ou moralmente criticáveis, que potencializam riscos e não causam o resultado. Ao fim, há mais de dois séculos já se sabe que “proibir um número sem de ações indiferentes não é prevenir os delitos que possam acontecer, mas é criar novos delitos”.⁶

A explicação do método de verificação da causalidade é essencial para evitar a imputação injusta de responsabilidade penal à conduta que não foi condição necessária do resultado. O perigo é que a imprecisão do método acabe por produzir provas equivocadas, criando artificialmente a causalidade penal.⁷

O presente artigo pretende revisar o método de comprovação da causalidade e propor um método comum para a verificação da causalidade nos crimes comissivos e omissivos de dano, conferindo unidade à dogmática da imputação penal e da motivação da sentença penal⁸ e evitando problemas da divisão em dois modelos teóricos.⁹

2. A RELAÇÃO ENTRE A CAUSALIDADE E OS SEUS MÉTODOS DE VERIFICAÇÃO E COMPROVAÇÃO NOS CRIMES COMISSIVOS E OMISSIVOS

Alguns entendimentos reputam o estudo da natureza da causalidade da omissão sem resultado prático¹⁰ e iniciam a explicação pelo método para dele deduzir a identificação da natureza da causalidade.¹¹ Os problemas jurídicos frequentemente identificados por esses entendimentos exigem respostas que pressupõem a definição de elementos materiais. Veja-se duas questões: (i) a causalidade da omissão é verdadeiramente “hipotética” (“não real”) ou hipotético é apenas o método de verificação da causalidade entre o omitir

6. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 154.

7. Equívoco frequente na história da dogmática penal, v.g. Edmund Mezger refere apenas quais elementos estariam conectados na omissão e qual a pergunta que deveria ser formulada – sem dizer a natureza da causalidade em questão (MEZGER, Edmund. *Strafrecht, ein Lehrbuch*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1949. p. 136).

8. Sobre motivação, GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal, abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica*; cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF. São Paulo: Ed. Atlas, 2014. p. 222-223.

9. Sobre os problemas, ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión y injerencia en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 738-739.

10. V. LISZT, Franz. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 3. ed. Berlin: Guttentag, 1888. §29, p. 124; JAKOBS, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2º ed., Berlin: Walter de Gruyter, 1991, 29/15, p. 791; ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. 3. ed. München: Beck Verlag, 2003. v. 2, § 31, nm. 37, p. 639.

11. Assim, VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Berlin: Duncker und Humboldt, 1993. p. 146-147 e 157-158.

e o resultado, (ii) a necessidade de comprovação da evitação do resultado ou a suficiência da prova da diminuição do risco.¹² São problemas que necessitam do reconhecimento fenomenológico do curso causal perigoso entre o omitir e o resultado para a sua solução.

A compreensão da causalidade da omissão como lógica, hipotética, normativa ou irreal tem criado incertezas ao supostamente se opor à causalidade mecânico-natural, entendida como causalidade real. Algumas orientações apresentam a explicação do método em substituição à elucidação e à fundamentação da natureza causal.¹³ Todavia a legitimidade da imputação exige referencial externo capaz de validar e conferir significado ao procedimento de imputação. Caso contrário, a imputação se consumaria tão somente no próprio procedimento normativo de atribuição da responsabilidade penal.

O estudo do método de verificação da causalidade em geral é fundamental para que o objeto investigado não seja artificialmente produzido pelo método, afirmando vínculo causal onde não existe. Trata-se do perigo de negação do fundamento do método e de deslegitimação da imputação do resultado à conduta. Não seria a causalidade que validaria a fórmula de verificação, mas a fórmula de verificação e as regras de imputação que determinariam o sentido do que seria causa penal.¹⁴

A diferenciação entre a natureza do nexos causal da metodologia utilizada na sua verificação é necessária, tendo como finalidade superar críticas, definições circulares do conceito de causa e de manipulação do conceito causa pelo método.¹⁵ É sabido que toda “técnica é codeterminante do nosso conhecer” a realidade¹⁶ e, portanto, a técnica de

12. VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Berlin: Duncker und Humbolt, 1993. p. 146-147.

13. Nesse sentido é emblemática a afirmação de Mantovani que, parte da “irreduzível diversidade de essência” das causalidades do agir e do omitir, e acaba por concluir ser a causalidade omissiva “duplamente hipotética” (MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. nm. 58, p. 155). Na verdade, a dimensão duplamente hipotética é do método de verificação da causalidade da omissão e não da natureza real e ontológica da causalidade da omissão.

14. Por exemplo, Edmund Mezger indica apenas os elementos conectados na omissão e o questionamento para a investigação – sem dizer a natureza da causalidade em questão (MEZGER, Edmund. *Strafrecht, ein Lehrbuch*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1949. p. 136).

15. PUPPE, Ingeborg. Vorbemerkungen zu §§13ff. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Strafgesetzbuch [§§ 1-145d]*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2010. v. 1, p. 453, nm. 80.

16. HEIDEGGER, Martin. *Língua de tradição e língua técnica*. Trad. Mario Botas. Lisboa: Vega, 1995. p. 23. Sobre a relação entre a “ciência da natureza” e a “técnica”, Heidegger discorda da concepção dominante de que seria a “ciência da natureza a base da técnica” incompatível com a realidade em que “a técnica moderna seria a estrutura fundamental de sustentação da ciência moderna da natureza” (HEIDEGGER, Martin. *Língua de tradição e língua técnica*. Trad. Mario Botas. Lisboa: Vega, 1995. p. 24 e 26).

abordagem do problema causal carrega em si “qualquer coisa de um traço de conhecimento”¹⁷ decorrente de experiências anteriores. A capacidade de resolução dos casos pelo método é resultado da síntese reflexiva sobre características fenomenológicas comuns aos casos. Não basta a convocação de razão transcendental lógico-formal para a sua validação, sendo essencial a elucidação do fundamento material para avaliação da qualidade do método. A operação lógico-formal conforme a fórmula e as diretrizes do método testa o reconhecimento fenomenológico da noção de causalidade real ou material.¹⁸

A metodologia compreensiva pretende apresentar o método, o fundamento do método e o procedimento prático.¹⁹ A observação dos pressupostos de utilização da metodologia é o que garante a segurança do método, pois o sentido dos fenômenos se desvela dentro da tradição de sua inserção. Esse é o “horizonte hermenêutico”²⁰ de utilização da fórmula e produção de provas, interpretando o caso em julgamento, a norma penal e a lei causal.

O método é fruto da reconstrução e aperfeiçoamento dogmático diante de novos casos,²¹ por meio do percurso interpretativo da espiral hermenêutica.²² A imputação penal não pode adotar apenas a racionalidade procedimental, legitimada *a posteriori*, mediante

-
17. HEIDEGGER, Martin. *Lingua de tradição e lingua técnica*. Trad. Mario Botas. Lisboa: Vega, 1995. p. 23
 18. Hurtado Pozo destaca os mal-entendidos advindos da incompreensão da diferença entre a causalidade hipotética de apelo lógico-formal e da causalidade real ou material (POZO, José Hurtado. *Droit pénal, Partie générale*. Zurich: Schulthess, 2002. v. 2, p. 42, nm. 122).
 19. JAKOBS, Günther. Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin. In: ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang. *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. p. 109.
 20. COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 277, nota 9 e, depois, COSTA, José de Faria. Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade duas questões ou um só problema? *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra: Coimbra editora, n. 3933, 2002, p. 206. Castanheira Neves destaca que a metodologia jurídica atenta para a “natureza histórica do objeto de regulação” e a “natureza histórica da própria intenção regulamentadora” (NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*, *Studia Iuridica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 225).
 21. Pinto Bronze afirma que a “reflexão metodonomológica” sobre o “problema jurídico concreto” e sobre “juízo” acerca do problema permite a “assimilação daquele problema”, depois de corretamente solucionado, pelo sempre “constituindo *corpus iuris* vigente” (BRONZE, Fernando José. Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico. *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo, Coimbra: Coimbra editora, p. 172).
 22. Sobre o horizonte hermenêutico conformado na espiral de constituição e interpretação da norma penal, ver COSTA, José de Faria. Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade duas questões ou um só problema? *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra: Coimbra editora, n. 3933, 2002, p. 355.

consenso lastreado em *topoi* argumentativos.²³ É necessário uma ordem normativa expressa na dogmática penal, como meio de possibilitar “racionalidade de fundamentação (não apenas processual) e material (não simplesmente formal)”.²⁴ Portanto, o estudo do método de verificação da causalidade oferece benefícios de clareza, uniformidade, objetividade e segurança da realização do direito dentro da tradição hermenêutica.²⁵

O estudo segue o caminho lógico de encadeamento da questão, partindo da natureza da causalidade, para o método e grau de probabilidade exigido. Assim se supera o problema lógico de antecipar a natureza da causalidade e o grau de exigência,²⁶ sem antes explicar o método. O grau de probabilidade depende da natureza da causalidade e do acerto da capacidade heurística do método.

3. O MÉTODO COMUM DE VERIFICAÇÃO DA CAUSALIDADE NA OMISSÃO IMPRÓPRIA E NA COMISSÃO DANOSA

3.1. Os métodos diferentes

A doutrina majoritária apresenta os métodos de verificação da causalidade dos crimes comissivos de dano e dos omissivos impróprios como sendo diferentes.²⁷ A razão decorreria da natureza ontológica supostamente diversa da causalidade de cada uma das

23. Sobre a racionalidade tópico-argumentativa, NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*, *Studia Iuridica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 73. O consenso do processo legislativo não basta para a fundamentação da decisão judicial, independente dos temas político-criminais e da dimensão do espaço de consenso. A decisão judicial demanda inevitavelmente a noção de verdade (COSTA, José de Faria. Consenso, verdade e direito penal. In: COSTA, José de Faria, *Linhas de direito penal e de filosofia, alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra editora, 2005. p. 93 e 95). Em crítica ao procedimentalismo de apelo ao indeterminado consenso do *sensus communis*, em vez da ordem jurídica de validade, BRONZE, Fernando José, «Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico», *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume comemorativo, Coimbra: Coimbra editora, 2003, p. 174.

24. NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*, *Studia Iuridica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 74-75.

25. Castanheira neves ensina que a decisão jurídica não “tem de entregar-se” ao “decisionismo (e irracionalismo) jurídico”, mas a decisão “cumpre antes uma ‘terceira via’, o *tertium modus* da mediação judicativa que um adequado modelo metódico deverá definir” (NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais*, *Studia Iuridica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 33-34).

26. WALTER, Tonio. Vorbemerkungen zu den §§13ff. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch*. Leipziger Kommentar, Großkommentar [§§1 bis 31]. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2007. v. 1, p. 751-752, nm. 86 e 87.

formas exigidas para a imputação do resultado à conduta. A imputação do resultado demandaria a verificação do nexo acontecido ou real nos crimes comissivos de dano e se contentaria com nexo hipotético ou irreal nos crimes omissivos impróprios.²⁸ Os dois modelos de causalidade teriam em comum apenas a equivalência funcional.

Em verdade, a força e a ausência de impedimento da força fazem parte da cadeia causal, fundamentando respectivamente as condutas de agir e de omitir. A diferença ontológica de cada uma das partes da cadeia causal que fundamenta as condutas típicas não indica menor ontologia ou realidade da conduta omissiva. A base ontológica dos crimes comissivos está na ação de força e a dos crimes omissivos na ausência do impedimento da ação de força, sendo ambas construções típicas fundamentadas em partes da mesma lei causal.

O entendimento da forma como cada uma das condutas se apoia em partes do curso causal possibilita a identificação de semelhanças entre elas. Essas semelhanças estão reunidas no método comum que unifica a doutrina da imputação penal, superando a bipartição dos sistemas explicativos da causalidade da comissão e omissão.²⁹

3.2. *O método comum à omissão imprópria e à comissão danosa baseado em partes distintas da cadeia causal*

O método comum para a ação e omissão³⁰ não significa que as condutas tenham a mesma natureza ou contribuição na cadeia causal. A unidade do processo explicativo se

27. Por exemplo, na Alemanha, v. HIPPEL, Robert. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Springer, 1932. p. 101, seguido, na Áustria, por RITTNER, Theodor. *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Wien: Springer, 1933. v. 1, p. 113, nota 5, na Itália, ROMANO, Mario. *Commentario sistematico del Codice penale, Art. 1 – 84*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2004. v. 1, p. 375, nm. 36.

28. v. HIPPEL, Robert. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Springer, 1932. p. 101; ROMANO, Mario. *Commentario sistematico del Codice penale, Art. 1 – 84*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2004. v. 1, p. 375, nm. 36; com particularidades, BLAIOTTA, Rocco. *Causalità Giuridica*. Torino: G. Giappichelli editore, 2010. p. 255-257.

29. A explicação comum da comissão penal, realizada por ação ou omissão, também se encontra na visão intensamente normativista que desconsidera o referencial da causalidade, em DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión y injerencia en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 35.

30. Por exemplo, na Itália, sobre uma “solução verdadeiramente unitária”, ANTOLISEI, Francesco. *Il rapporto di causalità nel diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1960. p. 225 e, semelhantemente, PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale, parte generale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 386. Em Portugal, BRITO, José Inácio Climaco de Souza e. *Estudos para a dogmática do crime omissivo*. Lisboa: Policopiado, 1965. p. 155-156, sendo seguido por NEGRÃO, Maria do Céu Rueff de Saro. Sobre a omissão impura no actual código penal português e em especial sobre a fonte do dever que obriga

apoia em elementos comuns entre os tipos de conduta, a exemplo da fórmula de verificação da causalidade entre a conduta e o resultado. Veja-se, esquematicamente, alguns esclarecimentos.

Primeiro, a verificação da causalidade ativa e omissiva exige testes mediante pensamento imaginado ou hipotético, segundo a fórmula *conditio sine qua non*.³¹ Ademais o raciocínio hipotético de comprovação dos casos de interrupção do curso salvador pressupõe a adição mental da ação salvadora que foi interrompida,³² v.g. o não desligamento dos aparelhos respiratórios manteriam o paciente vivo. A introdução hipotética da continuidade da ação interrompida é essencial para descobrir se o bem jurídico estaria preservado sem a interrupção do curso que se acredita salvador. O procedimento hipotético de adição mental da ação salvadora é o exigido na segunda fase do método duplamente hipotético da causalidade omissiva.

Segundo, a conduta omissiva é igualmente causa do resultado, ainda que não empreenda energia cinética, pois os resultados estão baseados em leis causais que possuem um parte ativa e uma parte não impeditiva. A energia é suficiente para a obtenção do resultado quando se desenvolve livre de impedimento. A ação não é capaz por si só de causar o resultado. O fenômeno descrito na primeira lei da mecânica expressa a necessidade de coexistência de fatores positivos (ativos) e negativos (não impeditivos) para o resultado.³³ A conduta omissiva se baseia no desvalor sobre a ausência de impedimento da ação

evitar o resultado. *Separata da Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 25 e 26, 1986, p. 27. Na Alemanha, ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 29; ENGISCH, Karl. *Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug*. In: WELZEL, Hans. *Festschrift für Hellmuth von Weber*. Bonn: Ludwig Rohrscheid Verlag, 1963. p. 264; MEZGER, Edmund. *Strafrecht, ein Lehrbuch*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1949. p. 136; MEZGER, Edmund; BLEI, Hermann. *Strafrecht, ein Studienbuch, Allgemeiner Teil*. München: Beck Verlag, 1970. v. 1 p. 85; PUPPE, Ingeborg. *Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht*. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, n. 92, 1980, p. 899.

31. WALTER, Tonio. *Vorbemerkungen zu den §§13ff*. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch*. Leipziger Kommentar, Großkommentar [§§1 bis 31]. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2007. v. 1, p. 752, nm. 86; POZO, José Hurtado. *Droit pénal, Partie générale*. Zurich: Schulthess, 2002. v. 2, p. 41, nm. 120.

32. WALTER, Tonio. *Vorbemerkungen zu den §§13ff*. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch*. Leipziger Kommentar, Großkommentar [§§1 bis 31]. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2007. v. 1, p. 752, nm. 87.

33. Para mais detalhes, RUIVO, Marcelo. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria*. Tese (Doutorado em Ciência Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016. p. 248-251.

de força e, portanto, é tão real quanto a ação de força não impedida. Terceiro, a lei causal que rege os crimes comissivos e omissivos é a mesma. A conduta omissiva é fenômeno ontologicamente reconhecível na realidade axiológica com efeitos causais negativos. O resultado da conduta omissiva assegura o prosseguimento do curso causal perigoso ao bem jurídico. As condutas ativa e omissiva causam o resultado exatamente por se basearem em elementos da mesma lei causal que as rege. O ponto de distinção entre as condutas está no componente da lei causal de base de cada uma delas.

4. OS MÉTODOS DE VERIFICAÇÃO E DE PROVA DA CAUSALIDADE

4.1. A fórmula da *conditio sine qua non*

O espaço dogmático de utilização da fórmula da *conditio sine qua non* se estende desde a difusão ampla nos países do sistema romano-germânico³⁴ até o modelo análogo empregado dos países do *Common law*.³⁵ O modelo do *Common Law* se denomina teste do *but for*, sendo a expressão reduzida da frase “*an antecedent but for which the result in cause would not have occurred*”. Essa frase se encontra prevista no parágrafo §2.03(1)(a) *Model Penal Code (Proposed Official Draft 1962)* do *American Law Institut*.³⁶

A fórmula tem na sua origem a “teoria da condição” ou teoria da equivalência das condições³⁷ proposta pelo austríaco Julius Glaser em 1858. A consciência dogmática da

34. No Brasil, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 32-33; PIERANGELI, José Henrique. *Código Penal: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2013. p. 45-46. Na jurisprudência, STJ, REsp 6.436/SP, 5ª T, Rel. Min. Assis Toledo, julgado em 03.12.1990, DJ 17.12.1990; STJ, RHC 29.894/SP, 5ª T, Rel. Min. Jorge Scartezzini, Julgado em 04.04.2000, DJ 05.06.2000; STJ, HC 29.894/SP, 5ª T, Rel. Min. Jorge Scartezzini, julgado em 01.04.2004, DJe 24.05.2004.

35. SIMESTER, A. P.; SPENCER, J. R.; SULLIVAN, G. R.; VIRGO, G. J., *Simester and Sullivan's criminal law, theory and doctrine*. 4. ed. Oxford: Hart, 2010. p. 84; ALLEN, Michael J. *Textbook on criminal law*. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 35. Assim, por exemplo, sobre o direito penal anglo-americano, MOORE, Michael S. *Causation and responsibility, an essay in law, morals, and metaphysics*. Oxford: Oxford University Press, 2009. p. 371.

36. Proposta do parágrafo §2.03(1)(a) do *Model Penal Code (Proposed Official Draft 1962)*.

37. A “teoria da condição” (*Bedingungstheorie*) é a denominação mais difundida no direito penal de língua alemã, v.g, ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 7; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, nm. 1, p. 279; TRECHSEL, Stefan; NOLL, Peter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 5ª ed., Zürich: Schulthess, 1998, p. 88; STRATENWERTH. *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Straftat*. 3. ed. Bern: Stämpfli Verlag, 2005. v. 1, p. 153, nm. 20. É a origem da

necessidade de reconhecimento de todas as condições a título de causa constava em Christoph Stübel e na orientação da “equivalência das condições” das chamadas doutrinas hegelianas do direito penal alemão.³⁸ Stübel é expressivo na sua doutrina das “causas concorrentes colaborativas”.³⁹

Mais adiante, Glaser explica que o “exame da relação de causalidade” tem um “seguro ponto de referência” na pergunta pela possibilidade de “eliminar mentalmente por completo da soma dos acontecimentos o suposto autor”⁴⁰ ou, especificamente, a sua ação. A compreensão da causalidade e do procedimento de verificação de Glaser foi desenvolvida, melhor fundamentada e introduzida na jurisprudência do Tribunal do Império alemão por Maximilian von Buri.⁴¹ Em um artigo sobre homicídio publicado

tradução para o inglês “*theory of conditions*”, HART, Herbert Lionel Adolphus; HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 431, 442 e 445. Também se encontra referência à “teoria da equivalência”, v.g. TRECHSEL, Stefan; NOLL, Peter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 5º ed., Zürich: Schulthess, 1998, p. 88; STRATENWERTH. *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Straftat*. 3. ed. Bern: Stämpfli Verlag, 2005. v. 1, p. 153, nm. 20; ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. ed. München: CH. Beck Verlag, 2006. v. 1, p. 351, nm. 6; KÜHL, Kristian. *Strafrecht, Allgemeine Teil*. 5. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2005. §4, p. 19, nm. 7. Na Itália, denomina-se “doutrina condicionalística”, v.g., PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale, parte generale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 354, nota 16; MARINUCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale, parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 159, nm. 4.2.

38. KNOCH, Wolfgang. *Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang im Zivil- und Strafrecht*, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde), Marburg, 1959. p. 64 e 81.
39. STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze*. Dresden: Hilscher, 1828. §29, p. 43.
40. GLASER, Julius. *Abhandlungen aus dem oesterreichischen Strafrecht*. Wien: Tendler, 1858. p. 298.
41. A ampla penetração do pensamento de v. Buri na jurisprudência alemã talvez tenha sido beneficiada pela sua atuação como Procurador-Geral do Estado (*Oberstaatsanwalt*) (v. BURI, Maximilian. *Über Theilnahme am Verbrechen mit Beurtheilung von Th. R. Schütze Prof. d. R. zu Kiel: die nothwendige Theilnahme am Verbrechen Leipzig 1869. Der Gerichtssaal*, Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, v. 22, 1870, p. 1) e, posteriormente, pela atuação jurisdicional no primeiro senado do Tribunal do Império alemão entre 1879 e 1896. O fato de v. Buri ter pertencido ao Tribunal é destacado em SPENDEL, Günther. *Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*. Herborn: J.

em 1863, v. Buri indicou a formulação *conditio sine qua non* como teste para a investigação da causalidade.⁴²

A fórmula da *conditio sine qua non* apresenta duas versões (positiva e negativa) para a comprovação da necessidade da condição para o resultado. A formulação positiva afirma que a ação deve ser vista como causa do resultado se não puder ser eliminada mentalmente (imaginada como inexistente) sem que o resultado concreto desapareça mentalmente.⁴³ É a explicação contida na síntese da máxima latina *sublata causa, tollitur effectus*.⁴⁴ A ação é causal quando o resultado concreto não teria ocorrido sem ela, o que possibilita a pergunta: ocorreria o concreto resultado sem a ação investigada?⁴⁵

Se a conduta não puder ser imaginada inexistente, sem que o resultado também deixe de existir, ter-se-á comprovado que a conduta foi condição necessária para o resultado. É a comprovação da relação de causalidade entre a conduta e o acontecimento criminal. Por outro lado, se a conduta puder ser pensada inexistente e o resultado seguir existindo na forma concreta ocorrida, identificar-se-á que a ação não é condição necessária do resultado. Logo, não há o nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Vejam-se dois exemplos. Primeiro, uma pessoa desfere tapa no rosto de um portador de grave problema

M. Beck, 1948. p. 16; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ªed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996., p. 279-280.

42. V. BURI, Maximilian. Zur Lehre von der Tödtung. *Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht*, Berlin: Decker, v. 11, 1863, p. 757.

43. SPENDEL, Günther. *Die Kausalitätformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*. Herborn: J. M. Beck, 1948. p. 14; JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ªed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 279 e 280, nm.1 e 3; POZO, José Hurtado. *Droit pénal, Partie générale*. Zurich: Schulthess, 2002. v. 2, p. 41, nm. 120; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Auflage des von Otto Schwarz begründeten, in der 23. bis 37. Auflage von Eduard Dreher und in der 38. bis 49. Auflage von Herbert Tröndle bearbeiteten Werks)*. 59. ed. München: Beck, 2012. p. 78, nm. 21; STRATENWERTH. *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Straftat*. 3. ed. Bern: Stämpfli Verlag, 2005. v. 1, p. 153, nm. 20; MARINUCCI; DOLCINI, *Manuale*, p. 159, nm. 4.2.1; KINDHÄUSER, Urs. Zurechnung bei alternativer Kausalität. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: Decker, v. 10, 2012, p. 134.

44. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. p. 140, nm. 54.

45. SPENDEL, Günther. *Die Kausalitätformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*. Herborn: J. M. Beck, 1948. p. 14; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I, p. 324, § 5.

cardíaco, que sofre infarto fatal decorrente do susto.⁴⁶ O tapa, o susto e a doença cardíaca são igualmente condições necessárias para a ocorrência do evento morte.⁴⁷ Segundo, um atirador vai de táxi até a casa da vítima que morre em decorrência do disparo do revólver.⁴⁸ Nessa hipótese, a fabricação e a posse da arma, o transporte realizado pelo taxista e os disparos são condições necessárias para a morte.⁴⁹

A versão negativa da fórmula da *conditio sine qua* realça a negação da causação do resultado pela condição investigada. A ação não é causal, se for verificado que ocorreria igualmente o resultado jurídico concreto, mesmo sem a sua intervenção.

A doutrina da *conditio sine qua non* apresenta reconhecimento jurisprudencial no cotidiano dos tribunais de vários países, sendo a doutrina dominante como limite máximo de responsabilização do autor da conduta pelo resultado.⁵⁰ A abrangência da explicação cobre ora os crimes comissivos e omissivos, ora apenas os comissivos, v.g., em Portugal,⁵¹

46. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale, parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 159, nm. 4.2.1.

47. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale, parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 159, nm. 4.2.1.

48. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I, p. 324, §5.

49. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I, p. 324, §5.

50. ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. ed. München: CH. Beck Verlag, 2006. v. 1, p. 354, nm. 11. Nesse sentido, encontra-se a denominação questionável de “causalidade natural” ou “causa natural” (STRATENWERTH. *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Straftat*. 3. ed. Bern: Stämpfli Verlag, 2005. v. 1, p. 153, nm. 20; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I, p. 323-324, §6; CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 302, nm. 553; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. p. 140, nm. 54) para referir a espécie de relação causal que poderia ser averiguada pela fórmula da *conditio sine qua non*. Em verdade, a melhor qualificação seria da verificação ontológica ou fenomenológica do nexo de causalidade, abarcando a realidade dos crimes omissivos impróprios.

51. Em relação aos crimes comissivos, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I, p. 323-324, § 4; CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 302, nm. 553; MENDES, Paulo de Sousa; CARMO, José. Um modelo semântico de representação da causalidade e a necessidade de critérios lógico-jurídicos na atribuição da causalidade. *Revista Liberdades*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, n. 15, p. 73-103, p. 76.

Itália,⁵² Alemanha⁵³ e Suíça.⁵⁴ O acolhimento amplo da *conditio sine qua non* pela jurisprudência e doutrina não significa que esteja livre de críticas mesmo nos crimes comissivos.

4.2. A fórmula da "condição conforme a lei" no lugar da *conditio sine qua non*

Karl Engisch foi provavelmente o mais exitoso no apontamento dos limites da doutrina das condições e da fórmula da *conditio sine qua non*, bem como da necessidade do reconhecimento de leis causais para a correta aplicação da fórmula. Engisch afirma que

-
52. Apontando a fórmula da *conditio sine qua non* nos crimes comissivos e omissivos, PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale, parte generale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 386. Em relação aos crimes comissivos, MARINUCCI, Glogio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale, parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 165-166, nm. 4.6.1 e 4.6.2.
53. Amplamente defendido para os crimes comissivos, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5º ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 280; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Auflage des von Otto Schwarz begründeten, in der 23. bis 37. Auflage von Eduard Dreher und in der 38. bis 49. Auflage von Herbert Tröndle bearbeiteten Werks)*. 59. ed. München: Beck, 2012. p. 78, nm. 21. Especificamente, sobre a doutrina dominante em relação aos crimes omissivos, BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und System des Strafrechts, eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen*. 5. ed. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1979. p. 105; VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Berlin: Duncker und Humboldt, 1993., p. 146; PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt: Klostermann, 1993. p. 327; WEIGEND, Thomas. §13 Begehen durch Unterlassen. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar [§§1 bis 31]*. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2007. v. 1, nm. 70, p. 855; KÜHL, Kristian. Vorbemerkung §13. In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: Kommentar, Strafgesetzbuch, Kommentar*. 27. ed. München: Beck, 2011. nm. 12, p. 73. A jurisprudência se orienta pela doutrina das condições nos crimes comissivos e omissivos, assim ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. 3. ed. München: Beck Verlag, 2003. v. 2, § 31, nm. 44, p. 641; WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 57 e 283, nm. 156 e nm. 711.
54. Em relação aos crimes comissivos, com grandes referências a julgados e à literatura suíça, POZO, José Hurtado. *Droit pénal, Partie générale*. Zurich: Schulthess, 2002. v. 2, p. 41-42, nm. 121; STRATENWERTH. *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Straftat*. 3. ed. Bern: Stämpfli Verlag, 2005. v. 1, p. 153, nm. 20 e notas 11 e 12; SEELMANN, Kurt, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4º ed., Basel: Helbing Lichtenhahn, 2009, p. 35; TRECHSEL, Stefan; NOLL, Peter, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeine Voraussetzungen der Strafbarkeit*, 5º ed., Zürich: Schulthess, 1998, p. 88.

a fórmula da *conditio sine qua non* pressuporia como causador exatamente “aquilo que deveria ser primeiramente demonstrado como causal”.⁵⁵ Essa característica da fórmula impediria a correta identificação da causa do resultado, porque a descoberta da condição necessária para a ocorrência do resultado demanda o prévio reconhecimento de leis causais ou leis naturais.⁵⁶

A proposta de Engisch é a substituição da doutrina das condições pela doutrina da condição conforme a lei.⁵⁷ O “conteúdo da condição conforme a lei” seria dado pelas “leis da natureza” que ligam condutas humanas, acontecimentos posteriores e resultados, segundo as quais determinados elementos precedem a existência de outros.⁵⁸ A definição do conceito de “lei da natureza em sentido mais amplo” é fundamental nessa orientação.⁵⁹ Engisch não define se as leis da natureza são “leis de necessidade ou de probabilidade”, mas destaca que devem ser aplicadas com a “maior precisão e rigor possível” considerando o conhecimento existente no momento da apreciação.⁶⁰ O reconhecimento da causalidade da conduta omissiva ocorre tranquilamente no conjunto

55. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 16.

56. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 16 e 20-21. Stella destaca que Engisch teria recuperado o “conteúdo natural” da causalidade ao afirmar a indispensabilidade do conhecimento de leis causais para a verificação da causalidade, STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 2 e 11. Em sentido semelhante, GIMBERNAT ORDEIG, «causalidad en la omisión impropia», p. 46; KORIATH, Heinz. *Kausalität und objektive Zurechnung*. Baden-Baden: Nomos Verlag Gesellschaft, 2007. p. 81.

57. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 13. O pensamento de Engisch é apresentado na doutrina italiana pelo nome “subsunção abaixo das leis”, v.g. STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 1; STELLA, Federico. *Giustizia e modernità, la protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 208-210.

58. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 21.

59. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 23.

60. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 23. A necessidade de utilização do melhor conhecimento disponível no momento da realização do direito não autoriza a suposição de que o omitente já sabia algo que se tornou lei científica posteriormente do fato. A suposição sobre o eventual conhecimento do omitente exige base empírica na forma de indícios.

da compreensão de Engisch.⁶¹ O autor indica que existiria uma causalidade da omissão mesmo para os defensores da fórmula lógica da *conditio sine qua non*, todavia a explicação demandaria a introdução de um “noção de força no conceito causal”.⁶² Engisch compreende corretamente que o conceito de causação excede o parâmetro físico-ativo próprio das “forças reais”, encontrando fundamento na noção global de pertencimento à lei causal.⁶³ Toda vez que a conduta omissiva se situa na reconhecida relação de condicionalidade de resultados conforme a prescrição de uma lei causal, haverá relação de causalidade entre o omitir e o resultado. A fórmula da condição conforme a lei de Engisch frutifica na ciência jurídica contemporânea, ainda que não seja acolhida na sua integralidade. Uma primeira contraposição à natureza da causalidade omissiva destaca a diferença da contribuição causal da ação e da omissão. A conduta ativa “há posto em marcha uma energia” que se concretizou no resultado e a conduta omissiva “poderia haver evitado o resultado”.⁶⁴ Essa crítica baseada no conceito ativo-essencialista de causa privilegia a ação de força – parte positiva da lei causal – em detrimento da compreensão integral dos fenômenos causadores e das particularidades da conduta omissiva. A oposição não atinge a metodologia de verificação da fórmula da *conditio sine qua non*, mas apenas o reconhecimento da equivalência das partes da lei causal. Uma segunda crítica ao método de verificação aponta que a proposta de Engisch pressupõe o conceito de causa como *conditio sine qua non* do resultado.⁶⁵ O procedimento de verificação da condição conforme a lei seria apenas um meio de orientação do juiz na avaliação se a conduta é condição necessária do resultado.⁶⁶ O critério da condição *sine qua non* e o procedimento da condição conforme a lei seriam partes diversas do mesmo fenômeno.⁶⁷

61. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 29.

62. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 31.

63. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 31 e, depois, ENGISCH, Karl. Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug. In: WELZEL, Hans. *Festschrift für Hellmuth von Weber*. Bonn: Ludwig Rohrscheid Verlag, 1963. p. 264 e s.

64. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropria y la llamada ‘omisión por comisión’. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, v. 53, 2000, p. 46.

65. STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 111 e 112.

66. STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 112.

67. Stella denomina como as “duas faces da mesma moeda”, STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 112.

4.3. A fórmula da *conditio sine qua non* limitada ao conhecimento de leis causais

A fórmula da *conditio sine qua non* busca identificar com rigor lógico se a condição é causa do resultado. É por isso que alguns afirmam que se trataria de uma fórmula “vazia”⁶⁸ de substância material, requerendo complementação de conteúdo mediante a verificação empírica do processo de desenvolvimento de fenômenos. A fórmula deve operar com base em leis científicas⁶⁹ ou, ao menos, em “regras de experiência”⁷⁰ para que consiga afirmar o curso de um acontecimento ou a ocorrência da mutação dos estados de determinado fenômeno.

Federico Stella conclui que ambas as orientações apresentam visão incompleta da metodologia de identificação da causalidade, em estudo sobre o debate entre a proposta substitutiva de Engisch e a defesa da fórmula da *conditio sine qua non*. As críticas de Günther Spendel⁷¹ não atacam cabalmente a proposta de Engisch, pois Spendel não teria percebido a relevância da regularidade das leis causais na delimitação das hipóteses de condições necessárias do resultado investigadas.⁷²

O critério da *conditio sine qua non* desempenha papel essencial na avaliação⁷³ se a conduta teria sido “contingentemente necessária” para o resultado concreto mesmo na doutrina de Engisch.⁷⁴ A recusa da fórmula da *conditio sine qua non* não é possível, sob pena da perda do direcionamento lógico da pergunta se a conduta é condição necessária para o resultado em concreto. Essas razões levam ao aproveitamento da elucidação da

68. DONINI, Massimo. La causalità omissiva e l'imputazione 'per l'aumento del rischio': significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè Editore, a. 42, n.1, 1999, p. 47.

69. KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gesellschaft, 2009., p. 296, nm. 16; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. nm. 58, p. 156-157.

70. ENGISCH, Karl. *Vom Weltbild des Juristen*. Heidelberg: Winter, 1950. p. 130; STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 127.

71. SPENDEL, Günther. *Die Kausalitätformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*. Herborn: J. M. Beck, 1948. p. 89-90.

72. STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 114-115.

73. STELLA, Federico. La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi a confronto il pensiero di wright e di mackie. In: STELLA, Federico, I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio. Milano: Giuffrè, 2004. p. 68.

74. STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 112.

necessidade do conhecimento de leis causais de Engisch, a fim de propor metodologia que reúna a fórmula da *conditio sine qua non* com o conhecimento de leis causais, universais e probabilísticas.⁷⁵ Essa proposta de verificação da causalidade atende as peculiaridades das condutas comissivas e omissivas causadoras do resultado.

5. A FÓRMULA DA *CONDITIO SINE QUA NON* NOS CRIMES OMISSIVOS

Há entendimentos que os crimes omissivos impróprios exigiriam a adaptação, “reformulação”,⁷⁶ modificação⁷⁷ ou “inversão”⁷⁸ da fórmula da *conditio sine qua non*.⁷⁹ A verdade é que a fórmula não carece de alteração conforme já apresentado, sendo necessária apenas a superação dos limites compreensivos do paradigma mecânico-essencialista de

-
75. STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 107 e 111-112; STELLA, Federico. *Giustizia e modernità, la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 208; STELLA, Federico. La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi a confronto il pensiero di wright e di mackie. In: STELLA, Federico, I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio. Milano: Giuffrè, 2004. p. 69. No mesmo sentido, especificamente sobre a verificação da causalidade nos crimes omissivos, KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gessellschaft, 2009. p. 296, nm. 16; CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale, parte generale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2007. p. 222; MARINUCCI, Giorio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale, parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 396; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. nm. 58, p. 156-157.
76. MARXEN, Klaus. *Kompaktkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Fälle zur Einführung, Wiederholung und Vertiefung*. München: Beck, 2003. p. 220.
77. JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ªed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996. nm. 3, p. 619; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gessellschaft, 2009. p. 296, nm. 16; HOYER, «Kausalität und/oder Risikoerhöhung», p. 100.
78. FOLTIN, Edgar. *Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Praga: Calve, 1936. p. 48; VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Berlin: Duncker und Humboldt, 1993. p. 147. Vogel ainda ressalta com indicação jurisprudencial que a “opinião totalmente dominante” é de que a causação por omissão é apreensível pela fórmula da *conditio sine qua non* (VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Berlin: Duncker und Humboldt, 1993. p. 147).
79. BEULKE, Werner; BACHMANN, Gregor. Die ‘Lederspray Entscheidung’ BGHSt 37, 106. *Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung*. München: Beck Verlag, 1992. p. 744.

conduta criminal e do conceito de causa vigente no momento de elaboração da doutrina da equivalência das condições.

O sentido e a utilidade atuais do teste da *conditio sine qua non* superaram o entendimento original de condição como força. A compreensão atual dos fenômenos causais reconhece que as condições dos resultados não se limitam apenas ao desempenho de ações de força.⁸⁰ A fórmula poder ser aplicada a outro contexto fenomenológico para o qual o método segue com as mesmas capacidades explicativas. A fenomenologia do não impedimento da ação como condição do resultado já constava entre os casos para o quais foi proposto o método da eliminação mental.

A verificação da causalidade nos crimes omissivos impróprios exige duas fases sucessivas,⁸¹ atentando às duas partes da lei causal: a positiva e a negativa. A primeira fase voltada à parte positiva é igual ao procedimento nos crimes comissivos. A eliminação mental da ação busca descobrir se a ação de força foi realmente condição necessária para a ocorrência da ofensa ao bem jurídico. As hipóteses de ações que devem ser testadas pela fórmula como supostamente causadores do resultado não são infinitas, sendo previamente delimitadas pelo conhecimento de leis causais. A etapa subsequente somente se inicia caso seja confirmado que a ação fora necessária para a causação do resultado.

A segunda fase direcionada à dimensão negativa da lei causal é própria dos crimes omissivos. A finalidade é descobrir se uma hipótese de ação interventiva não praticada teria impedido o resultado e salvaguardado o bem jurídico. A suposta adaptação da fórmula da *conditio sine qua non* estaria localizada nesta fase.

O teste funciona por meio da adição mental de uma ação hipoteticamente capaz de impedir o resultado na descrição do fenômeno causal em concreto.⁸² A ação hipoteticamente devida para evitar o acontecimento concreto decorreria igualmente do prévio

80. ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931. p. 31; ENGISCH, Karl. Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug. In: WELZEL, Hans. *Festschrift für Hellmuth von Weber*. Bonn: Ludwig Rohrscheid Verlag, 1963. p. 264 e s.; PUPPE, Ingeborg. Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, n. 92, 1980, p. 895, 899, 909 e 911; HILGENDORF, Eric. Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des des Lederspray – Urteils. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. München: Beck, 1994. p. 564; ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. 3. ed. München: Beck Verlag, 2003. v. 2, § 31, p. 641, nm. 42.

81. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. nm. 58, p. 156-157.

82. FOLTIN, Edgar. *Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechtes, Allgemeiner Teil*. Praha: Calve, 1936. p. 48.

conhecimento de leis causais.⁸³ Tratam-se dos procedimentos de retirada mental da ação que se concretizou no resultado na primeira fase e de adição mental da ação devida que teria evitado o resultado na segunda.

6. A PROBABILIDADE PRÓXIMA À CERTEZA EXIGIDA PARA A COMPROVAÇÃO DA CAUSAÇÃO DO RESULTADO

O método de verificação causal dos crimes comissivos requer a certeza de que o resultado não teria ocorrido caso a ação não fosse realizada. A certeza é o limite máximo de probabilidade que se traduz numericamente como o coeficiente igual a 1 ou 100%.⁸⁴ O reconhecimento da ontologia da causalidade omissiva não determina que o método de verificação exija certeza igual ao que ocorre nos crimes comissivos.⁸⁵ Isto é, a imputação do resultado ao omitente não precisa a comprovação de que a conduta devida impediria certamente o resultado.

A exigência de probabilidade de 100% (certeza) é criticada em fenômenos omissivos como, v.g., o direito penal médico.⁸⁶ Alguns destacam a importância dos interesses político-criminais de prevenção da lesão ao bem jurídico e de repressão penal por meio dos crimes omissivos.⁸⁷ A proposta político-criminal seria o alargamento do âmbito legítimo de imputação para penalizar condutas seguindo critérios de probabilidade aquém da exigência de certeza. Esses entendimentos negam a ontologia da causalidade omissiva, considerando uma natureza apenas lógica, hipotética, normativa ou irreal. Todavia

83. Por exemplo, em FOLTIN, Edgar. *Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechtes, Allgemeiner Teil*. Praga: Calve, 1936. p. 48.

84. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2006 número 5.152, p. 49.

85. Em sentido contrário, na Alemanha, SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1975. p. 236, nm. 76 e, na Itália, AZZALI, Giampiero. *Il problema della causalità nel diritto penale. L'indice penale*, Padova: Cedam, a. 27, n. 2, 1993, p. 271-272.

86. Vários autores indicam que não há segurança e, sim, apenas probabilidades no âmbito médico, entre eles, VIGANÒ, Francesco. *Riflessioni sulla c.d. 'causalità omissiva' in materia di responsabilità medica*. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, n. 3, 2009, p. 1680. Antes, ressaltando a prevalência de leis estatísticas na biologia, STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 32.

87. Por exemplo, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la omisión impropia y la llamada 'omisión por comisión'*. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, v. 53, 2000, p. 71.

a jurisprudência e a ciência penal dominantes em diversos países não aceitam a imputação do crime consumado alicerçada em simples análises de risco pelo desrespeito ao texto legal.⁸⁸

A questão em aberto é a razão para os fenômenos ativo e passivo não serem verificados com o mesmo rigor já que ambos possuem natureza ontológica da causalidade. A ocorrência de todo resultado natural depende igualmente da ação de uma força e do não impedimento do seu transcurso. A descrição típica das condutas ativa e passiva está fundada respectivamente nas partes ativa e passiva da cadeia causal, sendo o agir baseado em uma força e o omitir no não impedimento do transcurso de uma força.

A resposta da questão está nos limites do método que utiliza a fórmula da *conditio sine qua non* e não na natureza da causalidade omissiva. A constatação de que a ausência de impedimento permitiu que a ação danificasse o bem jurídico é segura depois da ocorrência do resultado em concreto. Agora a constatação de que a ação disponível ao imputado teria efetivamente afastado o perigo ao bem jurídico acrescenta uma variável e diminui a segurança do método.

A pergunta pela causação ativa do resultado se refere ao fenômeno danoso ocorrido concretamente, tendo apenas uma análise hipotética. A pergunta pela causação do resultado pela conduta omissiva é a verificação da eventual evitabilidade do resultado danoso, testando duas análises hipotéticas. A comprovação da omissão causadora do dano inclui duas variáveis: a ação perigosa e a capacidade interventiva do omitente. A introdução hipotética da ação omitida não permite afirmar categoricamente a interrupção do fenômeno perigoso ao bem jurídico. Isto é, qual seria o vetor de força resultante na interação com o bem jurídico, se permaneceria perigoso ou se estaria afastado do âmbito de tutela do bem jurídico.

A incerteza decorre da impossibilidade de afirmar categoricamente qual seria o comportamento de sistemas altamente complexos diante da intervenção de energia. Há atividades nas quais frequentemente falta a cobertura universal das leis científicas capazes de orientar o procedimento de verificação da fórmula da *conditio sine qua non*. Por exemplo, um observador desarmado vê um agressor, acompanhado, agredir fisicamente a vítima. A intervenção do observador eventualmente poderia impedir a continuidade da agressão,

88. KAHLO, Michael. *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichem Begriff. Berlin: Dunc-ker und Humblot, 1990. p. 306, n. 2; PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt: Klostermann, 1993. p. 327 e ss. e 385 e s.; DONINI, Massimo. La causalità omissiva e l'imputazione 'per l'aumento del rischio': significato teórico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipo-tetici. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè Editore, a. 42, n.1, 1999, p. 39; ROMANO, Mario. *Commentario sistematico del Codice penale*, Art. 1 – 84. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2004. v. 1, p. 377, nm. 42.

todavia não há certeza se a tentativa de salvamento seria exitosa sem ser repelida pelos companheiros do agressor. O método de investigação da causalidade do agir e omitir convoca igualmente a análise hipotética. A causação por ação tem a delimitação espaço-temporal nas dimensões da energia de força empreendida. O resultado não ocorreria na sua concreta forma caso fosse retirada mentalmente a ação. Há apenas uma variável que demanda o raciocínio hipotético.

Já a causação por omissão tem a mesma delimitação espaço-temporal da ação, sem que a verificação permita atingir sempre a certeza, pois o procedimento de supressão mental do omitir inclui duas variáveis.⁸⁹ A ação que importa investigar é a que teria impedido o resultado ofensivo no contexto concreto. Primeiramente, é necessário averiguar qual ação culminou no resultado ofensivo e, depois, qual ação possível ao imputado o teria evitado. Há duas variáveis que demandam dois raciocínios hipotéticos, por isso se fala em método duplamente hipotético.

A necessidade do raciocínio duplamente hipotético e a incerteza da efetiva proteção do bem jurídico com a conduta disponível ao imputado impede a obtenção do juízo de certeza probatória. É por isso que a comprovação da causalidade deve alcançar o patamar de alta probabilidade próxima à certeza ou de coeficiente numérico próximo de 100%, conforme a jurisprudência e a ciência penal na Alemanha,⁹⁰ Áustria,⁹¹ Itália,⁹² Portugal⁹³ e Brasil.⁹⁴

89. MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. nm. 58, p. 156-157.

90. Por exemplo, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996. nm. 4, p. 619; NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht, eine Einführung*. 9. ed. Neuwied: Luchterhand, 2000. §7º, p. 292, nm. 267; MARXEN, Klaus. *Kompaktkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Fälle zur Einführung, Wiederholung und Vertiefung*. München: Beck, 2003. p. 220; KÜHL, Kristian. *Strafrecht, Allgemeine Teil*. 5. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2005. p. 583, nm. 36; KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gessellschaft, 2009. p. 296, nm. 14 e 17; WALTER, Tonio. Vorbemerkungen zu den §§13ff. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar* [§§1 bis 31]. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2007. v. 1, p. 752, nm. 86; KÜHL, Kristian. Vorbemerkung §13. In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: Kommentar, Strafgesetzbuch, Kommentar*. 27. ed. München: Beck, 2011. p. 73; FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Auflage des von Otto Schwarz begründeten, in der 23. bis 37. Auflage von Eduard Dreher und in der 38. bis 49. Auflage von Herbert Tröndle bearbeiteten Werks)*. 59. ed. München: Beck, 2012. p. 91, nm. 4.

91. FABRIZY, Ernst Eugen. *Strafgesetzbuch, StGB samt ausgewählten Nebengesetzen; Kurzkommentar; mit einer Einführung und Anmerkungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Schrifttums*. 10. ed. (aufgrund der von Egmont Foregger mitgestalteten 1. bis 7. Aufl.). Wien: Manz, 2010. p. 32-33, nm. 10.

7. CONCLUSÃO

O método de verificação da causalidade conforme a fórmula da *conditio sine qua non*, limitada ao conhecimento de leis causais, orienta melhor a produção probatória e a realização da justiça penal para os crimes de dano ao bem jurídico. As leis causais oferecem referencial material para a utilização da fórmula, indicando hipóteses de eventuais condições essenciais para a causação do resultado. A estrutura lógica do procedimento da supressão mental hipotética da *conditio sine qua non* e o conhecimento das leis científicas causais permitem atender às peculiaridades ontológicas dos crimes ativos e omissivos de dano.

O procedimento lógico de investigação da causalidade é hipotético (uma pergunta) nos crimes comissivos de dano e duplamente hipotético (duas perguntas

-
92. A jurisprudência utiliza a expressão “alto grau de credibilidade racional” (CRESPI, Alberto; FORTI, Gabrio; ZUCCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al Codice penale, complemento giurisprudenziale*. 14. ed. Padova: Cedam, 2013. p. 207). A doutrina denomina como “grau elevado de credibilidade racional” (STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 315), “alto grau de probabilidade nos limites da certeza” (MARINUCCI, Gogio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale, parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 184, nm. 10.5.2, MARINUCCI, Gogio; DOLCINI, Emilio, *Codice penale commentato, Artt. 1 – 240*, 3º ed., Milano: Ipsoa, 2011, v.3, , p. 401), “probabilidade próxima à certeza” (CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale, parte generale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2007. p. 222; NISCO, Attilio. *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale, Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna: Bononia Univ. Press, 2009. p. 307; SUMMERER, Kolis. *Causalità ed evitabilità, formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*. Pisa: Edizioni ETS, 2013. p. 131), “doutrina da certeza atenuada” (BLAIOTTA, Rocco. *Causalità Giuridica*. Torino: G. Giappichelli editore, 2010. p. 259) e “elevada probabilidade” (MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 2011. nm. 58, p. 155 e 157), STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975. p. 315.
93. VELOSO, José Antonio, *Apontamentos sobre omissão, Direito Penal*, Lisboa: Associação acadêmica da Faculdade de Lisboa, 1993. v. 1, p. 9. Reconhecendo ser essa doutrina e a jurisprudência dominante em diversos países, LEITE, André Lamas. As “posições de garantia” na omissão impura, em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 102. Em sentido contrário, defendendo uma análise da diminuição do risco, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I, 38º Cap., p. 931, §10.
94. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 45.

sucessivas) nos crimes omissivos de dano. Nos crimes comissivos, a pergunta é se o resultado teria ocorrido mesmo diante da hipótese de supressão mental da conduta ativa. Nos crimes omissivos, a primeira pergunta é se o resultado teria acontecido diante da hipótese de supressão mental de uma determinada força. A segunda é se o destinatário da norma poderia realizar alguma ação impeditiva da ocorrência do resultado.

8. BIBLIOGRAFIA

- ALLEN, Michael J. *Textbook on criminal law*. 11. ed. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- ANTOLISEI, Francesco. *Il rapporto di causalità nel diritto penale*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1960.
- AZZALI, Giampiero. Il problema della causalità nel diritto penale. *L'indice penale*, Padova: Cedam, a. 27, n. 2, p. 249-272, 1993.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- BAUMANN, Jürgen, *Grundbegriffe und System des Strafrechts, eine Einführung in die Systematik an Hand von Fällen*. 5. ed. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1979.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- BEULKE, Werner; BACHMANN, Gregor. Die 'Lederspray Entscheidung' BGHSt 37, 106. *Juristische Schulung, Zeitschrift für Studium und Ausbildung*. München: Beck Verlag, 1992.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BLAIOTTA, Rocco. *Causalità Giuridica*. Torino: G. Giappichelli editore, 2010.
- BRITO, José Inácio Climaco de Souza e. *Estudos para a dogmática do crime omissivo*. Lisboa: Policopiado, 1965.
- BRONZE, Fernando José. Alguns marcos do século na história do pensamento metodológico-jurídico. *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo, Coimbra: Coimbra editora, p. 151-177.
- BURI, Maximilian. Über Theilnahme am Verbrechen mit Beurtheilung von Th. R. Schüze Prof. d. R. zu Kiel: die nothwendige Theilnahme am Verbrechen Leipzig 1869. *Der Gerichtssaal*, Erlangen: Verlag von Ferdinand Enke, v. 22, p. 1-53, 81-123, 221-244, 275-288, 1870.
- BURI, Maximilian. Zur Lehre von der Tödtung. *Archiv für gemeines deutsches und für preußisches Strafrecht*, Berlin: Decker, v. 11, p. 753-765 e 797-806, 1863.
- CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. *Elementi di diritto penale, parte generale*. 3. ed. Padova: Cedam, 2007.

- CARVALHO, Américo Taipa de. *Direito penal: parte geral, questões fundamentais, Teoria geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- COSTA, José de Faria. Consenso, verdade e direito penal. In: COSTA, José de Faria, *Linhas de direito penal e de filosofia, alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra editora, 2005.
- COSTA, José de Faria. Construção e interpretação do tipo legal de crime à luz do princípio da legalidade duas questões ou um só problema? *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra: Coimbra Editora, n. 3933, p. 354-364, 2002.
- COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- COSTA, José de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: um lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: COSTA, José de Faria. *Linhas de direito penal e de filosofia, alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra editora, 2005.
- COSTA, José de Faria. *Noções fundamentais de direito penal, Fragmenta iuris poenalis*, 3º ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012
- CRESPI, Alberto; FORTI, Gabrio; ZUCALÀ, Giuseppe. *Commentario breve al Codice penale, complemento giurisprudenziale*. 14. ed. Padova: Cedam, 2013.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito processual penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal, parte geral, questões fundamentais da doutrina do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. I.
- DONINI, Massimo. La causalità omissiva e l'imputazione 'per l'aumento del rischio': significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Giuffrè Editore, a. 42, n.1, p. 32-85, 1999.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. *Omisión y injerencia en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- ENGISCH, Karl. *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1931.
- ENGISCH, Karl. *Vom Weltbild des Juristen*. Heidelberg: Winter, 1950.
- ENGISCH, Karl. Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug. In: WELZEL, Hans. *Festschrift für Hellmuth von Weber*. Bonn: Ludwig Rohrscheid Verlag, 1963.
- FABRIZY, Ernst Eugen. *Strafgesetzbuch, StGB samt ausgewählten Nebengesetzen; Kurzkommentar*; mit einer Einführung und Anmerkungen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes und des Schrifttums. 10. ed. (aufgrund der von Egmont Foregger mitgestalteten 1. bis 7. Aufl.). Wien: Manz, 2010.

- FISCHER, Thomas. *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (Auflage des von Otto Schwarz begründeten, in der 23. bis 37. Auflage von Eduard Dreher und in der 38. bis 49. Auflage von Herbert Tröndle bearbeiteten Werks)*. 59. ed. München: Beck, 2012.
- FOLTIN, Edgar. *Grundzüge des tschechoslowakischen Strafrechtes, Allgemeiner Teil*. Praga: Calve, 1936.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal, abordagem conforme a constituição federal e o pacto de São José da Costa Rica; casos da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF São Paulo*: Ed. Atlas, 2014.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. La causalidad en la omisión impropia y la llamada ‘omisión por comisión’. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid: Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, v. 53, p. 29-132, 2000.
- GLASER, Julius. *Abhandlungen aus dem oesterreichen Strafrecht*. Wien: Tendler, 1858.
- HART, Herbert Lionel Adolphus; HONORÉ, Tony. *Causation in the law*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- HEIDEGGER, Martin. *Língua de tradição e língua técnica*. Trad. Mario Botas. Lisboa: Vega, 1995.
- HILGENDORF, Eric. Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des des Lederspray – Urteils. *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. München: Beck, 1994.
- HIPPEL, Robert. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: Springer, 1932.
- HOYER, Andreas. Kausalität und/oder Risikoerhöhung. In: ROGALL, Klaus; PUPPE, Ingeborg; STEIN, Ulich; WOLTER, Jürgen. *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag*, Neuwied: Luchterhand, 2004.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. 2. ed. Berlin: Walter de Gruyter, 1991.
- JAKOBS, Günther. Strafrecht als wissenschaftliche Disziplin. In: ENGEL, Christoph; SCHÖN, Wolfgang. *Das Proprium der Rechtswissenschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5ªed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.
- KAHLO, Michael. *Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten*. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Kausalität menschlichen Handelns und deren strafrechtlichen Begriff. Berlin: Duncker und Humblot, 1990.
- KINDHÄUSER, Urs. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 4. ed. Baden-Baden: Nomos-Verlag-Gessellschaft, 2009.
- KINDHÄUSER, Urs. Zurechnung bei alternativer Kausalität. *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg: Decker, v. 10, p. 134-148, 2012.

- KNOCHE, Wolfgang. *Die Entwicklung der Lehre vom Kausalzusammenhang im Zivil- und Strafrecht*, (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der juristischen Doktorwürde), Marburg, 1959.
- KORIATH, Heinz. *Kausalität und objektive Zurechnung*. Baden-Baden: Nomos Verlag Gesellschaft, 2007.
- KÜHL, Kristian. *Strafrecht, Allgemeine Teil*. 5. ed. München: Verlag Franz Vahlen, 2005.
- KÜHL, Kristian. Vorbemerkung §13. In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian. *Strafgesetzbuch: Kommentar, Strafgesetzbuch, Kommentar*. 27. ed. München: Beck, 2011.
- KÜHL, Kristian. §13 Begehen durch Unterlassen. In: LACKNER, Karl; KÜHL, Kristian, *Strafgesetzbuch: Kommentar, Strafgesetzbuch, Kommentar*. 27. ed. München: Beck, 2011.
- LEITE, André Lamas. As “posições de garantia” na omissão impura, em especial, a questão da determinabilidade penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- LISZT, Franz. *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*. 3. ed. Berlin: Guttentag, 1888.
- LOPES, Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale, Parte generale*. 7. ed. Padova: Cedam, 2011.
- MARINUCCI, Gogio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale, parte generale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2006.
- MARINUCCI, Gogio; DOLCINI, Emilio, *Codice penale commentato, Artt. 1 – 240*, 3º ed., Milano: Ipsoa, 2011, v.3.
- MARXEN, Klaus. *Kompaktkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Fälle zur Einführung, Wiederholung und Vertiefung*. München: Beck, 2003.
- MENDES, Paulo de Sousa; CARMO, José. Um modelo semântico de representação da causalidade e a necessidade de critérios lógico-jurídicos na atribuição da causalidade. *Revista Liberdades*, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2014, n. 15, p. 73-103.
- MEZGER, Edmund. *Strafrecht, ein Lehrbuch*. 3. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1949.
- MEZGER, Edmund; BLEI, Hermann. *Strafrecht, ein Studienbuch, Allgemeiner Teil*. München: Beck Verlag, 1970. v. 1.
- MOORE, Michael S. *Causation and responsibility, an essay in law, morals, and metaphysics*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- NAUCKE, Wolfgang. *Strafrecht, eine Einführung*. 9. ed. Neuwied: Luchterhand, 2000.
- NEGRÃO, Maria do Céu Rueff de Saro. Sobre a omissão impura no actual código penal português e em especial sobre a fonte do dever que obriga evitar o resultado. *Separata da Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 25 e 26, p. 3-68, 1986.

- NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica, problemas fundamentais, Studia Iuridica*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- NISCO, Attilio. *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale, Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, Bologna: Bononia Univ. Press, 2009.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di diritto penale, parte generale*. 8. ed. Milano: Giuffrè, 2003.
- PIERANGELI, José Henrique. *Código Penal: comentado artigo por artigo*. São Paulo: Ed. Verbatim, 2013.
- POZO, José Hurtado. *Droit pénal, Partie générale*. Zurich: Schulthess, 2002. v. 2.
- PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko, Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt: Klostermann, 1993.
- PUPPE, Ingeborg. Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Berlin: De Gruyter, n. 92, p. 863-911, 1980.
- PUPPE, Ingeborg. Vorbemerkungen zu §§13ff. In: KINDHÄUSER, Urs; NEUMANN, Ulfrid; PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Strafgesetzbuch [§§ 1-145d]*. 3. ed. Baden-Baden: Nomos, 2010. v. 1.
- RITTLER, Theodor. *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*. Wien: Springer, 1933. v. 1.
- ROMANO, Mario. *Commentario sistematico del Codice penale, Art. 1 – 84*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2004. v. 1.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Besondere Erscheinungsformen der Straftat*. 3. ed. München: Beck Verlag, 2003. v. 2.
- ROXIN, Claus. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenlehre*. 4. ed. München: CH. Beck Verlag, 2006. v. 1.
- RUIVO, Marcelo. *O fundamento e a metódica de verificação da causalidade na omissão imprópria*. Tese (Doutorado em Ciência Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016.
- SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal, Parte geral*. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard. *Strafrecht, Allgemeiner Teil*. 2. ed. Tübingen: Mohr, 1975.
- SEELMANN, Kurt, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4º ed., Basel: Helbing Lichtenhahn, 2009.
- SIMESTER, A. P.; SPENCER, J. R.; SULLIVAN, G. R.; VIRGO, G. J., *Simester and Sullivan's criminal law, theory and doctrine*. 4. ed. Oxford: Hart, 2010.
- SPENDEL, Günther. *Die Kausalitätformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, Eine kritische Untersuchung der Conditio-sine-qua-non-Formel im Strafrecht*. Herborn: J. M. Beck, 1948.

- STELLA, Federico. *Giustizia e modernità, la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002.
- STELLA, Federico. La vitalità del modello della sussunzione sotto leggi a confronto il pensiero di wright e di mackie. In: STELLA, Federico, I saperi del giudice. La causalità e il ragionevole dubbio. Milano: Giuffrè, 2004.
- STELLA, Federico. *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale, il nesso di condizionamento fra azione ed evento*, Milano: Giuffrè, 1975.
- STRATENWERTH. *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Straftat*. 3. ed. Bern: Stämpfli Verlag, 2005. v. 1.
- STÜBEL, Christoph Carl. *Ueber die Theilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, ein Beitrag zur Criminalgesetzgebung und zur Berichtigung der in den Criminalgerichten geltenden Grundsätze*. Dresden: Hilscher, 1828.
- SUMMERER, Kolis. *Causalità ed evitabilità, formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*. Pisa: Edizioni ETS, 2013.
- TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.
- VELOSO, José Antonio, *Apontamentos sobre omissão, Direito Penal*, Lisboa: Associação académica da Faculdade de Lisboa, 1993. v. 1.
- VIGANÒ, Francesco. Riflessioni sulla c.d. 'causalità omissiva' in materia di responsabilità medica. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, n. 3, p. 1679-1725, 2009.
- VOGEL, Joachim. *Norm und Pflicht bei unechten Unterlassungsdelikten*, Berlin: Berlin: Duncker und Humbolt, 1993.
- WALTER, Tonio. Vorbemerkungen zu den §§13ff. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar [§§1 bis 31]*. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2007. v. 1.
- WEIGEND, Thomas. §13 Begehen durch Unterlassen. In: LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm; RISSING-VAN SAAN, Ruth; TIEDEMANN, Klaus, *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, Großkommentar [§§1 bis 31]*. 12. ed. Berlin: De Gruyter, 2007. v. 1.
- WESSELS, Johannes; BEULKE, Werner. *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*. 41. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2011.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus, Tagebücher 1914-1916, Philosophische Untersuchungen*. Frankfurt: Suhrkamp Verlag, 2006.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas

- Aspectos polêmicos dos crimes omissivos, de Fábio Motta Lopes – *RBCCrim* 75/9-38 (DTR\2008\662);
- Direito humano à prova e os standards probatórios nos processos penais, de João Paulo Kulczynski Forster, José Eduardo Aidikaitis Previdelli e Grazielle Silva Costanza – *RBCCrim* 160/147-176 (DTR\2019\40095); e
- Teoria da prova: *standards* de prova e os critérios de solidez da inferência probatória, de Humberto Ávila – *RePro* 282/113-139 (DTR\2018\18219).

DISPENSABILIDADE DA PRISÃO–CAPTURA NO FLAGRANTE DE DELITOS AMBIENTAIS

DISPENSABILITY OF CATCH-PRISON IN THE FLAGRANT OF ENVIRONMENTAL OFFENSES

OLIVALDI ALVES BORGES AZEVEDO

Mestre Profissional em Conservação de Fauna pela Universidade Federal de São Carlos (2018). Especialista em Gestão e Manejo Ambiental em Sistemas Florestais pela Universidade Federal de Lavras (2003). Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (1994) e em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto (2005). Professor de Direito Ambiental do Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP). Major da Polícia Militar Ambiental do Estado de São Paulo.

ORCID: 0000-0002-4418-0504

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4386126249824674>

olivaldi@unirp.edu.br

ALEXANDRE AUGUSTO COSTA

Doutor em Ecologia e Recursos Naturais pela Universidade Federal de São Carlos (2013). Mestre em Ciências pela Universidade de São Paulo (2002). Bacharel em Ciências Biológicas pela Universidade Federal de Uberlândia (1999) e em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" (2008). Professor de Direito Ambiental, Direito Civil, Direito Penal e Medicina Legal do Centro Universitário de Rio Preto (UNIRP). Perito Criminal da Polícia Científica do Estado de São Paulo.

ORCID: 0000-0001-9855-6768

Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5411972346395539>

aleaugustoc@gmail.com

Recebido em: 11.02.2020

Aprovado em: 11.04.2020

Última versão dos autores: 27.04.2020

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Ambiental

RESUMO: A dignidade da pessoa humana representa um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, no qual se constitui a República Federativa do Brasil, encontrando no princípio da presunção de inocência um de seus corolários. Desse modo, as modalidades de prisão cautelar

ABSTRACT: The dignity of the human person represents one of the foundations of the Democratic State of Law in which the Federative Republic of Brazil is constituted, finding in the principle of presumption of innocence one of its corollaries. Thus, the modalities of precautionary arrest are

legitimam-se tão somente nas hipóteses de extrema excepcionalidade que garantam o justo andamento da persecução criminal. A prisão em flagrante delito, entendida por parte dos doutrinadores como medida pessoal de natureza precautelar, tem, por finalidade, a interrupção da atividade criminosa e, com isso, visa impedir que o crime produza consequências ulteriores. Ancorando-se na natureza dos delitos ecológicos, na eficiência saneadora das sanções administrativas, bem como na culpabilidade e no perfil dos infratores ambientais, discute-se a legitimidade da prisão-captura daquele que se encontra em flagrante delito ambiental, propondo-se alteração legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Flagrante – Crime – Processo penal – Infrator – Responsabilidade.

only legitimate in the hypotheses of extreme exceptionality that guarantee the proper progress of criminal prosecution. The arrest in flagrante offense, understood by the indoctrinators as a personal precautionary measure, has the purpose of stopping the criminal activity and, thus, aims to prevent the crime from producing further consequences. Anchored in the nature of ecological offenses, the remedial efficiency of administrative sanctions, as well as the culpability and profile of environmental offenders, the legitimacy of the arrest-capture of those who are caught in the environmental crime is discussed, proposing legislative amendment.

KEYWORDS: Flagrant – Crime – Criminal prosecution – Offender – Responsibility.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breve histórico da origem dos tipos penais ambientais. 3. Potencial lesivo dos crimes ambientais da Lei 9.605/1998 e suas consequências jurídicas. 4. Culpabilidade nos crimes ambientais. 5. Perfil do infrator ambiental: antecedentes criminais. 6. A prisão em flagrante delito e os crimes ambientais. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Até o advento da Lei 9.605/1998, as condutas lesivas ao meio ambiente eram consideradas infrações administrativas, contravenções penais ou crimes de menor importância. Ocorre que, no anseio de satisfazer mandado constitucional de criminalização (art. 225, § 3º, da Constituição Federal), os dispositivos legais de proteção do bem jurídico ambiental, até então dispersos na legislação pátria, foram, em sua maioria, compilados na Lei 9.605/1998 e elevados à condição de crimes, não raras vezes mantendo-se integralmente a redação original, sem qualquer ajuste necessário a conformar-se às singularidades do direito penal.

Não bastasse, o modo irreflexivo de construção dos tipos penais ambientais impôs uma demanda operacional extraordinária aos órgãos de fiscalização. Isso porque, na pretérita condição de meras infrações administrativas ambientais, incumbia aos órgãos de fiscalização a lavratura do respectivo auto e a instauração do devido processo administrativo com a finalidade precípua de viabilizar a imposição de penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento de tais medidas necessárias à preservação ou

correção da degradação ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, IX, da Lei 6.938/1981).

Já na vigência da Lei 9.605/1998, embora ainda reste aos órgãos de fiscalização ambiental, por força dos arts. 70 a 76, a adoção das medidas necessárias à verificação da responsabilidade administrativa, se a conduta também configurar, em tese, um crime ambiental, a *notitia criminis* deve ser levada ao conhecimento da autoridade policial cuja atribuição consiste na apuração de infrações penais (art. 144, § 4º, da Constituição Federal, art. 4º, *caput*, do Decreto-Lei 3.389/1941 – Código de Processo Penal e art. 2º da Lei 12.830/2013).

Conforme disciplina o art. 6º, V e VI, da Lei 6.938/1981, a fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental é atribuição dos órgãos seccionais e órgãos locais do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), nas suas respectivas circunscrições. De acordo com o art. 70, § 1º, da Lei 9.605/1998, são autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

Ocorre que, à semelhança de outras unidades da Federação, no estado de São Paulo, por força do disposto no art. 195, parágrafo único, da Constituição Estadual¹ e no art. 144, *caput*, do Decreto Estadual Paulista 54.653/2009², compete principalmente às unidades de policiamento ambiental, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, a repressão das infrações administrativas cometidas contra o meio ambiente.

Dessa forma, além da lavratura do auto de infração ambiental e aplicação das sanções administrativas correspondentes, na hipótese de a conduta redundar em crime ambiental, configura-se, consoante parte final do art. 301 do Código de Processo Penal, o que a doutrina denomina flagrante obrigatório, devendo o policial militar proceder à prisão em flagrante delito do infrator ambiental e sua imediata apresentação à autoridade policial para que sejam adotadas as medidas legais baseadas no juízo técnico-jurídico competente (art. 304, *caput*, do Código de Processo Penal).

1. Art. 195, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo – O sistema de proteção e desenvolvimento do meio ambiente será integrado pela Polícia Militar mediante suas unidades de policiamento florestal e de mananciais, incumbidas da prevenção e repressão das infrações cometidas contra o meio ambiente, sem prejuízo dos corpos de fiscalização dos demais órgãos especializados.
2. Artigo 144, *caput*, do Decreto Estadual 54.653/2009 – A fiscalização de infrações contra o meio ambiente será realizada de forma integrada pelo Departamento de Fiscalização e Monitoramento, da Coordenadoria de Biodiversidade e Recursos Naturais – CBRN, pelas unidades de policiamento ambiental, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, e pela CETESB – Companhia Ambiental do Estado de São Paulo, de acordo com suas respectivas atribuições e competências legais.

Contudo, empregando-se as regras hermenêuticas legais, doutrinárias e jurisprudenciais³, bem como o levantamento e a análise de dados, pretende-se, com base no método de abordagem dedutiva⁴, demonstrar que, à luz da construção histórica dos tipos penais ambientais, das consequências jurídicas decorrentes da reduzida ofensividade atribuída pelo legislador infraconstitucional aos crimes ambientais, bem como pelo perfil do infrator ambiental e pela eficácia das medidas administrativas no saneamento de atividades em desacordo com a proteção do bem jurídico ambiental, carece de legitimidade, perante os princípios e garantias do Estado Democrático de Direito, a prisão-captura no flagrante de delitos ambientais.

2. BREVE HISTÓRICO DA ORIGEM DOS TIPOS PENAIS AMBIENTAIS

Ao mesmo tempo que, de um lado, o histórico da legislação protetiva ambiental evidencia forte tendência penalizadora, de outro, denota marcante oscilação entre a administrativização do direito penal e a incriminação exacerbada.

Sobre a origem dos crimes ambientais, lucidamente se manifestam Edis Milaré, Fernando José da Costa e Paulo José da Costa Júnior:

“O direito penal, quando se propôs a proteger o meio ambiente, buscou no direito administrativo fecundo campo de normas que proibiam condutas lesivas ao meio ambiente. Findou por atribuir-lhes penas, tornando-as criminosas. Assim, resta motivada, mas não justificada, o sem número de disposições penais que mais parecem proteger o desrespeito ao direito administrativo do que o meio ambiente propriamente dito.”⁵

Embora o histórico dos crimes ambientais não seja o objetivo deste trabalho, mostra-se importante pontuar aspectos evolutivos de alguns delitos pretéritos que guardam correspondência com os atualmente vigentes⁶.

Os tipos penais dotados de objetos materiais relacionados à fauna e à flora remontam à década de 1930. O Decreto 23.672, de 02 de janeiro de 1934, instalou o Código de Caça

3. MARQUES, Alberto. *Roteiro de hermenêutica: técnicas para interpretar o direito e construir argumentações jurídicas convincentes*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 73.

4. MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

5. MILARÉ, Édis; COSTA, Fernando José da; COSTA-JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 52.

6. Para uma análise mais aprofundada do tema: AZEVEDO, Olivaldi Alves; COSTA, Alexandre Augusto. A fragilidade da tutela penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado em face da defectibilidade dos tipos penais ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 95, 2019. p. 10-128.

e Pesca com a finalidade de incriminar condutas exploratórias das faunas silvestre e de peixes, respectivamente, ora atribuindo o *status* de crimes, ora de contravenções. Assim, por exemplo, os crimes previstos no art. 189 e respectivas alíneas do citado dispositivo legal puniam o “emprego de dinamite ou de outro qualquer explosivo”; “de substâncias venenosas ou entorpecentes” ou causar “dano aos viveiros ou tanques de criação, de qualquer natureza, bem como aos parques de reserva e refúgio”.

De outra sorte, condutas como pescar “com redes ou aparelhos de qualquer natureza nas entradas das lagôas” ou “com redes ou aparelhos de arrasto de qualquer espécie, tipo ou denominação, na pesca interior ou litorânea” eram consideradas contravenções (art. 24 c/c 190 do Decreto 23.672/1934). Igualmente, a norma em apreço reputava como contravenção a caça quando, por exemplo, praticada “nos imóveis do domínio público” (art. 128, *b*); “em imóveis do domínio privado, sem autorização do proprietário ou seu representante” (art. 128, *c*); “nas zonas urbanas e suburbanas” (art. 128, *e*); “com visgos, esparrelas, alçapões, arapucas, gaiolas com chamarizes; com explosivos ou venenos, com armas que surpreendam a caça, bem, como, à noite com faróis, fachos, etc.” (art. 128, *f*). Incluíam-se nas contravenções do referido decreto, ainda, a “venda de aves canóras, de ornamentação e de todo o qualquer outro animal silvestre” (art. 129, *a*); “a venda de caça viva ou morta, ou de seus derivados, durante o período de proteção” (art. 129, *b*); ou “a destruição de ninhos, aves e filhotes” (art. 129, *c*).

O Código Florestal instituído pelo Decreto 23.793/1934 trazia, por sua vez, razoável quantidade de crimes, tais como o emprego de “fogo em florestas do domínio público, ou da propriedade privada” (art. 83, *a*) ou a imposição de “damno aos parques nacionais, estaduais ou municipais, e às florestas protectoras e remanescentes” (art. 83, *c*). Em contrapartida, o mesmo Código considerava contravenção as condutas de “penetrar, sem licença previa, e expressa da autoridade competente, em florestas do domínio público, ou de propriedade alheia, conduzindo machina, ou instrumento destinado ao corte de árvores, colheita de produtos, ou reparo de sub-productos florestaes” (art. 87, *c*), “matar, lesar, ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos, ou em propriedade privada alheia” (art. 87, *d*) ou, ainda, “extrahir de florestas de domínio publico, sem previa autorização, pedra, areia, cal ou qualquer outra especie de mineraes” (art. 87, *e*).

Adiante, na década de 1960, o tratamento legislativo dispensado à proteção dos bens ambientais, mesmo que de maneira fragmentária e dispersa, ganhou força com as reedições dos Códigos Florestal (Lei 4.771/1965), de Caça (Lei 5.197/1967), de Pesca (Decreto-Lei 221/1967) e de Mineração (Decreto-Lei 227/1967).

O Código Florestal, Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965, dispensou aos crimes da lei anterior tratamento de contravenções penais, elencando-as no art. 26. Dessa forma, por exemplo, o emprego do fogo considerado crime no código revogado de 1934, foi tratado como mera contravenção penal no art. 26, *e*, da Lei 4.771/65. Os danos impostos aos parques, igualmente tornaram-se contravenção no art. 26, *d*, da Lei 4.771/1965. Ressalta-se, contudo, a permanência de muitas contravenções já existentes no Código de 1934,

como maus-tratos às plantas de ornamentação pública e a extração de minerais (art. 26, o, n, da Lei 4.771/1965).

Os reeditados Códigos de Pesca e de Caça também trouxeram modificações. Ainda que a contravenção de pescar com explosivos e substâncias tóxicas tenha se transformado em crime, vislumbrou-se, no texto do novo Código de Pesca, acentuada tendência à descriminalização, uma vez que as outras contravenções penais converteram-se em meras infrações administrativas. Já o Código de Caça manteve as anteriores e ampliou sobremaneira o rol de novas contravenções penais, enquanto o de Código de Mineração apenas criou sanções administrativas.

Em virtude da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo entre 05 e 16 de junho de 1972, houve tomada de consciência internacional acerca da importância do meio ambiente, inspirando profundamente o ordenamento jurídico nacional no tocante à proteção ambiental. Assim, a Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente, surgiu como evidente exemplo da consciência ecológica que já permeava as leis brasileiras e que balizaria uma nova ordem constitucional em relação ao tratamento das questões relacionadas à conservação dos recursos naturais com mudança de um paradigma econômico para outro de viés predominantemente ecológico.

Nesse sentido, a década de 1980 trouxe modificações substanciais no tratamento penal da legislação ambiental brasileira, com significativo recrudescimento das punições de atos lesivos à ictiofauna e à fauna silvestre previstos, respectivamente, nos Códigos de Pesca e de Caça. Foi, por exemplo, sob influência do Princípio 7 da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano⁷ que surgiu a Lei 7.643/1987, com punição de dois a cinco anos de reclusão à pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional, de toda espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras.

Às vésperas da promulgação da Carta Magna de 1988 e no esteio de um tratamento penal mais gravoso às atividades lesivas ao meio ambiente, a Lei 7.653, de 12 de fevereiro de 1988, transformou todas as contravenções do Código de Caça em crimes inafiançáveis, modificando sensivelmente a forma processual dispensada aos caçadores ou utilizadores da fauna silvestre.

Como bem analisado por Luciana Caetano da Silva: “Esse excesso de criminalização, bem como a inversão de valores – como o de considerar inafiançáveis os delitos praticados contra a fauna silvestre – gerou muita polêmica e crítica não só por parte da doutrina como também da sociedade.”⁸

7. Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano, Princípio 7 – Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam pôr em perigo a saúde do homem, os recursos vivos e a vida marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar.

8. SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. p. 110.

A Lei 7.653/1988 ainda inseriu o art. 27, § 3º, da Lei 5.197/1967, considerando como inafiançável o crime de pesca predatória, assim entendida como aquela praticada com “instrumento proibido, explosivo, erva ou substância química de qualquer natureza”. No entanto, a inafiançabilidade do crime de pesca predatória não perdurou, tendo em vista que, em 23 de novembro de 1988, praticamente nove meses após a vigência da Lei 7.653/1988, foi editada a Lei 7.679, que manteve como crime a pesca “com explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante” (art. 1º, IV, *a*) ou com “substância tóxica” (art. 1º, IV, *b*), mas reduziu sensivelmente a pena para “reclusão de três meses a um ano” (art. 8º).

Com a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, o meio ambiente ecologicamente equilibrado atingiu *status* de bem jurídico constitucional e o art. 225, § 3º, da Carta Magna consolidou a pretensão punitiva das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, sujeitando os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

O tratamento constitucional da matéria ambiental inspirou a publicação de leis ordinárias, algumas das quais criminalizando condutas nocivas ao meio ambiente. Foi o caso da Lei 7.802, de 11 de julho de 1989, que, ao disciplinar o uso de agrotóxicos, instituiu como criminoso a conduta de quem produz, comercializa, transporta, aplica ou presta serviços na aplicação de agrotóxicos, descumprindo as exigências regulamentadas por lei, decretos ou normas infralegais, ainda que culposamente, e impôs, como pena, reclusão de dois a quatro anos. Posteriormente, a Lei 9.974, de 06 de junho de 2000, inseriu no citado tipo penal a conduta de destinar irregularmente as embalagens de agrotóxicos.

A Lei 7.804, de 18 de julho de 1989, também inspirada na nova ordem constitucional, modificou o art. 15 da Lei 6.938/1981, o qual passou a prever como crime apenado com reclusão de um a três anos a conduta do poluidor que expõe a perigo a incolumidade humana, animal ou vegetal, ou que estiver tornando mais grave situação de perigo existente. Publicada no mesmo dia, a Lei 7.805/1989 definiu no art. 21 o crime de extração de minerais sem a devida permissão, concessão ou licença.

Entretanto, foi a partir da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que efetivamente concretizou-se o mandato constitucional de repressão penal às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Em síntese, evidencia-se na referida lei, de um lado, a derrogação tácita de muitos delitos ambientais, enquanto que, de outro, a elevação à condição de crime para muitas condutas anteriormente consideradas apenas infrações administrativas. Dessa forma, as contravenções penais elencadas no Código Florestal transformaram-se em crimes, os crimes inafiançáveis do Código de Caça receberam *status* de crimes de menor potencial ofensivo, os atos de pesca tidos como infrações administrativas sofreram alteração textual e passaram a ser admitidos como crimes. O crime de pesca predatória, então inafiançável, passou a conceber fiança e, por fim, o delito relacionado à poluição recebeu nova redação e aumento da sanção penal.

Referindo-se a tais transformações, Érika Mendes de Carvalho destaca:

“Várias das infrações penais praticadas contra o patrimônio florístico previstas na Lei 9.605/98 denotam marcante influência administrativista em seara penal ambiental, isto é, são em verdade infrações de caráter administrativo que foram penalmente sancionadas pelo legislador de 1998. [...] A exigência de criminalização das condutas lesivas ao meio ambiente, [...] não pode dar lugar à conversão automática e desmedida de infrações nitidamente administrativas em delitos, como se depreende do exame do atual diploma.”⁹

Conforme José Luiz Bednarski, “a Lei 9.605/98 repetiu deslize cada vez mais frequente na atividade legislativa: querer fazer do Direito Penal a solução para todos os males da sociedade”.¹⁰ Não obstante a pertinente observação de Bednarski, em verdade, a lei de crimes ambientais acompanhou o modelo histórico da legislação ambiental brasileira fundada na constante construção de tipos penais voltados à proteção dos recursos naturais.

A título de exemplo, a pesca com aparelhos proibidos era considerada contravenção com prisão de dois a seis meses pelo Decreto 23.672/1934, infração administrativa pela Lei 7.679/1988 e crime com detenção de um a três anos pela Lei 9.605/1998. Pescar mediante a utilização de explosivos ou substâncias tóxicas era conduta reputada crime com prisão de até dois anos no Decreto 23.672/1934, continuou sendo crime sob a ótica do Decreto-Lei 221/1967, tornou-se crime inafiançável com reclusão de um a três anos por força da Lei 5.197/1967, modificada pela Lei 7.653/1988 e, na vigência da Lei 9.605/1998, manteve a condição de crime com pena de um a três anos, porém agora com detenção e sujeito à fiança.

O comércio de animais silvestres e a destruição de ninhos eram, segundo dispunha o Decreto 23.672/1934, práticas declaradas contravenções com prisão de seis meses a um ano, crimes inafiançáveis com reclusão de dois a cinco anos ante o estabelecido pelas Leis 5.197/1967 e 7.653/1988, configurando-se na Lei 9.605/1998 como crime de menor potencial ofensivo com detenção de seis meses a um ano.

Do mesmo modo, empregar fogo em florestas era, de acordo com o Decreto 23.793/1934, conduta criminosa punida com prisão até três anos, consoante Lei 4.771/1965 passou a contravenção penal com pena de prisão simples de três meses a um ano e, na Lei 9.605/1998, retomou a natureza de crime agora apenado com reclusão de dois a quatro anos.

Causar danos a parques era considerado crime com detenção de até um ano pelo Decreto 23.793/1934, contravenção penal com pena de três meses a um ano na Lei 4.771/1965 e, para a Lei 9.605/1998, crime com reclusão de um a cinco anos.

9. CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 168-169.

10. BEDNARSKI, José Luiz. Lei 9.605/98: equívocos do legislador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 68, jul. 1998.

Mesma oscilação repressiva também pode ser verificada na conduta de lesar ou maltratar plantas de ornamentação de logradouros públicos que, para o Decreto 23.793/1934, era contravenção com detenção de até quinze dias, com o advento da Lei 4.771/1965, continuou sendo contravenção, mas com pena de prisão simples de três meses a um ano e, para a Lei 9.605/1998, crime com detenção de três meses a um ano.

Por fim, a extração em florestas de domínio público de areia, cal ou qualquer outro mineral que o Decreto 23.793/1934 tratava como contravenção punida com detenção de até 15 dias, durante a vigência da Lei 4.771/1965 permaneceu como contravenção penal, porém teve a pena aumentada para prisão simples de três meses a um ano e, na Lei 9.605/1998, passou a ser considerado crime com pena de detenção de seis meses a um ano.

Evidenciam-se, pois, dois aspectos importantes. Primeiro, de que a pena privativa de liberdade surgiu na década de 1930 como solução para a proteção do meio ambiente. Segundo, de que a criminalização de condutas exploratórias de bens ambientais tem sido uma opção legislativa reiterada ao longo do processo histórico de construção do direito ambiental pátrio.

No entanto, a política penal adotada como proteção jurídica ambiental revela-se hesitante na quantificação da reprimenda, alternando-se entre crimes e contravenções e, com isso, ameaçando o princípio da proporcionalidade na medida em que impõe penas que não guardam proporcionalidade com a relevância do objeto jurídico protegido pela norma.

Em prefácio da obra de Edis Milaré, Fernando José da Costa e Paulo José da Costa Júnior, José Renato Nalini, em favor da repressão penal das condutas lesivas ao meio ambiente, advoga:

“Embora a legislação ambiental brasileira seja uma das mais severas do mundo, a desenvoltura com que se agride o ambiente ainda espanta. Se é insuficiente a tutela administrativa e se mostra pouco utilizada a tutela civil, a ameaça da incidência da lei penal – [...] – pode coibir – com eficácia maior – as condutas prejudiciais à natureza.”¹¹

No mesmo sentido, Eladio Lecey reforça a necessidade da intervenção do direito penal na proteção do meio ambiente e celebra a inovação disposta na Constituição Federal de 1988, afirmando que, por atingir a liberdade humana, o direito penal deve intervir pouco na vida das pessoas, todavia “muitas vezes, [...] as normas gerais, não penais, se

11. MILARÉ, Édis; COSTA, Fernando José da; COSTA-JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 13.

AZEVEDO, Olivaldi Alves Borges; COSTA, Alexandre Augusto. Dispensabilidade da prisão-captura no flagrante de delitos ambientais.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 170. ano 28. p. 221-255. São Paulo: Ed. RT, agosto 2020.

mostram insuficientes à proteção de interesses sociais, impondo-se o socorro do Direito Penal à efetivação da tutela”.¹²

Todavia, a análise histórica da legislação ambiental demonstra que sempre houve um pendor do legislador pátrio pelo apego às normas penais na ânsia de coibir “com eficácia maior – as condutas prejudiciais à natureza”. Por essa razão, o motivo da agressão aos bens ambientais nunca decorreu da carência de remédios penais, os quais, com maior ou menor incidência, sempre existiram. Desse modo, não foram os crimes ambientais a maior contribuição da Lei 9.605/1998, mesmo que consideradas as alterações trazidas pelas Leis 9.985/2000, 11.284/2006, 11.428/2006 e 12.408/2011.

3. POTENCIAL LESIVO DOS CRIMES AMBIENTAIS DA LEI 9.605/1998 E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

No capítulo V da Lei 9.605/1998 constam 59 tipos penais dolosos, os quais estão divididos em cinco seções: I – Dos crimes contra a fauna (18 tipos penais), II – Dos crimes contra a flora (16 tipos penais), III – Da poluição e outros crimes ambientais (14 tipos penais), IV – Dos crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural (6 tipos penais) e V – Dos crimes contra a administração ambiental (5 tipos penais).

Analizando-se as penas abstratamente cominadas, tais infrações podem ser classificadas como de menor, médio ou alto potencial ofensivo.

De acordo com o art. 61 da Lei 9.099/1995, inspirada no art. 98, I, da Constituição Federal e com redação dada pela Lei 11.313/2006, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes cujas penas máximas não ultrapassem dois anos. De competência do Juizado Especial Criminal, o processo das infrações penais de menor potencial ofensivo orienta-se, nos termos do art. 62 da Lei 9.099/1995, pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Em razão disso, nas infrações penais de menor potencial ofensivo em que a ação penal seja de iniciativa pública incondicionada, admite o art. 76 da Lei 9.099/1995 que, preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público proponha aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a denominada transação penal. Logo, os crimes ambientais, que são todos de ação penal de iniciativa pública incondicionada (art. 26 da Lei 9.605/1998), admitem o mencionado instituto desde que, nos termos do art. 27 da

12. LECEY, Eladio. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: efetividade na realidade brasileira. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). *10 anos da ECO-92: o direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Instituto o Direito Por um Planeta Verde, 2002. p. 117-132.

Lei 9.605/1998, tenha havido a prévia composição do dano ambiental, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Já as infrações penais de médio potencial ofensivo são aquelas com pena mínima igual ou inferior a um ano que, pelo art. 89, *caput*, da Lei 9.099/1995, admitem a suspensão condicional do processo.

Pela literalidade do art. 28, *caput*, da Lei 9.605/1998, a suspensão condicional do processo aplica-se aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo. Como bem observa Frederico Amado, “de maneira confusa, o artigo 28, da Lei 9.605/1998, prevê a aplicabilidade desse instituto aos crimes de menor potencial ofensivo, o que dificulta a exegese do dispositivo”¹³.

A despeito das divergências interpretativas que emergem na doutrina e na jurisprudência, alinha-se à tese de que o referido art. 28 não restringiu a aplicação da suspensão condicional do processo tão somente aos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, haja vista que tais crimes já se beneficiam da aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

Especificamente nos crimes ambientais, esgotado o período de prova, a declaração da extinção da punibilidade depende de laudo de constatação de reparação de dano ambiental (art. 28, I, da Lei 9.605/1998), o qual, não comprovando a restituição integral do dano, ensejará sucessivas prorrogações.

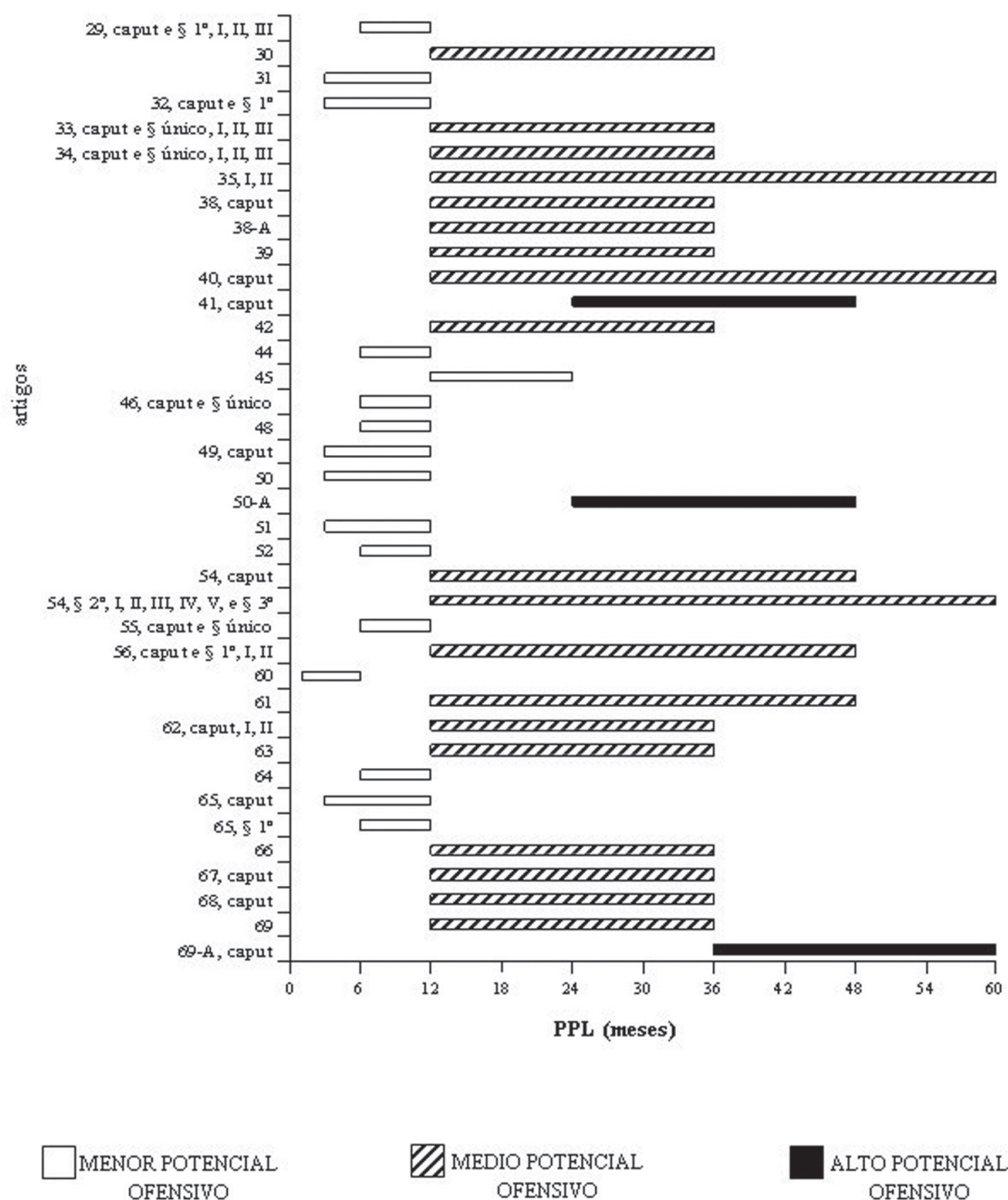
As infrações penais de alto potencial ofensivo, por exclusão, são aquelas cujas penas mínimas são superiores a um ano e a máximas ultrapassam dois anos, não sendo cabível, portanto, nem a suspensão condicional do processo nem a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa.

Dos 59 crimes dolosos previstos na Lei 9.605/98, 22 (37,29%) podem ser classificados como de menor potencial ofensivo, 34 (57,63%) enquadram-se na definição de infração de médio potencial ofensivo e apenas três (5,08%) são infrações penais de alto potencial ofensivo (Figura 1).

Considerados os dez delitos que admitem a modalidade culposa: parágrafo único dos arts. 38, 38-A, 41, 49, 62, 67 e 68, bem como o § 1º do art. 54 e 69-A e o § 3º do art. 56, a Lei 9.605/1998 passa a um total de 69 crimes ambientais, dos quais 32 (46,38%) infrações penais de menor potencial ofensivo. Exemplificando, o art. 68, *caput*, criminaliza a conduta daquele que, por inobservância de dever legal ou contratual, deixa de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental, sendo apenado, nesse caso, com detenção, de um a três anos, tratando-se, portanto, de infração de médio potencial ofensivo. Contudo, se o crime é cometido em sua modalidade culposa (art. 68, parágrafo único, da Lei 9.605/1998), a pena diminui para três meses a um ano. Por conseguinte, a infração, quando culposa, é de menor potencial ofensivo.

13. AMADO, Frederico. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 676.

Figura 1. Distribuição das penas privativas de liberdade (PPL) em abstrato entre os crimes ambientais tipificados na Lei 9.605/1998



A reforma penal, trazida pela Lei 7.209/1984, adotou no art. 68, *caput*, do Decreto-Lei 2.848/1940 – Código Penal, o critério trifásico de aplicação da pena proposto por Nelson Hungria. Assim, conforme determinam o art. 59, II, do Código Penal e a Súmula 231, do STJ, respectivamente, na primeira e na segunda fases da dosimetria da pena, o juiz está adstrito aos limites previstos no preceito secundário da norma penal

incriminadora. No entanto, na terceira fase, que corresponde à fixação da pena definitiva e na qual são computadas as causas de aumento e de diminuição, não há óbice ao juiz aumentar a pena acima do máximo. Desse modo, prevalece, na doutrina e na jurisprudência, que, na definição de infração de menor potencial ofensivo, devem ser levadas em conta as causas de aumento ao máximo da pena.

Embora para 18 (81,82%) dos 22 delitos de menor potencial ofensivo haja majorantes, mesmo na incidência das causas de aumento ao máximo de pena, tais delitos continuam sendo de menor potencial ofensivo. A título de exemplo, pune-se com detenção de seis meses a um ano os atos de caça capitulados pelo art. 29, *caput*, e os atos de pós-caça¹⁴ constantes nos três incisos do art. 29, § 1º, da Lei 9.605/98. Adotando-se o aumento de metade previsto no art. 29, § 4º, a pena máxima seria de um ano e seis meses, permanecendo, em razão disso, como infração de menor potencial ofensivo.

Excetuam-se, no entanto, os atos de caça e de pós-caça decorrentes do exercício de caça profissional (art. 29, § 5º) para os quais as penas podem ser aumentadas até o triplo, alcançando, dessa forma, o limite superior máximo de três anos.

Do mesmo modo, o art. 45, que criminaliza a conduta do corte ou transformação de madeira de lei em carvão, em desacordo com as determinações legais, é apenada com reclusão em máximo de dois anos. Incidindo o aumento máximo de 1/3 da majorante do art. 53, a pena máxima passa a atingir dois anos e oito meses, quando: I – do fato resulta a diminuição de águas naturais, a erosão do solo ou a modificação do regime climático ou, ainda, II – se o crime é cometido: a) no período de queda das sementes, b) no período de formação das vegetações, c) contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração, d) em época de seca ou inundação ou e) durante a noite, em domingo ou feriado.

Ademais, na incidência das referidas causas de aumento de pena, as penas mínimas dos arts. 29, *caput*, § 1º, I a III, e 45, também ultrapassam um ano e, portanto, já não mais autorizam a suspensão condicional do processo.

Logo, ressalvadas as causas de aumento de pena, 94,92% das infrações penais da Lei 9.605/1998 de menor e médio potencial ofensivo, admitindo, portanto, medidas desencarceradoras.

A prevalência de infrações penais de menor e médio potencial ofensivo sugere que a pena privativa de liberdade, sanção representativa do direito penal, não constitui, na ótica do legislador penal ambiental, a reprimenda mais adequada a satisfazer a pretensão punitiva do Estado, haja vista que aquele que investir contra o meio ambiente e praticar conduta tipificada como crime dificilmente será punido com cerceamento de liberdade.

14. A expressão “atos de caça e de pós caça” encontra-se justificada em AZEVEDO, Olivaldi Alves Borges; COSTA, Alexandre Augusto. Atos de caça e de pós-caça: comentários ao art. 29 da lei de crimes ambientais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 11, n. 62, 2012.

É certo que a lei de crimes ambientais sofreu profundas influências das correntes doutrinárias contemporâneas defensoras do princípio de intervenção mínima do direito penal no âmbito das relações sociais do Estado Democrático de Direito. Para tais correntes, a tutela penal representa *ultima ratio* na atuação punitiva do Estado e, portanto, deve estar reservada apenas aos casos em que se esgotam todos os mecanismos intimidatórios possíveis, entre os quais as formas alternativas de solução consensual da lide penal, restando à pena a finalidade de reeducar o criminoso. Como bem observa Luiz Flávio Gomes: “Outra virtude que assinalam aos juizados consiste na não-aplicação da pena de prisão. Aliás, nasceram justamente para se evitar o encarceramento de infratores que praticaram (ou venham a praticar) crimes de menor gravidade.”¹⁵

As consequências jurídicas das infrações penais de menor e médio potencial ofensivo oferecem alternativas ao andamento de um processo penal ambiental que venha a culminar em sentença condenatória com aplicação de pena privativa de liberdade.

Os tipos básicos considerados infrações de alto potencial ofensivo são apenas os *caputs* dos arts. 41, 50-A e 69-A, sendo que os dois últimos foram incluídos pela Lei 11.284/2006, que dispõe sobre a gestão de florestas públicas para a produção sustentável. Ainda assim, os crimes dos arts. 41 e 69-A admitem a modalidade culposa que, se aplicada, reduz a pena máxima do art. 41 e a pena mínima do art. 69-A para um ano, desclassificando-os para, respectivamente, infração de menor e médio potencial ofensivo.

No entanto, incidindo as causas de aumento do art. 53 sobre as penas dos crimes contra a flora, assim como as do art. 58 sobre as penas dos crimes de poluição, 16 tipos penais passam de infrações de médio para alto potencial ofensivo.

Vale, contudo, ressaltar que a Lei 13.964/2019, nos moldes do que já dispunha o art. 18 da Resolução 181/2017 com redação dada pela Resolução 183/2018, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, inseriu no art. 28-A do Código de Processo Penal a possibilidade de acordo de não persecução penal quando o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática sem violência ou grave ameaça de infração com pena mínima inferior a quatro anos, desde que, mediante condições ajustadas, entre as quais a reparação do dano, referido acordo seja necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

Os três crimes ambientais de alto potencial ofensivo da Lei 9.605/1998 são punidos com penas mínimas inferiores a quatro anos, permitindo, portanto, a proposta de acordo de não persecução criminal pelo Ministério Público. A incidência da causa de aumento máximo (1/3) do art. 53 sobre a pena mínima de dois anos dos arts. 41, *caput*, e 50-A, *caput*, da Lei 9.605/1998, acrescenta apenas oito meses, permitindo, ainda, a celebração de acordo de não persecução criminal. Já em relação ao art. 69-A, embora a pena mínima seja de três anos, a incidência do limite máximo da majorante do seu § 2º (2/3) eleva para cinco anos, afastando, com isso, a aplicação do instituto em análise.

15. GOMES, Luiz Flávio. Mais de 100 crimes não admitem flagrante desde 13/01/2002. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 6, n. 123, fev., 2002. p. 27-39.

Não preenchidos os requisitos autorizadores do acordo de não persecução criminal, nota-se que o art. 7º da Lei 9.605/1998 alinhou-se à disposição do art. 44, I, do Código Penal adotando a possibilidade de que as penas privativas de liberdade em crimes culposos ou quando inferiores a quatro anos sejam substituídas pelas penas restritivas de direitos, as quais estão elencadas no art. 8º da Lei 9.605/1998: I – prestação de serviços à comunidade, II – interdição temporária de direitos, III – suspensão parcial ou total de atividades, IV – prestação pecuniária e V – recolhimento domiciliar.

Desconsiderando-se as causas de aumento de pena, entre os 59 tipos penais da Lei 9.605/1998, são apenas 17 (28,8%) os que não apresentam pena máxima inferior a quatro anos e que não poderiam, em tese, autorizar a substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos. São eles os artigos 35, I e II, 40, *caput*, 41, *caput*, 50-A, *caput*, 54, *caput*, § 2º, I, II, III, IV, V, § 3º, 56, *caput*, § 1º, I, II, 61 e 69-A, *caput*. Desses 17 tipos penais, 14 (82,35%) são infrações de médio potencial ofensivo e, portanto, sujeitos à suspensão condicional do processo.

Ainda destes 17 crimes ambientais, somente dez (16,95%) apresentam penas máximas em abstrato que suplantam quatro anos. Nesses casos, para que não seja substituída pelas penas restritivas de direitos, a pena privativa de liberdade aplicada pelo órgão julgador deveria ser a máxima possível.

Reitera-se, aos olhos do legislador penal ambiental, a pena privativa de liberdade estaria relegada à importância secundária, uma vez que excepcionalmente não seria substituída por penas restritivas de direitos.

Há que se considerar, porém, que a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa (art. 76, § 2º, III, da Lei 9.099/1995), a suspensão condicional do processo (art. 89, *caput*, da Lei 9.099/1995), assim como a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos (art. 7º, II, da Lei 9.605/1998) pressupõem a observância à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social e à personalidade do condenado, bem como se os motivos e as circunstâncias do crime indicarem que a medida seja suficiente para efeitos de reprovação e prevenção do crime. Para tanto, faz-se necessária uma análise da culpabilidade, da conduta social e da personalidade do infrator ambiental.

4. CULPABILIDADE NOS CRIMES AMBIENTAIS

Situar a culpabilidade não é tarefa das mais pacíficas. Entre as correntes doutrinárias majoritárias, despontam a concepção tripartite, que admite a culpabilidade como o terceiro substrato do conceito analítico de crime, e a concepção teoria bipartida, para a qual crime é tão somente fato típico e antijurídico, cabendo à culpabilidade a condição de pressuposto de aplicação da pena.

A despeito das divergências sobre a posição ocupada pela culpabilidade, importante alinhar que, para a persecução criminal, sua definição mostra-se razoavelmente

relevante, pois, se desde o início apresentar-se nebulosa ou até mesmo impossível de se estabelecer, não se sustentará a pretensão punitiva do Estado, seja pela inexistência do crime, seja pela impossibilidade de aplicação da pena.

Como leciona Ana Paula Fernandes Nogueira da Cruz:

“Define-se a culpabilidade como a reprovação que se faz a alguém que, ao praticar um ato típico e antijurídico, dadas as circunstâncias do caso concreto, se lhe era exigível que agisse conforme a norma jurídica, ou seja, que não praticasse a conduta. Diz-se, nesta situação, que ao autor era exigível um comportamento diverso, conforme a norma, porque tinha o dever-poder jurídico de fazê-lo.”¹⁶

Nessa perspectiva, conclui haver três tipos de criminoso ambiental:

“1) o empresário, dirigente, gerente, administrador etc., [...], com plena consciência do ato praticado e que, em geral, encontra-se perfeitamente inserido no meio social em que vive, gozando de prestígio sócio-econômico e político; 2) o trabalhador da empresa causadora de uma agressão ambiental [...] e que, em geral é o executor imediato da prática antiambiental, mas que muitas vezes não será culpável ante a falta de exigibilidade de outra conduta no caso; 3) o cidadão comum, geralmente morador de áreas rurais ou em áreas de exclusão social nas cidades [...], ou seja, aquela pessoa simples que pratica o delito ambiental, muitas vezes por falta de consciência da ilicitude de seu ato em virtude de defeito na sua motivação [...]. Ou ainda, aquela que pratica o crime ambiental em face de uma inexigibilidade de outro comportamento ou até mesmo em situação de estado de necessidade.”¹⁷

Não obstante os bens ambientais merecerem tutela penal, o consenso social se inclina no sentido de que a conduta do criminoso ambiental não merece, em regra, a mesma reprovabilidade quando comparada à prática de condutas violentas ou de considerável lesividade. As condutas de latrocidas, homicidas, sequestradores ou estupradores são, aos olhos da sociedade, merecedoras de punições mais severas consubstanciadas em penas privativas de liberdade, o que, evidentemente, não se confunde com um direito penal do autor.

Ao exaltar os instrumentos de solução consensual da lide penal, repelindo ao extremo sanções encarceradoras, a Lei 9.605/1998 consagrou a sociabilidade do infrator penal ambiental. Não obstante uma visão mitigada da periculosidade social do criminoso ambiental deva restar coibida para que não conduza à impunidade, torna-se necessária

16. CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 84.

17. CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 214.

aproximação a um sistema de controle penal legitimado pelo rol de direitos humanos historicamente reconhecidos.

Pronunciando-se em relação à figura do criminoso ambiental, Américo Luis Martins da Silva afirma: “Ele tem perfil bastante diferenciado da figura do criminoso comum, traçado no Código Penal. Portanto, o caso exige seja adotada a regra geral no sentido de que, para figuras criminosas diferentes, deve ser dispensado tratamento penal também diferenciado.”¹⁸

Adotada no direito penal vigente a teoria normativa pura, corolário da teoria finalista de Hans Wezel, ressalta-se, entre os elementos da culpabilidade, a potencial consciência da ilicitude que, dada à estruturação típica dos crimes ambientais, enseja consideráveis desafios à responsabilização criminal do infrator. Em outras palavras, admitindo-se a culpabilidade como juízo de reprovação da conduta do criminoso, é certo que, não raras oportunidades, por equivocada compreensão da lei, o infrator ambiental sequer pode supor estar diante de uma conduta contrária e penalmente ofensiva ao meio ambiente, principalmente em razão da forma pela qual os tipos penais ambientais foram construídos.

Difícilmente, o cidadão comum terá límpida consciência de que sua conduta incidiu, por exemplo, na destruição ou danificação da vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou na sua utilização com infringência das normas de proteção, perante o crime definido pelo art. 38-A da Lei 9.605/1998. O tipo penal em apreço impõe uma interpretação dificultosa até mesmo para operadores do Direito, já que, carente de complementações, explicações e outros significados de caráter técnico, não satisfaz a clareza necessária ao perfeito entendimento.

Não é o caso de considerar o proprietário rural ou homem do campo um desinformado, ainda porque ninguém pode se escusar ao cumprimento da lei, alegando que não a conhece (art. 3º do Decreto-Lei 4.657/1942; art. 21, *caput*, primeira parte, do Código Penal).

Ressalta-se, também, que não se trata de aplicação de circunstância atenuante de pena prevista no art. 14, I, da Lei 9.605/1998, já que o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente, por vezes, não será compatível com o esperado de um proprietário rural ou de outras modalidades de infratores ambientais. Por essa razão, não se apresenta eficaz para o art. 38-A da Lei 9.605/1998 a justificativa de que, com a referida atenuante, “a norma visa punir mais levemente o homem do campo, tido pela sociedade como pessoa de pouca cultura geral e em especial acerca do meio ambiente”¹⁹.

Trata-se, em verdade, de um erro de proibição decorrente da impossibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato. Inevitavelmente, recaindo em conteúdo intrincado, rebuscado e nada singelo do art. 38-A da Lei 9.605/1998, restará o agente vulnerável a uma armadilha penal.

18. DA SILVA, Américo Luís Martins. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 3. p. 388.

19. MILARÉ, Édís; COSTA, Fernando José da; COSTA-JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 69.

Cabem aqui algumas lúcidas observações de Cirino dos Santos:

“O juízo de valor da culpabilidade tem por objeto o tipo de injusto (realização não justificada de um crime) e por fundamento o poder atribuído ao sujeito de agir conforme a norma, resultante da consciência real ou possível da antijuridicidade; o poder atribuído ao sujeito de agir conforme a norma pode ser excluído nas hipóteses de incapacidade de culpabilidade, ou de inevitável desconhecimento do tipo de injusto.”²⁰

Seria desarmonioso ao modelo de direito penal próprio de um Estado Democrático encerrar a persecução criminal com a restrição de liberdade do cidadão que tenha praticado as condutas ora preconizadas do art. 38-A sem que sequer pudesse imaginá-las por equivocada apreciação da norma.

Não há como “censurar-se de culpabilidade o autor de um fato típico penal quando ele próprio, por não ter tido sequer a possibilidade de conhecer o injusto da ação, cometeu o fato sem se dar conta de estar infringindo alguma proibição”²¹.

Ainda que critique a impunidade de algumas condutas gravíssimas ao meio ambiente, Elida Séguin admite:

“Se o crime praticado tem características especiais pelo número de pessoas que pode atingir, também o criminoso ambiental tem um perfil que o diferencia dos infratores do Código Penal. Esta dessemelhança força a que seja dispensado um tratamento também diferenciado e coerente com a Moderna Política Criminal. O delinquente ambiental tanto pode ser o *pé-inchado*, representado pelo matuto, como o que usa *colarinho branco*, os megaempresários, ou qualquer um de nós, quando desmatamos uma área adjacente a nossa casa de veraneio.”²² (Destaques do original.)

Adverte Roxin que “a lei indeterminada não cumpre qualquer função de prevenção geral – posto que o indivíduo não pode saber o que é legalmente permitido – e extrai a base de provação (reproche) da culpabilidade”²³, por esse motivo o art. 21, *caput*, segunda parte, do Código Penal, tratou do erro de proibição como excludente da potencial consciência da ilicitude e, portanto, da culpabilidade, quando inevitável, ou como causa de diminuição de pena, quando evitável.

20. SANTOS, Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 173-174.

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

22. SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 433.

23. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. Trad. e notas Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. t. I. p. 137. Apud NABUCO-FILHO, José. O princípio constitucional da determinação taxativa e os delitos ambientais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 104, jul. 2001.

5. PERFIL DO INFRATOR AMBIENTAL: ANTECEDENTES CRIMINAIS

Com a finalidade de avaliar a inclinação à persistência na prática delituosa, procedeu-se ao levantamento dos antecedentes criminais dos infratores autuados no ano de 2013 pela prática de infrações administrativas que configuram, em tese, as condutas tipificadas nos crimes dos arts. 29, *caput* e § 1º, I a III, e 34, *caput* e parágrafo único, I a III), da Lei 9.605/1998.

Os dados foram obtidos no Sistema de Administração Ambiental (SAA) do Comando de Policiamento Ambiental da Polícia Militar do Estado de São Paulo a partir de informações colhidas nos autos de infração ambiental lavrados pelas 1ª e 4ª Companhias do 4º Batalhão de Polícia Militar Ambiental, que correspondem, respectivamente, às regiões de São José do Rio Preto e de Ribeirão Preto, com circunscrição que abrange 100 (cem) municípios, perfazendo área total de 32.323,35 km² (14,22% da área do estado de São Paulo) com 3.273.432 habitantes, o que corresponde a aproximadamente 7,93% da população paulista²⁴ (Figura 2).

Figura 2. Circunscrições da 1ª e 4ª Companhias do 4º Batalhão de Polícia Militar Ambiental do Estado de São Paulo com indicativo do número de habitantes dos municípios abrangidos.

Acesse a figura através do QR Code abaixo:



Os tipos penais ambientais escolhidos relacionam-se à caça e à pesca pelo fato de serem as ocorrências mais frequentemente atendidas pela Polícia Militar Ambiental do Estado de São Paulo e, em razão de suas características, serem, geralmente, coibidos em estado de flagrância delitiva. Os resultados indicaram que, de um total de 1.030 ocorrências registradas, em apenas 38,45% os infratores apresentaram antecedentes criminais, considerando-se, inclusive, outros crimes ambientais. Entre os que possuem antecedentes criminais, 177 (44,70%) relacionam-se com crimes sem violência contra pessoa e apenas oito (2,02%) com o mesmo crime ambiental (Tabela 1).

24. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo 2010. Disponível em: [https://cidades.ibge.gov.br/]. Acesso em: 26.04.2020.

Tabela 1. Quantidade de antecedentes criminais para infratores autuados na 1ª e 4ª Companhias do 4º Batalhão de Polícia Militar Ambiental do Estado de São Paulo no ano de 2013 pela prática de infrações administrativas que configuram, em tese, as condutas tipificadas nos crimes dos arts. 29, caput e § 1º, I a III, e 34, caput e parágrafo único, I a III, da Lei 9.605/1998

INFRAÇÃO PENAL	UNIDADE POLICIAL	OCORRÊNCIAS ATENDIDAS	INFRATORES COM ANTECEDENTES CRIMINAIS		
			QUAISQUER CRIMES	CRIMES LEVES ²⁵	MESMO CRIME AMBIENTAL
CAÇA	1ª Cia	298	124	61	0
	4ª Cia	301	87	25	0
PESCA	1ª Cia	285	106	51	6
	4ª Cia	146	79	40	2
TOTAL		1.030	396	177	8

Cumprе ressaltar, todavia, que a condição de infrator com antecedentes criminais indica tão somente prévia instauração de inquérito policial ou de termo circunstanciado, o que não permite inferir, sequer, sobre a eventual formação de relação processual penal.

Desse modo, pode-se supor ser diminuta a quantidade de infratores ambientais com condenações criminais definitivas, haja vista tratar-se, na maioria dos casos, de delitos de menor ou médio potencial ofensivo que não alcançam sentença penal condenatória, como o furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal) e a lesão corporal de natureza leve (art. 129, *caput*, do Código Penal).

É evidente que os dados obtidos não autorizam inferir a respeito do perfil da totalidade dos infratores ambientais no território brasileiro, seja para os tipos ambientais que envolvam caça e pesca, seja para quaisquer outros tipos penais ambientais. No entanto, mesmo que as conclusões estejam restritas à área de estudo e, portanto, possam não refletir o perfil do infrator ambiental em localidades específicas, os resultados são condizentes com a posição doutrinária majoritária acerca do perfil divergente do criminoso ambiental em relação ao criminoso comum, fato que esvazia alguns argumentos contrários à concessão de benesses de solução consensual da lide penal em matéria ambiental.

25. Foram considerados leves: posse de drogas, contravenções penais, posse de arma de fogo, porte de arma de fogo para a prática de caça, os crimes de trânsito, rixa, calúnia e difamação. Nos demais, foram encontrados homicídio, lesão corporal, roubo, furto, tráfico de drogas, receptação, estupro, atentado violento ao pudor e porte de arma de fogo.

6. A PRISÃO EM FLAGRANTE DELITO E OS CRIMES AMBIENTAIS

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo, como um dos seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal).

Para Flávia Piovesan, a dignidade da pessoa humana deve ser discutida “como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”²⁶. Assim, o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana exerce o papel de elemento norteador nos conflitos interpretativos decorrentes da aplicação do direito.

Alinhando-se aos preceitos constitucionais, o direito penal e o direito processual penal legitimam-se apenas na medida em que atuam dentro dos limites garantidores dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

De acordo com Alexandre Magno Fernandes Moreira:

“A característica marcante do Direito em um Estado Democrático é a sua fragmentariedade, ou seja, o ordenamento jurídico não deve se ocupar de todas as coisas e atos, o que, além de impraticável, resultaria em um regime de viés brutal à liberdade e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana.”²⁷

Corolário da dignidade da pessoa humana, o princípio da presunção de inocência, já constante no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão na França desde 1789 e positivado no art. 5º, LIVII, da Constituição Federal, impõe o devido processo legal como pressuposto à privação de liberdade (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), sendo as medidas cautelares pessoais admitidas tão somente em casos excepcionais (art. 5º, LXI, da Constituição Federal) quando necessárias e adequadas (art. 282, I e II, do Código de Processo Penal). Infere-se, pois, que o *status libertatis* representa a regra jurídica do Estado Democrático de Direito.

Assim, não se concebe, no Estado Democrático de Direito, a possibilidade de que a dúvida possa amparar o cerceamento de direitos individuais que, embora internacional e historicamente reconhecidos, exigem permanente vigilância. Com bem anota Themístocles Brandão Cavalcanti, “a garantia dos direitos individuais deve ser interpretada de maneira a ampliar, em benefício da liberdade, os preceitos de entendimento duvidoso”²⁸.

26. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 59.

27. MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A subsidiariedade como baliza para a insignificância. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 149, abr. 2005.

28. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 164.

Nesse mesmo sentido, posiciona-se Rogério Lauria Tucci ao afirmar que “quando se trata de disposição ambígua ou obscura, propiciante de entendimento duvidoso, torna-se admissível a interpretação extensiva, em favor da liberdade (favor *libertatis*)”²⁹.

A prisão em flagrante representa “medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção”³⁰. Alinhando-se a Banacloche Palao, Aury Lopes-Júnior enfatiza o caráter precautelar da prisão em flagrante, uma vez que “não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar”³¹. Por essa razão, o art. 306, § 1º, do CPP, com redação dada pela Lei 12.403/2011, determina o encaminhamento do auto de prisão em flagrante ao juiz competente no prazo de 24 horas da realização da prisão. Não por outro motivo, tem-se buscado ajustar a legislação processual penal aos ditames do art. 9, 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos promulgado pelo Decreto 592/1992:

“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.”

Como do art. 7º, item 5, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) promulgada pelo Decreto 678/1992:

“Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

Muito embora o STF já tenha previamente se manifestado favoravelmente pela adoção da audiência de custódia por todos os tribunais do país³², recentemente a Lei 13.964/2019

29. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 410.

30. CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

31. LOPES-JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

32. STF, Pleno, ADI 5240 SP, rel. Min. Luiz Fux. j. 20.08.2015.

incorporou o instituto ao art. 310, *caput*, do CPP, cuja finalidade consiste em “averiguar possíveis ilegalidades relativas à prisão em si ou ao tratamento sofrido pelo detido enquanto em custódia da autoridade policial”. Para Renato Brasileiro de Lima:

“Diz respeito não apenas à averiguação da legalidade da prisão em flagrante para fins de possível relaxamento, coibindo, assim, eventuais excessos tão comuns no Brasil como torturas e/ou maus tratos, mas também o de conferir ao juiz uma ferramenta mais eficaz para aferir a necessidade da decretação da prisão preventiva (ou temporária) ou a imposição isolada ou cumulativa das medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 310, I, II e III), sem prejuízo de possível substituição da prisão preventiva pela domiciliar, se acaso presentes os pressupostos do art. 318 do CPP.”³³

Admitida a prisão em flagrante como exceção à regra constitucional da presunção de inocência, a ausência de qualquer justificativa fática ou jurídica pode ser motivo para evitá-la. O Estado de Direito Democrático privilegia o exercício das liberdades públicas, logo, se a legislação ordinária afasta a aplicação de pena privativa de liberdade na repressão aos crimes ambientais, a prisão em flagrante delito deve ser empregada como excepcionalidade, e não como regra.

Afinal, a julgar pela imprecisão técnica na redação dos tipos penais ambientais e pelo resultado que possivelmente alcançará a persecução penal, a prisão em flagrante revela-se peso demasiado e desnecessário ao infrator ambiental.

Há que se considerar, ainda, que, além dos instrumentos de solução consensual da lide penal, o perfil dos sujeitos ativos de crimes ambientais de menor e médio potencial ofensivo denota o quão temerária pode ser a prisão em flagrante delito, haja vista tratar-se quase sempre de pescadores, lavradores, extrativistas ou proprietários rurais com históricos irrepreensíveis de condutas sociais.

Edilson Mougenot esclarece os três momentos distintos na prisão em flagrante:

“a) *Captura*: é o momento em que a pessoa que encontra-se em uma das situações de flagrância previstas em lei é detida.

b) *Lavratura do auto*: apresentado o capturado à autoridade competente, se esta reconhecer estarem presentes os requisitos legais para a prisão, deverá lavrar o auto, circunstanciando a prisão em flagrante. O auto de prisão em flagrante constitui verdadeiro *título da custódia provisória*, servindo também como ato inicial do inquérito policial que investigará a prática dos atos que ensejaram a prisão.

c) *Custódia*: após a lavratura do auto, será o conduzido recolhido ao cárcere.”³⁴

33. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

34. MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Com a devida vênia a posicionamentos doutrinários alinhados com o de Marcos Paulo Dutra Santos³⁵ de que na “*prisão captura*, [...] inexistente propriamente prisão, e sim captura seguida de condução coercitiva”, a prisão-captura é a primeira das fases da prisão em flagrante delito, ou seja, consiste na captura daquele que supostamente comete delito.

Assim, no instante em que, nos termos do art. 301 do Código de Processo Penal, qualquer do povo ou a autoridade policial e seus agentes, forçosamente perante submissão impelida, cerceiam o direito de ir e vir de quem quer que se encontre em flagrante delito, conduzindo-o à delegacia de polícia, direito fundamental consagrado no art. 5º, XV, da Constituição Federal, está sob ameaça, de forma que não se pode cogitar que referida condução é algo de somenos importância ou meramente uma captura de rotina policial. Não por outro motivo que o art. 292, *caput*, do Código de Processo Penal, autoriza o uso dos meios necessários para vencer a resistência à prisão em flagrante. Consoante os ensinamentos de Miriam Gonçalves Dilguerian, “nada no direito é estanque, tudo pode ser questionado, pois não se pode pautar-se em dogmas, já que o direito deve evoluir, como ciência do espírito que é”³⁶.

O texto normativo do art. 304, *caput*, do Código de Processo Penal refere-se às providências adotadas pela autoridade competente assim que “apresentado o preso”. Portanto, à luz da exegese gramatical e na perspectiva de um modelo de Estado Democrático de Direito que privilegia a liberdade, é inconcebível o dogma de que a prisão em flagrante delito inicia-se somente no momento da ratificação por parte de autoridade competente.

Insiste-se, a prisão em flagrante delito inicia-se na fase de captura, instante em que o conduzido deve ser tratado como preso, pois sucumbe à vontade daquele que lhe retira a liberdade. Como bem acentua Edilson Mougenot, “a prisão em flagrante se perfaz no momento da voz de prisão”³⁷. Por essa razão, a Súmula Vinculante 11 restringe o uso de algemas aos casos de resistência e de fundado receio de fuga ou, ainda, de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do “preso”.

Como leciona Gustavo Badaró:

“A prisão em flagrante é uma medida que se inicia com natureza administrativa, sendo depois judicializada, tendo, por finalidade, de um lado, evitar a prática criminosa ou deter seu autor e, de outro, tutelar a prova da ocorrência do crime e de sua autoria. A prisão em flagrante é um ato complexo, que exige a conjugação de vários atos parciais que redundam na prisão em flagrante delito. Relevante distinguir, pelo menos,

35. SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar: à luz da lei 12.403/11*. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 164.

36. DILGUERIAN, Miriam Gonçalves. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, jan.-mar. 2004. p. 189.

37. MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

três momentos distintos: (1) a prisão-captura; (2) a lavratura do auto de prisão em flagrante; (3) a prisão-detenção.”³⁸

Guilherme de Souza Nucci também entende principiar-se a prisão em flagrante no instante em que alguém dá a voz de prisão em desfavor do suposto criminoso: “Inicia-se a prisão em flagrante por força do poder de polícia estatal, conferindo, nessas hipóteses, a qualquer pessoa; por isso, seu caráter inicial administrativo.”³⁹

A prisão para averiguação, prática usual nos tempos de ditadura, não encontra respaldo na Constituição Cidadã de 1988 e, por essa razão, foi extirpada do ordenamento jurídico. Segundo Guilherme de Souza Nucci, a prisão para averiguação é um procedimento policial desgastado pelo tempo e que foi sepultado desde a vigência da Constituição de 1988⁴⁰.

Com o devido respeito ao entendimento do ministro Ricardo Lewandowski de que compete à polícia buscar a elucidação de crimes e, para tanto, possui legitimidade para adotar todas as providências necessárias, inclusive a condução de pessoas para prestar esclarecimentos, resguardadas as garantias legais e constitucionais dos investigados⁴¹, o responsável pelo ceifar da liberdade de outrem há que se circundar de elementos de convicção ainda que o faça momentânea, breve ou ligeiramente.

Por essa razão, o STF, por maioria de votos, declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, prevista no art. 260 do CPP, não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, haja vista que, ao restringir a liberdade de locomoção, viola a presunção de não culpabilidade. Vale ressaltar: “a condução coercitiva representa uma supressão absoluta, ainda que temporária, da liberdade de locomoção. Há uma clara interferência na liberdade de locomoção, ainda que por período breve”⁴². O professor Antônio Francisco Sousa, em verdadeiro tratado acerca da atuação da polícia no Estado de Direito, discursa que “as simples limitações da liberdade são privações parciais da liberdade”⁴³. Muito embora o autor se refira ao ordenamento jurídico português, o conceito pode perfeitamente irradiar-se pela legislação brasileira vigente.

Importante, nesse contexto, refletir a respeito dos fundamentos da prisão em flagrante delito. Não se deve desvirtuar-se de seu verdadeiro objetivo, o de garantir a persecução criminal, a instrumentalidade processual penal.

38. BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 724.

39. NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 72.

40. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

41. STF, HC 107644 SP, 1ª T., rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 06.09.2011.

42. STF, ADPF 395 e 444 DF, Pleno. rel. Ministro Gilmar Mendes. j. 14.06.2018.

43. SOUSA, Antônio Francisco. *A polícia no estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 253.

Nucci ensina sê-la “[...] fruto da necessidade de se obter uma investigação ou instrução criminal produtiva, eficiente e livre de interferências. [...] Não é um fim, mas um meio”⁴⁴. Eugênio Pacelli destaca que “nesse passo, surge a necessidade de preservação da efetividade do processo como fundamentação válida e suficiente para justificar a segregação excepcional de quem ainda se deva considerar inocente”⁴⁵.

Não diferentemente, Greco-Filho proclama serem duas “as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à prática de informações e a captação, também imediata, da prova”⁴⁶.

Para Eugênio Pacelli e Douglas Fischer, alinhando-se aos ensinamentos dos demais doutrinadores:

“Podem-se apontar, portanto, duas grandes missões das quais deve se ocupar a prisão em flagrante: (a) permitir a imediata coleta de material a ser utilizado na instrução do processo (e, claro, para o convencimento do órgão de acusação); (b) salvaguardar bens jurídicos submetidos a condutas lesivas (crime). [...] Não se pode extrair de tal modalidade de prisão uma antecipação do resultado final do processo.”⁴⁷

Ora, dado às finalidades para as quais se justifica, resta evidente que o objetivo da prisão em flagrante não é a punição, de modo que não se pode transformá-la em “antecipação do resultado final do processo”.

No que concerne às missões/funções da prisão em flagrante, insiste Eugênio Pacelli que, não apenas “evitar, quanto possível, que a ação criminosa possa gerar todos os seus efeitos”, mas, ainda, “já mais conectada aos interesses da persecução penal, a prisão em flagrante revela-se extremamente útil e proveitosa no que se refere à qualidade e à idoneidade da prova colhida imediatamente após a prática do delito”⁴⁸.

Em razão da demonstrada construção histórica das atuais normas penais incriminadoras ambientais, não raras vezes as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente que configuram crimes ambientais são também infrações administrativas ambientais (Tabela 2) e, por essa razão, sujeitas às sanções administrativas previstas tanto no art. 72 da Lei 9.605/1998 quanto no art. 3º do Decreto 6.514/2008, a saber: I – advertência; II – multa simples; III – multa diária;

44. NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

45. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

46. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal: de acordo com a Lei 12.403/2011*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 299.

47. PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 613.

48. PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

IV – apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração; V – destruição ou inutilização do produto; VI – suspensão de venda e fabricação do produto; VII – embargo de obra ou atividade; VIII – demolição de obra; IX – suspensão parcial ou total de atividades e XI – restritiva de direitos.

Tabela 2. Correspondência entre os artigos referentes aos crimes ambientais previstos na Lei 9.605/1998 e os artigos relativos às infrações administrativas ambientais constantes do Decreto 6.514/2008

CRIME	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA	CRIME	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA
29, <i>caput</i>	24, <i>caput</i>	50	49
29, § 1º, I	34, § 3º, I	50-A, <i>caput</i>	51
29, § 1º, II	34, § 3º, II	51	57
29, § 1º, III	34, § 3º, III	52	92, <i>caput</i>
30	26, <i>caput</i>	54, <i>caput</i>	61, <i>caput</i>
31	25, <i>caput</i>	54, § 2º, I	62, I
32, <i>caput</i>	29	54, § 2º, II	62, II
32, § 1º	não há	54, § 2º, III	62, III
33, <i>caput</i>	62, VIII	54, § 2º, IV	62, IV
33, parágrafo único, I	34	54, § 2º, V	62, V
33, parágrafo único, II	39, <i>caput</i>	54, § 3º	62, VII
33, parágrafo único, III	39, II	55, <i>caput</i>	63, <i>caput</i>
34, <i>caput</i>	35, <i>caput</i>	55, parágrafo único	63, parágrafo único
34, parágrafo único, I	35, I	56, <i>caput</i>	64, <i>caput</i>
34, parágrafo único, II	35, II	56, § 1º, I	64, § 1º
34, parágrafo único, III	35, III	56, § 1º, II	62, VI
35, I	36	60	66, <i>caput</i>
35, II		61	67

CRIME	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA
38, <i>caput</i>	43
38-A, <i>caput</i>	49, parágrafo único
39	44
40, <i>caput</i>	91
41, <i>caput</i>	não há
42	59
44	45
45	não há
46, <i>caput</i>	47, <i>caput</i>
46, parágrafo único	47, § 1º
48	48, <i>caput</i>
49, <i>caput</i>	56

CRIME	INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA
62, I	72, I
art. 62, II	72, II
art. 63	73
art. 64	74
art. 65, <i>caput</i>	75, <i>caput</i>
art. 65, § 1º	75, parágrafo único
art. 66	não há
art. 67, <i>caput</i>	não há
art. 68, <i>caput</i>	não há
art. 69	77
art. 69-A, <i>caput</i>	82

Nota-se, portanto, que, se:

“O objetivo principal da prisão-captura é proteger o bem jurídico que está sendo lesado com a conduta criminosa, impedindo, assim, a consumação da infração e assegurando a identificação de sua autoria, bem como das fontes iniciais de prova.”⁴⁹

A aplicação das sanções administrativas já atinge as finalidades esperadas, afastando a necessidade de prisão-captura.

As penalidades de embargo de obra ou atividade, bem como a suspensão parcial ou total de atividades são medidas efetivas em impedir a consumação da infração ou, ainda, a permanência da ação delitiva, sobretudo em razão de que a cessação das penalidades em apreço dependerá de decisão da autoridade ambiental após a apresentação, por parte do autuado, de documentação que regularize a obra ou atividade (art. 15-B, Decreto 6.514/2008, incluído pelo Decreto 6.686/2008).

Afinal, conforme dispõe o art. 101, § 1º, do Decreto 6.514/2008, as medidas administrativas adotadas pelo agente autuante no uso de seu poder de polícia tem, como objetivo,

49. SANNINI-NETO, Francisco. *As 6 fases da prisão em flagrante*. Disponível em: [https://canal-cienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/321036465/as-6-fases-da-prisao-em-flagrante]. Acesso em: 13.01.2020.

prevenir a ocorrência de novas infrações, resguardar a recuperação ambiental e garantir o resultado prático do processo administrativo. Desse modo, consta, entre as finalidades do embargo de obra ou atividade e suas respectivas áreas, impedir a continuidade do dano ambiental (art. 108 do Decreto 6.514/2008) enquanto que a suspensão parcial ou total de atividades constitui medida que visa a impedir a continuidade de processos produtivos em desacordo com a legislação ambiental (art. 110 do Decreto 6.514/2008).

Da mesma forma, a apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração, constitui medida eficiente em resguardar fontes de provas para efeitos dos exames periciais previstos no art. 175 do Código de Processo Penal. Ademais, nos termos do disposto no art. 16, § 1º, do Decreto 6.514/2008:

“O agente autuante deverá colher todas as provas possíveis de autoria e materialidade, bem como da extensão do dano, apoiando-se em documentos, fotos e dados de localização, incluindo as coordenadas geográficas da área embargada, que deverão constar do respectivo auto de infração para posterior georreferenciamento.”

Assim, tais dados também poderão fornecer elementos de informação à apuração da responsabilidade criminal.

É certo que, quando a infração deixar vestígios, é indispensável o exame de corpo de delito, assim entendido como “o conjunto de vestígios materiais deixados pela infração penal, a materialidade do crime”.⁵⁰

Prestigiando o instituto da prova emprestada, o art. 19, parágrafo único, da Lei 9.605/1998, admite no processo penal, sob o crivo do contraditório, a perícia de constatação do dano ambiental produzida no inquérito civil ou no juízo cível. Como o art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/1985 confere ao Ministério Público poder de requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, os inquéritos civis são instruídos, em regra, com laudos elaborados pelos órgãos de fiscalização ambiental responsáveis pela apuração da responsabilidade administrativa.

Todavia, há entendimento de que a sentença proferida com fundamento no laudo pericial produzido em sede administrativa poderia violar o princípio do devido processo legal⁵¹. Nada obsta, porém, que, reconhecido um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial (art. 158-B, I, do Código de Processo Penal), o agente autuante promova a preservação do local (art. 158-A, § 2º, do Código de Processo Penal), mediante aplicação de medida administrativa eficaz, resguardando as duas primeiras etapas da cadeia de custódia de vestígios.

50. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1. p. 271.

51. TRF-3. Agravo de Instrumento 0035495-71.2009.4.03.0000/SP. rel. Des. Márcio Moraes. j. 05.08.2010. DOU 21.09.2010.

Importante ressaltar, conforme disciplina o art. 69, parágrafo único, da Lei 9.099/1995, que, em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo (37,29% dos tipos penais dolosos da Lei 9.605/1998), ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante nem se exigirá fiança.

O instituto da fiança é a prova da efemeridade da prisão em flagrante, já que livra solto quem tenha sido surpreendido na flagrância delitiva. A fiança tem, por escopo, nos termos do art. 319, VIII, do Código de Processo Penal, “assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial” e será arbitrada pela autoridade policial nos casos em que a infração penal, abstratamente, não perceba pena privativa de liberdade superior a quatro anos (art. 322, *caput*, do Código de Processo Penal).

Conforme se demonstrou, apenas dez (16,95%) entre as 59 infrações penais da Lei 9.605/1998 possuem pena privativa de liberdade superior a quatro anos, ou seja, para a maioria esmagadora dos delitos ambientais, o arbitramento da fiança será a regra. Portanto, raramente permanecerá encarcerado o criminoso ambiental, pois a fiança será-lhe outorgada, por força de lei.

Dessarte, ganha robustez o asseverado pelo jurista português Antônio Francisco Sousa:

“No Estado de direito, o princípio da proporcionalidade [...] exige que a polícia adote, sempre que possível, medidas menos gravosas que a detenção, mas igualmente eficazes. A expressão *indispensabilidade* (ou *exigibilidade*) da detenção indica que esta só será lícita quando o dano não possa ser prevenido de outro modo menos ablativo. [...] Por outro lado, à detenção devem ser preferidas, sempre que se revelem adequadas, medidas mais suaves, como a multa coerciva, a selagem e o encerramento do local ou a apreensão de objetos.”⁵² (Destaque do original.)

Os crimes ambientais guardam particularidades indutoras de dispensabilidade da prisão em flagrante. Não há como discordar dos dizeres de Sebastián Borges de Albuquerque Mello:

“Das inúmeras possibilidades que o Estado tem de interferir de forma agressiva na vida das pessoas, a intervenção penal constitui a maneira mais violenta, seletiva, arbitrária e estigmatizante. [...] É possível perceber que os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, embora não esgotem o conteúdo da dignidade, são as referências mais constantes com as quais se concretiza a dignidade humana.”⁵³

52. SOUSA, Antônio Francisco. *A polícia no estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 256.

53. MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa*

A restrição da liberdade individual inicia-se com a voz de prisão diante da suposta prática criminosa, todavia, o direito não reserva à autoridade policial e seus agentes a discricionariedade de, perante a indeterminação da tipicidade ou da autoria, optar pela captura e condução à delegacia de polícia.

Em hipótese alguma, os elementos fundamentais do direito penal devem ser relegados. Helena Regina da Costa assevera:

“Elementos fundamentais do direito penal não podem ser abandonados ou radicalmente alterados sem se renunciar aos princípios tradicionais construídos e que devem caracterizar o direito penal em um Estado que preza pela liberdade de seus cidadãos. A relativização ou extinção desses princípios e características leva à estruturação de um direito penal despidido de legitimidade, que não se justifica diante da sociedade, tampouco do investigado/acusado/apenado.”⁵⁴

Ora, se o próprio texto constitucional admite a prisão tão somente nos casos de flagrante delito ou sob a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente (art. 5º, LXI, da Constituição Federal), havendo incerteza acerca da prática do delito, a prisão não apenas se configura inadmissível como, possivelmente, arbitrária. A polícia compatível com o Estado de Direito Democrático deve perseguir insistentemente a proteção dos princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal, sobretudo a dignidade da pessoa humana.

A julgar pelas demonstradas características dos crimes e dos infratores ambientais, não há razão para que a autoridade policial e seus agentes orientem-se pela prisão em flagrante delito como medida cautelar em relação às condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, haja vista que, sendo a prisão em flagrante delito espécie de medida cautelar, sua aplicação deve observar a necessidade para a aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais (art. 282, I, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 12.403/2011), assim como a adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado (art. 282, II, do Código de Processo Penal, incluído pela Lei 12.403/2011).

Restam as lúcidas observações de Fernando Antônio Sodré de Oliveira:

“O processo e a pena devem atender, entre outros, aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, com objetivo de se contrapor a um formalismo acrítico e ineficaz. [...] Todos os institutos penais e processuais penais para serem garantistas devem estar em consonância com o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, o que pressupõe a busca, incessante, de formas menos danosas de processar e punir e, por conseguinte,

humana. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 407.

54. COSTA, Helena Regina da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 248.

influi esta ótica na hermenêutica de qualquer medida de natureza jurídico-penal. Surge, então, necessariamente, a idéia de meio e fim; ou seja, a prisão em flagrante só poderá ter natureza garantista, se sua utilização for compatível com o fim que se objetiva no processo, ou melhor, ela somente será juridicamente útil e seus efeitos faticamente aceitáveis, quando guardar relação de compatibilidade com a possível condenação criminal que poderá sofrer o acusado no processo, pois caso se tivesse, absoluta certeza, de que alguém não seria punido com o encarceramento, perderia a prisão em flagrante sua finalidade, por falta de conexão teleológica entre o início do processo criminal (indiciado, de fato, na fase extrajudicial) e a condenação ao final do processo.”⁵⁵

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como o *status libertatis* representa a regra jurídica do Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, na presunção de inocência, a prisão é excepcionalidade e, como tal, deve estar restrita tão somente aos casos em que o interesse coletivo prevaleça sobre o direito de liberdade do indivíduo. Não se concebe, no Estado Democrático de Direito, a possibilidade de que a dúvida possa sustentar o cerceamento de direitos fundamentais consagrados.

A prisão em flagrante, medida cautelar de caráter pessoal, inicia-se na fase de captura, quando o conduzido é considerado preso, principalmente por render-se à vontade de seu condutor. Não se perquire por meio da prisão em flagrante a punição, mas unicamente a garantia processual penal, tanto que a fiança tem por finalidade assegurar que o infrator penal não se furte ou obstrua o caminhar do processo. Através da prisão em flagrante delito arrecadam-se os instrumentos e produtos relacionados à conduta criminosa. Ocorre, entretanto, que praticamente todo tipo administrativo ambiental tem um correspondente tipo penal, ou seja, independentemente da prisão em flagrante delito, os elementos pertinentes à conduta praticada contra o meio ambiente serão administrativamente arrecadados.

Assim, considerando a natureza dos delitos ecológicos, do perfil dos infratores, bem como a eficácia das medidas administrativas na interrupção da conduta ou atividade considerada lesiva ao meio ambiente, propugna-se pela alteração legislativa no sentido de que, constatada a infração administrativa ambiental que também se configure, em tese, crime ambiental, o agente autuante da autoridade ambiental competente lavrará o auto de infração ambiental, dispensando o infrator da prisão em flagrante delito, sendo que, dentro de prazo razoável fixado em lei, cópia dos autos do procedimento administrativo deverá ser encaminhada à autoridade policial da circunscrição dos fatos para que,

55. OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. A prisão em flagrante delito nos crimes sujeitos à aplicação de penas alternativas. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, v. 30, n. 91, 1974. p. 124-125.

baseada na competente análise técnico-jurídica, proceda à eventual instauração de inquérito policial ou, se for o caso, à lavratura de termo circunstanciado com vistas à apuração da responsabilidade criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMADO, Frederico. *Direito ambiental esquematizado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1006p.
- AZEVEDO, Olivaldi Alves Borges; COSTA, Alexandre Augusto. Atos de caça e de pós-caça: comentários ao art. 29 da lei de crimes ambientais. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, v. 11, n. 62, p. 41-60, 2012.
- AZEVEDO, Olivaldi Alves Borges; COSTA, Alexandre Augusto. A fragilidade da tutela penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado em face da defecibilidade dos tipos penais ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 95, p. 10-128, 2019.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. 944p.
- BEDNARSKI, José Luiz. Lei 9.605/98: equívocos do legislador. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 6, n. 68, jul. 1998.
- BENJAMIN, Antonio Herman. *10 anos da ECO-92: o direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Instituto O Direito Por um Planeta Verde, 2002. 840p.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 211p.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 197p.
- COSTA, Helena Regina da. *Proteção penal ambiental: viabilidade, efetividade, tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010. 280p.
- CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. *A culpabilidade nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. 287p.
- DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no direito penal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 46, v. 12, jan.-mar. 2004.
- GOMES, Luiz Flávio. Mais de 100 crimes não admitem flagrante desde 13/01/2002. *Consulex, Revista Jurídica*, v. 6, n. 123, p. 27-39, fev., 2002.
- GRECO-FILHO, Vicente. *Manual de processo penal: de acordo com a Lei 12.403/2011*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 389p.
- LOPES-JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

- MARQUES, Alberto. *Roteiro de hermenêutica: técnicas para interpretar o Direito e construir argumentações jurídicas convincentes*. Curitiba: Juruá, 2011. 143p.
- MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: JusPodivm, 2009. 440p.
- MILARÉ, Édís; COSTA, Fernando José da; COSTA-JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal ambiental*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 295p.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.
- MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. A subsidiariedade como baliza para a insignificância. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 149, abr. 2005.
- MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- NABUCO-FILHO, José. O princípio constitucional da determinação taxativa e os delitos ambientais. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 104, jul. 2001.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Prisão e liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 158p.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. A prisão em flagrante delito nos crimes sujeitos à aplicação de penas alternativas. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 91, n. 91, p. 109-139, 2003.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 1578 p.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- SANNINI-NETO, Francisco. *As 6 fases da prisão em flagrante*. Disponível em: [<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/321036465/as-6-fases-da-prisao-em-flagrante>]. Acesso em: 13.01.2020.
- SANTOS, Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *O novo processo penal cautelar: à luz da lei 12.403/11*. Salvador: JusPodivm, 2011. 304p.
- SÉGUIN, Elida. *O direito ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 480p.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 3. 487p.
- SILVA, Luciana Caetano da. *Fauna terrestre no direito penal brasileiro*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001. 208p.
- SOUSA, Antônio Francisco. *Aplicação no estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2009. 420p.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *O erro no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1977. 139p.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- A fragilidade da tutela penal do meio ambiente ecologicamente equilibrado em face da defectibilidade dos tipos penais ambientais, de Olivaldi Alves Borges Azevedo e Alexandre Augusto Costa – *RDA* 95/105-128 (DTR\2019\40147).

Veja também Jurisprudência

- Conteúdo Exclusivo Web: JRP\2014\1839.

CRIMINALIDADE E CONDIÇÕES ECONÔMICAS, DE WILLEM BONGER (Ed.)

CRIMINALITY AND ECONOMIC CONDITIONS, BY WILLEM BONGER (Ed.)

GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2013). Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2009). Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade Federal da Grande Dourados.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0749-5715>

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7966792380099410>
gustavopreussler@ufgd.edu.br

RESUMO: A presente resenha discute uma obra vanguardista. Em 1905, Willem Adrian Bonger enfrenta em *Criminalidade e condições econômicas* a relação entre miséria humana e o comportamento criminoso, muito antes da inserção marxista e suas imbricações com o delito, que somente ocuparia espaço acadêmico na década de 1970 pelas mãos de Taylor, Walton e Young na Nova Criminologia. A origem do crime na mente humana, as forças determinantes de execução do crime e as ocasiões em que a sua prática ocorre são questões enfrentadas por Bonger. Um dos pilares que norteiam a obra é a busca pelo solidarismo como resposta social à produção criminógena do capitalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Criminologia – Marxismo – Condições econômicas – Sociedade criminógena.

ABSTRACT: The following book review discusses an avant-gard work. In 1905, Willem Adrian Bonger faced in *Criminality and economic conditions* the interrelationship between human misery and criminal behavior, long before the Marxist insertion and its overlap with crime, which would only occupy academic space in the 1970s at the hands of Taylor, Walton and Young in New Criminology. The origin of crime in the human mind, the driving forces behind the execution of the crime and the occasions when its practice occurs are issues faced by Bonger. One of the pillars that guide the work is the search for solidarism as a social response to the criminogenic production of capitalism.

KEYWORDS: Criminology – Marxism – Economic conditions – Criminogenic society.

DADOS BIBLIOGRÁFICOS: BONGER, Willem. *Criminalidade e condições econômicas*. Curitiba: Íthala, 2019.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Willem Adrian Bongger, nascido em 1876, suicidou-se em 1940, preferindo a morte à submissão nazista. Doutor pela universidade de Amsterdã, publicou diversos trabalhos no campo criminológico. Apaixonado pelo estudo da miséria humana, acreditava que o verdadeiro ofício de um cientista social deveria se dar além dos gabinetes e com especial comprometimento pessoal. A obra *Criminalidade e condições econômicas*, que aparece pela primeira vez agora no Brasil, foi publicada originalmente em 1905, tendo sido considerada um clássico secundário. Isso porque Bongger relacionava criminalidade com fundamentos da ordem social. Apesar de Sutherland¹ afirmar que as raízes do crime residem no aprendizado diferencial, Bongger afirma que, apesar de o aprendizado social ser considerado a chave do comportamento humano, deve ser levado como base que as condições sociais determinam variações da forma do aprendizado e, assim, reformulam os parâmetros para a própria aprendizagem.

O pensamento do autor se destaca, pois afirma que as propensões de comportamento humano são socialmente aferíveis. Para Bongger², a etiologia do crime pode ser traduzida em três questionamentos:

1º – De que modo o pensamento criminal origina-se no ser humano?

2º – Que forças existentes em um ser humano são capazes de prevenir a execução do pensamento criminal, e quais suas origens?

3º – Qual a ocasião para que se cometam atos criminosos?

O primeiro questionamento refere-se aos instintos sociais – e não biológicos – que residem na psique. Pensamentos individualistas, por exemplo, direcionam comportamentos egoístas. O segundo questionamento diz respeito a se essas formas de pensar são suficientemente aptas para definir o comportamento do criminoso, visto que, independentemente do meio social em que vive, o indivíduo consegue racionalizar a prática criminosa seguindo seus próprios parâmetros de rejeição. O autor dá como exemplo a exploração de trabalhadores: apesar de o sujeito aparentemente nunca pensar em roubo, falta-lhe senso moral para perceber o seu próprio comportamento egoísta. O terceiro questionamento é se determinado ambiente é socialmente favorável à prática de crime.

1. SUTHERLAND, Edwin. *Princípios de criminologia*. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1949. p. 13-14.

2. BONGGER, Willem. *Introducción a la criminología*. 4. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1943. p. 39.

Bonger³ relata, inclusive, que “pobreza (no sentido de falta absoluta) mata os sentimentos sociais em um homem, destrói, na verdade, todas as relações entre os homens”. Isso ocorre porque a carência econômica em uma sociedade capitalista se traduz em premissas de superioridade (dos que possuem) e de inferioridade (dos que nada têm).

2. DESENVOLVIMENTO

“O crime pertence à categoria de atos puníveis.”⁴ Englobando esses atos puníveis nas categorias de atos, é necessária a exclusão dos comportamentos que são puníveis, mas que não são crimes propriamente ditos. Primeiro, deve-se indagar, “quem é que pune”? Esse questionamento é importante, pois separa a ideia de punição com a de vingança de um grupo contra outro. Segundo, deve ser observada a natureza da punição. Atos com mera reprovação moral não devem ser considerados crime. Logo, o crime pode ser considerado

“um ato cometido dentro de um grupo de pessoas que forma uma unidade social, cujo autor é punido pelo grupo (ou parte dele) como tal ou por órgãos designados para esse propósito, e isso com uma pena cuja natureza é considerada mais severa em relação à desaprovação moral.”⁵

Sob a lógica biologista, o crime deve ser considerado ato normal. A história da humanidade mostra que os homens matam uns aos outros sempre que necessário. Da mesma forma, a história também define, por suas organizações sociais, quais os atos considerados imorais. Bonger dá como exemplo a criminalização da greve no Código Penal Alemão, defendida pela burguesia, mas repudiada pela classe dos empregados ferroviários.

O sentido da punição, assim, deve ser considerado (i) uma sensação de vingança pública; (ii) a segregação do criminoso, para que ele não cause mais danos; (iii) a inibição do criminoso diante da coletividade para que não cometa mais crimes; (v) a reforma dos criminosos.

Por que um homem causa dano a outrem? A ideia que dominou o período em que Bonger construiu a sua obra era de origem lombrosiana⁶: o egoísmo que norteia a prática do crime é inato, presente até na doutrina cristã do pecado original. De outro

3. Idem.

4. BONGER, Willem. *Criminalidade e condições econômicas*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 9.

5. Idem.

6. Para melhor aprofundamento sobre as características inatas do homem delinquente, vide: LOMBROSO, Cesar. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013.

lado, surge a ideia de que o crime é de origem egoísta, produzido por fatores ambientais.⁷ O criminoso teria, para o atavismo, traços de primitivismo. A evolução de um egoísta primitivo seria o civilizado altruísta.

O exemplo dado é o paralelo que se faz com os prisioneiros de guerra, que são obrigados a trabalhar como escravos, para que seja mais produtiva a sua existência em favor de determinado grupo (vencedor da guerra), e os proprietários capitalistas, que obrigam os trabalhadores a dissolver seus sindicatos para se submeterem a trabalhos degradantes. A lógica, para Bongger, é a mesma, pois, no exemplo bélico, os vencedores administram o sofrimento humano, que se replica nas relações de trabalho. Assim, “o capitalismo é um sistema de exploração em que, no lugar da pessoa explorada ser roubada, ela é estrangida pela pobreza a usar todas as suas forças para o benefício do explorador”.⁸

Quando se busca uma etiologia correta para o estudo do crime, deve ser levada em consideração a natureza dos crimes. Não se pode identificar uma mesma causa em uma pessoa violenta e um criminoso político.⁹ Propõe Willem Bongger cinco categorias:

- (i) Crimes que têm uma finalidade econômica (crimes econômicos);
- (ii) Crimes sexuais;
- (iii) Crimes por vingança e outros motivos;
- (iv) Crimes políticos;
- (v) Crimes patológicos.

Os *crimes econômicos* são os contra a propriedade, excluídos dessa categoria os crimes de danos, pois estão embasados na vingança. Outros, que poderiam ser considerados contra a pessoa, na verdade são classificados dentro dos crimes patrimoniais, tais como o proxenetismo, já que a finalidade é a obtenção de vantagem econômica, e não a satisfação sexual própria.¹⁰ A lógica da criminalidade econômica está inserida na dinâmica capitalista. O crime de vadiagem e mendicância, por exemplo, nada mais é do que o comportamento criminoso de alguém que não consegue vencer sua força de trabalho.¹¹ Como resultado da crise econômica em que estava imersa a Alemanha no período pré-segunda Grande Guerra, havia 200.000 mendigos, em sua grande parte, sem ter condições de exercer um ofício, seja por debilidade congênita,

7. BONGER, Willem. Op. cit., 2019, p. 13.

8. Ibidem, p. 15.

9. Ibidem, p. 67.

10. Ibidem, p. 70.

11. Ibidem, p. 71. No Brasil, o Decreto-Lei 3.688/1941 menciona: “Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.” A mendicância também era considerada contravenção penal, mas foi revogada em 2019.

seja por desconhecimento da técnica necessária. Porém, Bonger faz uma crítica ácida a essa justificativa: “Em minha opinião, esse problema não pode ter causas individuais, diferenças individuais explicam parcialmente quem permanece sem trabalho, e então se torna vadio, mas é o sistema econômico que provoca a existência de pessoas sem trabalho.”¹²

Willem Bonger classifica os crimes de furto nas seguintes modalidades: a) furtos cometidos por pobreza; b) furtos cometidos por ambição; e c) furtos cometidos por criminosos profissionais. O crime de furto cometido por pobreza decorre da necessidade que o ser humano tem para que sua existência seja possível, ou seja, busca satisfazer necessidades fundamentais. O furto cometido por ambição, por outro lado, não decorre da pobreza absoluta nem por profissão. São pessoas com capacidade econômica suficiente para suprimir suas necessidades vitais, mas que cometem esse crime ocasionalmente para satisfazer seus desejos de luxo. Em um sistema capitalista, em que poucos têm muito e muitos têm pouco, as necessidades meramente vitais são insuficientes. Os ricos criam necessidades vitais supérfluas, o que desperta o desejo das classes mais baixas.¹³ Por fim, os crimes de furto cometidos por profissionais representam a minoria. São aquelas hipóteses em que a ocupação profissional principal é o furto/roubo. Uma observação importante é a profecia autorrealizável determinada sobre um sujeito que cumpriu pena por furto e nunca consegue se reintegrar: “É quase impossível para ele encontrar um emprego, o fato de ter estado na prisão é suficiente para assegurar que vai ser recusado em qualquer lugar. Por que alguém deve empregar um ex-presidiário se existem tantos outros que nunca foram aos tribunais?”¹⁴

Há ainda os crimes econômicos da burguesia, tais como falência fraudulenta, adulteração de comida e crimes análogos. Dentro destes, uma primeira categoria é a das pessoas que se utilizam do instrumento falimentar para escapar de dificuldades financeiras e fugir da miséria. Uma situação adjacente (coculpabilidade) é a anarquia que governa as relações econômicas, que impõe a aleatoriedade do sucesso ou fracasso da burguesia, cujo sucesso do empresariado depende de fatores alheios à capacidade técnica ou instrumental dos meios de produção. Como repelir esse comportamento se a sociedade impõe o valor moral “honestidade é a melhor política”, mas de outro lado determina “seja honesto, seja honesto, se possível, mas...ganhe dinheiro”?¹⁵ O direcionamento do comportamento humano individualista (egoísta) se sobrepõe aos sentimentos sociais de honestidade.¹⁶ Tais criminosos são fracos

12. Ibidem, p. 73.

13. Ibidem, p. 82-83.

14. Ibidem, p. 91.

15. Ibidem, p. 106-107.

16. Ibidem, p. 107.

demais para resistir à pressão das circunstâncias, para os quais a frase de Quetelet merece uma adaptação: “é a sociedade que prepara os crimes, é o homem de moral de calibre inferior que os executa”.¹⁷

Uma segunda ordem de crimes econômicos da burguesia são aqueles de adulteração de comida. O consumidor, em um primeiro momento, não consegue identificar se a mercadoria que consome é pura ou não. Levando em consideração que é impossível todos os alimentos serem inspecionados por especialistas do Estado, torna-se inútil a fiscalização por especialistas nomeados pelos próprios produtores.¹⁸ Afirmar Bonger: “Eles colocam solvente no nosso vinho, margarina na nossa manteiga, chicória no nosso café, sebo no nosso chocolate, e nós engolimos tudo isso de bom humor.”¹⁹

O principal crime econômico praticado pela burguesia são os especulativos que investem em grandes empresas fadadas ao fracasso²⁰ ou os que fazem grandes estoques de alimentos para causar aumento dos preços. O processo especulativo (crimes econômicos da burguesia) também é gerado por disseminação de notícia falsa sobre determinada atividade econômica.

Então, a especulação e os demais crimes econômicos são meios aptos à eliminação de sentimentos morais, norteados pelo egoísmo, mas sem qualquer vinculação sob o ponto de vista biológico.²¹

17. QUETELET, Adolphe. Física social o ensayo sobre el hombre y el desarrollo de sus facultades. Reis – *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Madrid, n. 87, 1999. p. 309.

18. Apesar de a obra *Criminalidade e condições econômicas* ter sido escrita em um período pré-Segunda Guerra Mundial, as observações de Willem Bonger são atuais. Na periferia do capitalismo tardio, o Estado ainda não consegue inspecionar todos os produtos a serem consumidos. Selos de qualidade são dados, inspeções aleatórias são efetivadas, mas cuja fiscalização é realizada por funcionários das próprias empresas produtoras, assim como o autor esclarece em sua obra.

19. Ibidem, p. 110.

20. A permanência das práticas delitivas econômicas é assustadora, como se verifica pelo caso das empresas X do empresário Eike Batista, especulador financeiro que deixou centenas de pessoas com danos patrimoniais consideráveis. Mais acima da linha do Equador, há Bernie Madoff e seus esquemas Ponzi (pirâmide), que geraram danos bilionários na economia estadunidense. De outro lado, mencione-se também o estoque de alimentos e a destruição de tomate no Brasil em 2017, tendo em vista que o produto teve uma alta no sistema produtivo, o que barateou muito o alimento (Caso Madoff. Disponível em: [http://s.wsj.net/public/resources/documents/st_madoff_victims_20081215.html]. Acesso em: 15.10.2019; Caso Eike Batista. Disponível em: [www.prrj.mpf.mp.br/institucional/atuacao/atuacao-do-mpf-na-capital-e-nos-municipios/atuacao-capital/denuncias-criminais]. Acesso em: 15.10.2019).

21. Ibidem, p. 113.

Os *crimes sexuais* – segunda categoria geral de crime para Willem Bonger – têm relação com as condições econômicas. Apesar da natureza indireta com a criminalidade econômica propriamente dita e os meios de produção, há fatores sociais da sexualidade humana que podem ser considerados como modos de produção, como a prostituição. Também a forma de administração da sexualidade é abissal entre a burguesia e o proletariado, apresentando este um comportamento de maior liberdade sexual²².

Os crimes sexuais se classificam em A. adultério e B. estupro e atentado violento ao pudor. A relação econômica com o adultério segue a lógica da propriedade. Não existe monogamia sem adultério, assim como não há propriedade sem o roubo. A etiologia do crime segue a própria artificialidade das coisas. O risco da transgressão aumenta se o casamento é uma transação comercial, ou se há baixa capacidade intelectual dos que a contraem. Os próprios campos de incidência da técnica (capacidade) são replicados nas estabilidades do matrimônio, segundo Willem Bonger²³. Na segunda categoria de crimes – estupro e atentado violento ao pudor –, estes têm relação com as condições econômicas de determinada sociedade. Considerando que, “aqueles que cometem esses atos vêm da classe da sociedade na qual, em consequência de suas condições de vida, a vida sexual é considerada de um ponto de vista puramente animal”²⁴.

Os crimes por vingança são construídos, muitas vezes, por motivos econômicos: relações comerciais malsucedidas; disputas sobre herança, que despertam sentimento de vingança; ciúmes em caso de adultério, considerando a relação de posse sobre a mulher.

22. Ibidem, p. 115. O autor também traz o posicionamento de Friedrich Engels sobre o assunto: “Além da intemperança no consumo de bebidas alcoólicas, o desregramento sexual constituiu o vício principal de numerosos operários ingleses. Também este é uma consequência inevitável das condições de vida de uma classe abandonada a si própria, mas desprovida de meios para utilizar sua liberdade de modo apropriado. A burguesia, ao mesmo tempo em que a acumulou de penas e sofrimentos, só lhe deixou dois prazeres – a bebida e o sexo – e a consequência é que os trabalhadores concentram aí todas as suas paixões, entregando-se a eles com excessos e de maneira desenfreada. Quando os homens são postos numa situação que só convém aos animais, não lhes restam mais alternativas que rebelar-se ou chafurdar na animalidade. E a ninguém menos que à burguesia assiste o direito de reprovar aos trabalhadores sua grosseria sexual: ela participa decididamente no desenvolvimento da prostituição – das 40 mil prostitutas que todas as noites enchem as ruas de Londres, quantas não são sustentadas pela virtuosa burguesia? E quantas não devem a obrigação em que se veem de vender o corpo aos passantes para viver a um bom burguês que as seduziu?” (ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 166.)

23. Ibidem, p. 117-118.

24. Ibidem, p. 121.

Se de um lado os crimes econômicos são praticados em tempos de depressão, *a priori*, os crimes por vingança são praticados em períodos de prosperidade econômica. Isso ocorre porque, no período em que esses crimes são praticados, aumenta-se o consumo de álcool, o que proporciona um ambiente fértil para as disputas interpessoais. Willem Bongger repudia essa ideia, sob o argumento de que isso ocasionaria uma violência generalizada em tempos de boa situação econômica de determinada sociedade. Para fundamentar o seu posicionamento, traz estatísticas, com o objetivo de responder à seguinte pergunta: “Quais são as classes da população que são especialmente culpadas desses crimes?”²⁵

Os crimes de vingança – conforme estatísticas apresentadas por Willem Bongger – são praticados em sua grande maioria pelas classes mais pobres, sendo que cerca de 40% de seus autores são analfabetos e 59% somente sabem ler e escrever pouco²⁶. Consta que o crime cometido pela vingança está relacionado ao grau de civilidade de determinada classe, sendo que o grau de civilidade é importante fator para a contenção dos impulsos da violência; Bongger finaliza esclarecendo que a “civilização inspira uma grande aversão a atos de violência”.²⁷

No caso do infanticídio, Willem Bongger aponta que ocorre em duas ordens: (i) medo da desonra; (ii) pobreza. Novamente surge a pergunta: Quem são as pessoas culpadas desse crime? São mulheres, solteiras em grande parte e, na maioria das vezes, pobres, inseridas na classe trabalhadora.²⁸ Apontam as estatísticas que, na Itália, 88,1% dos casos são praticados por mulheres indigentes; na Áustria, são 90,8%. Em percentual dominante, 90% são empregadas domésticas²⁹. Há um elevado grau de prática desse crime nas mulheres da área rural, em parte analfabetas ou com capacidade mínima de escrita e leitura.³⁰

Em decorrência de fatores ligados à pobreza e aos valores morais, as mulheres envolvidas nesse tipo de criminalidade tentam evitar uma vida de dificuldade, em que não terão apoio dos genitores de seus filhos. Fato interessante, apontado por Willem Bongger, é que “as mães solteiras (com muita frequência domésticas), que são culpadas deste crime são especialmente aquelas que, seduzidas e então abandonadas por um homem de classe mais alta, não têm família para as receber”.³¹

25. Ibidem, p. 130.

26. Idem.

27. Ibidem, p. 131.

28. Infanticídio aqui não se coloca em decorrência do estado puerperal como consta na legislação brasileira, mas sim o assassinato de filhos recém-nascidos por outros motivos, em geral de ordem financeira (direta ou indireta).

29. Ibidem, p. 137.

30. Idem.

31. Ibidem, p. 138.

Crimes políticos: a criminalidade política tem suas condições econômicas considerando que aqueles que possuem o poder político buscarão pela legislação a manutenção de seu poder³². A classe dominante, com o seu poder econômico, faz de tudo para se manter nessa condição. O sistema econômico, por sua vez, sofre mudanças. Esse é um ambiente propício para guerras. Revoluções violentas substituem governos por outros que seguem as exigências do sistema econômico. Assim, os criminosos políticos são aqueles que lesam a classe dominante somente para atingir as classes oprimidas e, por via de consequência, toda a humanidade. Os criminosos políticos são considerados homens nobres, conhecidos como heróis para a posterioridade.

Dentro do crime político está o assassinado dos autocratas, monarcas e demais líderes. Em países onde a democracia social se desenvolveu, poucos crimes políticos são previstos, como no caso da Suíça. Em contrapartida, em lugares em que a democracia é fraca, com monarquia constitucional absolutista, como na Alemanha, crimes políticos são inevitáveis.³³

O crime político também serve de estratégia para legitimar um golpe de Estado quando o proletariado chega em sua maioria ao Poder Legislativo. A classe que governa atribui crimes políticos aos representantes do proletariado, mantendo-os sob controle.³⁴

32. Segundo Eugênio Raul Zaffaroni: “Embora as leis se dirigissem ao autocrata e também ao público, isso não quer dizer que elas fossem bifrontes. Elas tinham uma única frente: agradava ao autocrata, o que lhe servia como propaganda, especialmente numa época em que se adquiria clara consciência do formidável poder da propaganda. Isso não significa que pelo fato de se dirigirem ao público as leis fossem democráticas, posto que respondiam ao que desde então se chama de *völkisch*. A rigor, a novidade é essa denominação, *völkisch*, mas não o fenômeno em si, uma técnica presente há séculos na fabricação do inimigo. A técnica *völkisch* (ou *popularesca*) consiste em alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez. Ao analisar o nazismo, chamou-se a atenção para esta técnica, assim batizada especialmente porque está intimamente vinculada ao discurso que privilegia no teórico a pretensa *democracia plebiscitária*, antecipada por Weber e apoiada por Carl Schmitt, associada a seu conceito *decisionista* do político, baseado na distinção de *amigo/inimigo* explicitada neste período.” (ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 57-58.)

33. Ibidem, p. 142.

34. Ibidem, p. 143. O pensamento de Willem Bongers ia além do seu tempo, ele conseguiu fazer a previsão do que estaria por vir com o Nacional-Socialismo: “Na Alemanha, por exemplo, a democracia social é muito poderosa, é bem provável que o governo, algum dia, tentará suprimir o sufrágio universal a partir de um golpe de estado. É apenas neste caso que a democracia social irá, por sua vez, abandonar os meios legais e será forçada a recorrer a outros métodos.” (Idem.) Nilo Batista, na apresentação da obra *Em busca das penas perdidas*, de Eugênio Raul Zaffaroni, expunha que “A doutrina da segurança nacional, que fundamentou

Os crimes políticos praticados por anarquistas geralmente envolvem jovens, nor-teados por comportamentos inflamados, sem consequência, individualistas, aversivos à disciplina e com ódio fervoroso ao militarismo. Seus atos seguem a lógica de vingança contra a miséria que a classe dominante submete a toda a sociedade.³⁵

Crimes patológicos: o desenvolvimento até o momento se deu pelas origens (etiologia) do crime pelas mãos da economia, ou seja, como as situações econômicas influenciam ou são determinantes para as práticas de determinados tipos de crime. Já os crimes patológicos, por outro lado, não são de simples análise. É verdade que condições econômicas mais favoráveis são determinantes para se prevenir o crime de origem patológica.

É a escola italiana que tenta esclarecer – como primeira hipótese – o denominado atavismo, pelas mãos de Cesare Lombroso. Atualmente, essas ideias não são aceitas, visto que a sociologia criminal desvendou que a ancestralidade não tem repercussão nos comportamentos criminosos, “já que pessoas primitivas não são ladras e nem assassinas”.³⁶

Definidos por Willem Bonger como indivíduos desordenados e degenerados, alguns têm a tendência (desejo) de matar ou possuem fracos sentimentos morais. Estes, por razões da fragilidade de suportar uma luta pela conservação de sua existência, podem incidir em criminalidade econômica visando superar dificuldades financeiras.³⁷

Na literatura contemporânea a *Criminalidade e condições econômicas*, Willem Bonger indica pontos de convergência entre vários autores: (i) a hereditariedade como fator que pode influenciar a degeneração; (ii) os efeitos do militarismo, que seleciona os mais fortes; (iii) a ignorância dos efeitos nocivos para a sociedade da reprodução dos degenerados, visto que não há uma preocupação sobre isso³⁸.

as sanguinárias ditaduras latino-americanas, convertiam opositor político em ‘inimigo interno’ mediante um processo de desqualificação jurídica, técnica absorvida e utilizada pelo discurso de agências executivas desses sistemas e pelos grupos informais que, da vigilância ao extermínio, colaboram menos eufemisticamente no formidável processo de controle, discriminação e exclusão em nossas sociedades.” (ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 3.)

35. Ibidem, p. 146.

36. Ibidem, p. 149.

37. Ibidem, p. 150.

38. Ibidem, p. 150. Apesar de soar absurda a afirmação colocada por Willem Bonger, faz o autor uma tentativa de aproximação das psicopatologias com a situação econômica. Como são elementos que – a princípio – não se entrelaçam, ele tenta definir como causa primeira a capacidade reprodutiva desses indivíduos. Fica o registro, para fins históricos.

Na etiologia da degeneração, há fatores que englobam a categoria de *circunstâncias desfavoráveis*. Doenças como psicoses simples, manias e outras têm como origem – em grande parte – estas denominadas *circunstâncias desfavoráveis*. São elas: (i) As condições materiais dos pobres, como alimentação deficiente, higiene precária e ausência de afeto, que geram indivíduos mais fracos, mais sucessivos a doenças e a um desenvolvimento cerebral insuficiente; os trabalhos intensos e de longa duração do proletariado contribuem para a degeneração, pois “para cada indivíduo há uma medida fixa de trabalho que não pode ser ultrapassado sem experimentar consequências lesivas ao corpo e a mente”³⁹; (ii) As condições da classe abastada, pois as causas que geram degeneração nas classes mais pobres também aparecem entre aqueles com maior capacidade financeira. Não é exatamente a falta de condições materiais, falta de alimentação ou condições degradantes de higiene, mas sim o ócio que gera a falta de exercício físico, bem como os excessos de todos os tipos, fazendo-os sucumbir à degeneração; (iii) Na burguesia ativa, a situação é um pouco mais diversa: como estão em uma linha tênue entre a pobreza e a ascensão social, sempre estão em estado de supraexcitação, gerando sobrecarga e, em consequência, neurastenia, esgotamento mental.⁴⁰

CONCLUSÃO

As condições econômicas ocupam especial importância na origem do crime.

A teoria de Willem Bongers sobre determinado comportamento delituoso pode ser assim resumida:

(i) O egoísmo traduz a capacidade de que se cometam atos criminosos. De outro lado, o altruísmo implica a ausência dessa capacidade;

(ii) A predisposição para a prática de crimes não é fruto biológico, mas se origina: a) da percepção de vantagem ilegal às custas de outros; b) de um sistema legal tendencioso, ou seja, se as oportunidades sociais lhe são negadas.

Assim, o crime é a consequência das condições econômicas e sociais e somente mudando essas condições é que será possível a prevenção dos comportamentos criminosos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONGER, Willem. *Criminalidade e condições econômicas*. Curitiba: Íthala, 2019.

BONGER, Willem. *Introducción a la criminología*. 4. ed. Fondo de Cultura Económica, 1943.

39. Ibidem, p. 153.

40. Ibidem, p. 154-155.

- ENGELS, Friedrich. *A situação da classe trabalhadora na Inglaterra*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- LOMBROSO, Cesar. *O homem delinquente*. São Paulo: Ícone, 2013.
- QUETELET, Adolphe. Física social o ensayo sobre el hombre y el desarrollo de sus facultades. *Reis – Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Madrid, n. 87, p. 305-322. 1999.
- SUTHERLAND, Edwin. *Princípios de criminologia*. 3. ed. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1949.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.